James Reátegui Sánchez

1
VOLUMEN

# TRATADO DE DERECHO PENAL

## Parte General

IDEMSA
LEGALES
INSTITUTO

IDEMSA
LEGALES
EDICIONES

JAMES REÁTEGUI SÁNCHEZ
Doctor en Derecho. Universidad de Buenos Aires.
Profesor de Derecho Penal.

# TRATADO DE DERECHO PENAL
## PARTE GENERAL
### Volumen 1

LEGALES INSTITUTO
LEGALES EDICIONES

**TRATADO DE DERECHO PENAL**
**PARTE GENERAL**
**VOLUMEN 1**

© JAMES REÁTEGUI SÁNCHEZ

ITORA Y DISTRIBUIDORA EDICIONES LEGALES E.I.R.L.
Jr. Azángaro 1075, of. 604, Lima-Perú
Teléfonos: (511) 427-2076 / 426-2406
RUC: 20523085345
web: www.legales.pe
e-mail: ventas@legales.pe

Primera edición: 2016
Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N.° 2016-00423
Registro ISBN: 978-612-4115-99-8
La presente publicación consta de 3 volúmenes

:vados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de
libro puede reproducirse o transmitirse por ningún
:dimiento electrónico ni mecánico, incluyendo foto-
, sin previa autorización escrita del autor y el editor.

)iseño de portada: Edwing N. Gonzales Alvarado
:ramación de interiores: Enrique M. Tello Paravecino

Impresión y encuadernación:
itorial San Marcos de Aníbal Jesús Paredes Galván

**VENTAS:**

**Lima:** Jr. Azángaro 1075, of. 604, Lima
Telf.: (511) 427-2076 / 426-2406
ventas@legales.pe

**Trujillo:** Jr. Pizarro 540, Trujillo
Telf.: (044) 226-766 Rpc: 977189874
rmartinezp71@hotmail.com

*A mi esposa Liseth Otazu,*
*por haber estado siempre "al lado mío".*

Introducción ..... 1
Prólogo a la primera edición ..... 13

VOLUMEN 1

PRIMERA PARTE
FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL

CAPÍTULO 1
NOCIONES GENERALES

I. EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO ..... 23
II. EL CONTROL SOCIAL ..... 29
III. EL DERECHO PENAL ..... 30
1. Concepto ..... 30
2. Algunas características ..... 32
2.1. El Derecho penal y política ..... 32
2.2. Características del Derecho Penal Contemporáneo 42
IV. EL DERECHO PROCESAL PENAL ..... 45
V. EL DERECHO DE EJECUCIÓN PENAL ..... 48
1. Concepto ..... 48
2. La prohibición de los beneficios penitenciarios en determinados delitos ..... 51
3. Algunas soluciones ..... 55
VI. LA CRIMINOLOGÍA ..... 57
1. Concepto ..... 57
2. Relaciones entre la Criminología, el Derecho penal y la Política criminal ..... 61
3. La Criminología positivista ..... 65
4. Sobre las nuevas concepciones de la Criminología. La Criminología crítica ..... 68

LEGALES EDICIONES

5. El delito de cuello blanco ..... 72
6. De la Criminología "clásica"–reaccionaria a la Criminología "moderna"-prevencionista ..... 74
7. Sobre la victimología y la victimo-dogmática ..... 75
VII. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO PENAL (Y PROCESAL PENAL) ..... 77

CAPÍTULO 2
LA FUNCIÓN POLÍTICO-CRIMINAL

I. EL CONCEPTO DE POLÍTICA Y EL MODELO DE ESTADO ..... 90
II. LA POLÍTICA Y LAS CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES ..... 92
1. Introducción ..... 92
2. La política y las consideraciones político-criminales en el Perú ..... 103
3. El Derecho penal de emergencia como expresión político-coyuntural de nuestro tiempo: el caso del delito de terrorismo ..... 110
4. ¿La intervención del Derecho penal en la sociedad resulta ser irracional? ..... 115
5. El debilitamiento de los principios del Derecho penal mínimo: exclusiva de bienes jurídicos, de fragmentariedad y de subsidiaridad por parte de los políticos ..... 119
6. Algunas reflexiones conclusivas ..... 133
III. SOBRE LA TENDENCIA "NEO" CRIMINALIZADORA DEL DERECHO PENAL COMO EXPRESIÓN POLÍTICA DEL SIGLO XXI ..... 142
1. Apuntes previos ..... 142
2. Área de desarrollo de las tendencias criminalizadoras del Derecho penal: descriminalización vs. "Sobre"/"neo" criminalización ..... 146
3. Algunas reflexiones conclusivas ..... 149

LEGALES EDICIONES

IV. LA INFLUENCIA DE LA POLÍTICA EN LAS DECISIONES JURÍDICO-PENALES ..... 153
1. Cuestiones introductorias: el Derecho penal del enemigo y las tendencias sobre criminalizadoras ..... 153
2. Las facultades legislativas delegadas del Poder Ejecutivo como una práctica usual en materia penal ..... 157
V. EL PODER LEGISLATIVO, LA POLÍTICA Y LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL ..... 165
VI. LA LABOR DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL PODER JUDICIAL ..... 176
1. Consideraciones generales ..... 176
2. La función ético-jurídico y la función de subordinación-coyuntural como relaciones de la política y el Poder Judicial ..... 178

CAPÍTULO 3
DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

I. NATURALEZA JURÍDICA, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y LAS FUNCIONES QUE CUMPLE LA DOGMÁTICA EN EL DERECHO PENAL ..... 181
II. ASPECTOS CRÍTICOS SOBRE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL ..... 199
III. ¿DOGMÁTICA PENAL VS. COSTUMBRE JUDICIAL? ..... 200
IV. LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL Y LAS INSTITUCIONES DOGMÁTICAS. ESPECIAL MENCIÓN AL CASO DE LA OMISIÓN IMPROPIA 208
1. Introducción ..... 208
2. A modo de conclusión ..... 217
V. LA INTERPRETACIÓN DOGMÁTICA DEL JURISTA Y LA INTERPRETACIÓN POR INTERESES DEL PARLAMENTARIO ..... 224
1. El método dogmático ..... 225
VI. LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL Y SU IMPLICANCIA EN LA LABOR JURISPRUDENCIAL ..... 235

LEGALES EDICIONES

1. La interpretación judicial y las funciones de la dogmática jurídico-penal ..... 236
2. ¿Resulta correcto que la jurisprudencia penal se adhiera expresamente a una determinada sistemática del hecho punible? ..... 239
VII. LA "NUEVA" Y "DISTINTA" DOGMÁTICA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO ..... 243
VIII. RECAPITULACIÓN ..... 245

CAPÍTULO 4
NEO CONSTITUCIONALISMO Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO PENAL

I. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y LA CONSTITUCIÓN ..... 249
II. EL MODELO DE ESTADO COMO CONDICIÓN NECESARIA PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO PENAL ..... 262
III. LAS "NORMAS-REGLAS" Y "NORMAS-PRINCIPIOS" SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO PENAL ..... 271
IV. EL ROL DE LA POLÍTICA EN LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL ..... 274
1. Consideraciones generales ..... 274
2. La función del Tribunal Constitucional ..... 278
3. El precedente en materia constitucional ..... 282
4. Sentencias del Tribunal Constitucional de carácter vinculante en materia penal ..... 285
5. Algunas sentencias del Tribunal Constitucional que forman parte de la doctrina jurisprudencial en materia Penal ..... 292
6. El Tribunal Constitucional peruano y sus funciones de legislador en materia penal ..... 297

LEGALES EDICIONES

## CAPÍTULO 5
## PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL

I. EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD EN EL DERECHO PENAL. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y VALIDEZ DEL OBJETO DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO JURÍDICO-PENAL ..... 299
1. El principio de lesividad ..... 299
2. La finalidad del Derecho penal (material) es la protección de los bienes jurídicos tutelados ..... 300
3. Sobre las fundamentaciones doctrinarias en torno al concepto del bien jurídico-penal ..... 315
4. Los cuestionamientos del concepto "tradicional" del bien jurídico-penal en la actualidad ..... 319
5. Los momentos de análisis del bien jurídico-penal ..... 326
6. La crisis del concepto de corte liberal del bien jurídico-penal. Implicancias en el Derecho penal peruano .. 328
7. El bien jurídico y las técnicas de tipificación ..... 330
8. El concepto de bien jurídico es la "clave" para ciertas construcciones dogmáticas. El caso del delito de omisión impropia ..... 333
9. La aparición de los bienes jurídicos colectivos en el moderno Derecho penal. Especial referencia a los llamados bienes jurídicos que cumplen función representativa ..... 335
9.1. Aspectos generales sobre aquellos bienes jurídicos que cumplen función representativa ..... 338
9.2. Consecuencias de admitir la teoría del bien jurídico que cumplen función representativa ..... 346
10. Recapitulación ..... 349
II. El principio de culpabilidad ..... 350
1. El doble enfoque del concepto de culpabilidad en el Derecho penal ..... 350
1.1. La culpabilidad en un sentido amplio (como principio). ..... 352

LEGALES EDICIONES

1.2. La culpabilidad en sentido estricto (como categoría dogmática) ..... 357
III. EL PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD ..... 360
IV. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ..... 362
1. Introducción: la crisis del Derecho penal liberal y del principio de legalidad (la sociedad del riesgo en el Derecho penal) ..... 362
2. El principio de legalidad en el ordenamiento jurídico-penal ..... 366
3. El doble mensaje del principio de legalidad ..... 375
4. Las funciones del principio de legalidad en el derecho positivo: la función "virtual" de la parte general y la función "real" de la parte especial ..... 376
5. El juicio de subsunción típica como expresión del principio de legalidad ..... 383
6. La finalidad del Poder Legislativo: democracia y la vigencia del principio de legalidad ..... 390
6.1. El concepto de ley penal ..... 391
6.2. El procedimiento legislativo ..... 395
6.3. El concepto de democracia ..... 397
7. Criterios para la elaboración en la gestación de las leyes jurídico-penales ..... 400
7.1. El respeto irrestricto a los principios constitucionales en la labor parlamentaria ..... 400
7.2. La motivación de las normas penales ..... 404
8. El principio de legalidad y el delito de omisión impropia ..... 405
8.1. Introducción ..... 405
8.2. La inconstitucionalidad de la omisión impropia "no escrita" legalmente en la doctrina argentina. 413
8.3. Posturas en la doctrina penal argentina que sostienen la constitucionalidad de la omisión impropia ..... 419
9. Algunos problemas concretos del principio de legalidad ..... 421

LEGALES EDICIONES

9.1. Los tipos penales abiertos ¿los delitos impropios de omisión se tratan de tipos abiertos? ..... 421
9.2. El concepto de analogía, principio de legalidad y situaciones conexas ..... 427
9.3. Sobre el protagonismo de la ley penal en blanco en el actual sistema penal ..... 434
10. El principio de legalidad penal como manifestación del derecho a obtener una resolución con imputación concreta ..... 440
V. EL PRINCIPIO DEL "NE BIS IN IDEM" O DE LA PROHIBICIÓN DE LA MÚLTIPLE PERSECUCIÓN PENAL ..... 449
1. Denominación y fundamentos ..... 449
2. Criterios para establecer la prohibición de la persecución múltiple ..... 451
2.1. Identidad de persona (*eadem persona*) ..... 452
2.2. Identidad de objeto (*eadem res*) ..... 454
2.3. Identidad de causa de persecución (*eadem causa petendi*) ..... 458

CAPÍTULO 6
EL RAZONAMIENTO JUDICIAL A TRAVÉS DE CASOS PENALES

I. LA CUESTIÓN FÁCTICA COMO PUNTO INICIAL PARA UNA ADECUADA ARGUMENTACIÓN EN SENTIDO PENAL ..... 473
II. SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES COMO PASO PREVIO A UNA ADECUADA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA ..... 481
III. EXCURSO: LA POSICIÓN SUSTANTIVISTA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, COMO INFLUENCIA DEL DERECHO PENAL EN EL DERECHO PROCESAL PROBATORIO ..... 493

LEGALES EDICIONES

## Segunda Parte
## Teoría de la Ley Penal

### Capítulo 7
### LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL


I. LOS PRINCIPALES SISTEMAS DE FUENTE DE PRODUCCIÓN EN EL DERECHO ..... 499
1. El sistema jurídico anglosajón ..... 499
2. El sistema jurídico románico-germánico ..... 504
II. LA LEY COMO FUENTE EXCLUSIVA E INMEDIATA DEL DERECHO PENAL ..... 506
1. El concepto de fuente en el derecho ..... 506
2. Exclusividad de la ley como fuente de producción en materia penal y proscripción de la jurisprudencia ..... 509
III. ¿ES LA JURISPRUDENCIA FUENTE COMPLEMENTARIA DEL DERECHO PENAL? ..... 520
1. Aspectos históricos de la jurisprudencia ..... 520
2. El concepto de jurisprudencia en el derecho ..... 523
2.1. Consideraciones generales ..... 523
2.2. La jurisprudencia y la costumbre judicial ..... 528
2.3. La predictibilidad e igualdad en la aplicación de la ley como característica de la jurisprudencia ..... 529
IV. SOBRE LA PROBLEMÁTICA DEL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA PENAL ..... 534
V. LA JURISPRUDENCIA EN EL TRABAJO DOGMÁTICO JURÍDICO-PENAL ..... 540
VI. LA JURISPRUDENCIA PENAL Y LA CIENCIA PENAL: ¿HACIA UNA JURISPRUDENCIA "DOGMÁTICA" O HACIA UNA JURISPRUDENCIA "PRAGMÁTICA"? ..... 551
VII. EL PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE EN MATERIA PENAL ..... 557
1. Consideraciones generales ..... 557
2. Las sentencias vinculantes de la Corte Suprema y sus formas de crearlas ..... 566


LEGALES EDICIONES

3. De los precedentes judiciales-persuasivos hacia los precedentes judiciales-vinculantes ..... 571
3.1. Iter histórico-legislativo sobre la vinculación de los precedentes jurisprudenciales en el Perú..... 574
4. Jurisprudencia vinculante e independencia judicial .... 577
5. El aporte progresivo de la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema en el Derecho penal y procesal penal..... 579
5.1. En la Parte General del Código Penal..... 580
5.2. En la Parte Especial del Código Penal ..... 583
5.3. En la Parte Jurídico-Procesal ..... 585
6. Algunos aspectos problemáticos provenientes de la jurisprudencia penal vinculante..... 589

## CAPÍTULO 8
## ÁMBITO DE VIGENCIA DE LA LEY PENAL

I. APLICACIÓN ESPACIAL DE LA LEY PENAL..... 593
1. Principio de territorialidad..... 593
2. Principio del pabellón o de la bandera..... 594
3. Principios que justifican la aplicación de la ley penal a hechos cometidos fuera del territorio del Estado..... 595
4. Lugar de comisión del delito ..... 600
II. APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY PENAL..... 601
1. Principio fundamental: irretroactividad..... 601
2. Excepciones del principio fundamental. Retroactividad de la ley favorable ..... 602
3. El principio de combinación ..... 603
4. Leyes penales temporales y excepcionales..... 605
5. Momento de comisión del delito ..... 605
III. APLICACIÓN PERSONAL DE LA LEY PENAL..... 606
1. Principio de inviolabilidad..... 607
2. Principio de inmunidad ..... 607
3. Privilegio procesal del antejuicio ..... 608
4. Excepciones de Derecho internacional..... 608

LEGALES EDICIONES

## TERCERA PARTE
## ¿TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO O SISTEMA DE IMPUTACIÓN PENAL?

### CAPÍTULO 9
### LA TEORÍA DEL DELITO

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS ..... 613
II. LOS ELEMENTOS ANALÍTICOS DE LA TEORÍA DEL DELITO ..... 617
III. LA AFIRMACIÓN Y NEGACIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO ..... 624
IV. EXCURSO: LA INFLUENCIA DE LA TEORÍA DEL DELITO EN LA TEORÍA DEL CASO ..... 626

### CAPÍTULO 10
### DE LA TEORÍA DEL DELITO A LOS SISTEMAS PENALES MODERNOS DE IMPUTACIÓN
#### EL FUNCIONALISMO SISTÉMICO Y EL MODELO KANTIANO DE IMPUTACIÓN

I. EL CAMBIO DE PARADIGMA EN LA DOGMÁTICA PENAL ACTUAL: DEL FINALISMO PERSONAL HACIA EL FUNCIONALISMO SISTÉMICO ..... 631
II. ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL PENSAMIENTO FUNCIONAL DEL DERECHO PENAL ..... 636
1. Consideraciones generales ..... 636
III. RASGOS FUNDAMENTALES DEL PENSAMIENTO FUNCIONAL EN LA OBRA DE GÜNTHER JAKOBS 638
1. Sobre la imputación objetiva como instrumento global de imputación ..... 638
2. El concepto del derecho penal y la idea de la pena en el sistema funcional ..... 642
3. El rol social y su quebrantamiento ..... 645
4. El concepto de delito en el sistema funcional ..... 649
5. Los tres ejes fundamentales del Derecho penal funcional ..... 649

LEGALES EDICIONES

5.1. El concepto de persona ..... 649
5.2. El concepto de sociedad ..... 661
5.3. El concepto de norma ..... 663
6. Los deberes institucionales y de organización en la doctrina de Jakobs ..... 666
7. Los deberes organizacionales ..... 722
8. Sobre las formas imperfectas de ejecución penal (tentativa) ..... 724
IV. SOBRE EL PROGRESIVO DESARROLLO DEL (NUEVO) MODELO KANTIANO EN EL DERECHO PENAL ..... 726
1. Consideraciones generales ..... 726
2. Sobre sus principales representantes del modelo kantiano en el Derecho penal ..... 730
2.1. El modelo de Joachim Hruschka ..... 730
2.2. El modelo de Edgardo Alberto Donna ..... 732

## CAPÍTULO 11
## EL CONCEPTO DE ACCIÓN COMO CATEGORÍA DEL DELITO

I. CUESTIÓN PREVIA: EL CONCEPTO ÓNTICO DE ACCIÓN ..... 735
1. El Derecho penal de acto ..... 739
2. Las preguntas claves para resolver la definición del concepto de acción ..... 742
II. SOBRE LA EVOLUCIÓN TEÓRICA DE LA ACCIÓN EN EL DERECHO PENAL ..... 743
1. La teoría de la acción causal-positivista ..... 746
2. La teoría de la acción causal valorativa (neoclásico) ..... 750
3. La teoría finalista de la acción ..... 751
4. La teoría social de la acción ..... 758
5. Las posturas funcionalistas de la acción ..... 761

LEGALES EDICIONES

III. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA TOMA DE POSICIÓN EN RELACIÓN AL CONCEPTO DE ACCIÓN PARA EL DERECHO PENAL ..... 766
1. Cuestión terminológica ..... 766
2. Aspectos generales sobre el concepto de acción ..... 767
3. Las funciones tradicionales del concepto de acción en la estructura jurídica delito ..... 769
4. La concurrencia de "requisitos mínimos" para establecer la existencia de una acción válida ..... 771
4.1. Actividad humana ..... 772
4.2. La voluntariedad ..... 773
5. Sobre el doble concepto que debe primar en la acción: la base ontológica para los delitos de acción y la base normativa para los delitos de omisión ..... 779
6. La capacidad de rendimiento del concepto de acción . 782
6.1. El delito de omisión ..... 783
6.2. ¿La persona jurídica tiene capacidad de acción para el Derecho penal? ..... 785
IV. LA FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE COMO CAUSAL DE EXCLUSIÓN DE LA ACCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO (ARTÍCULO 20, INCISO 7 CP) ... 788
1. La función negativa de la acción por ausencia de voluntariedad ..... 788
2. La fuerza física irresistible en el Código Penal peruano ..... 791
V. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES ..... 795

VOLUMEN 2

CAPÍTULO 12
TIPICIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA

I. CONCEPTOS PREVIOS ..... 799
II. ASPECTO OBJETIVO DEL TIPO ..... 800

LEGALES EDICIONES

1. Elementos referentes al autor ..... 800
2. Elementos referentes a la acción ..... 801
3. Elementos descriptivos y elementos normativos ..... 803
4. La imputación objetiva. ..... 804
III. ERROR DE TIPO ..... 806
1. Concepto ..... 806
2. Sobre la invencibilidad y vencibilidad del error ..... 810
2.1. Invencible (o inevitable) ..... 810
2.2. Vencible (o evitable) ..... 811
3. Modalidades de error de tipo. ..... 812
IV. RELACIÓN DE CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA ..... 814
1. Aspectos generales de la relación de causalidad ..... 815
2. La causalidad conforme a ley de la naturaleza y su adaptación a delitos comisivos con resultado lesivo. ... 820
3. Exposición de las teorías causales ..... 822
3.1. La teoría de la equivalencia de las condiciones ... 822
3.2. La causalidad adecuada ..... 827
3.3. Teoría de la relevancia típica. ..... 829
4. Sobre la imputación objetiva en el Derecho penal ..... 829
4.1. Aspectos generales ..... 829
4.2. La imputación objetiva y la idea de la normativización ..... 840
4.3. La imputación objetiva y el finalismo ..... 842
4.4. Diversas posturas en relación a la imputación objetiva ..... 844
4.5. Toma de posición ..... 847
4.6. Los criterios que excluyen la imputación objetiva ..... 850
4.7. Instituciones de la imputación objetiva en Jakobs 852
5. Interrupción de la imputación objetiva por intervención posterior de terceros. ..... 930
6. Aplicación de la imputación objetiva al delito imprudente ..... 933

LEGALES EDICIONES

7. La imputación objetiva en la participación delictiva. A la vez sobre la prohibición de regreso y las conductas neutrales ..... 935
7.1. Primera tesis: solo es punible la participación dolosa ..... 935
7.2. Segunda tesis: la participación culposa es aceptable ..... 938
7.3. Nuestro criterio ..... 939
8. ¿Existe causalidad entre la acción no emprendida y el resultado producido? Aplicación de los criterios de imputación objetiva a los delitos de omisión ..... 940
8.1. Planteo del problema ..... 940
8.2. Teorías que admiten una relación causal entre el omitente y el resultado típico ..... 944
8.3. Enfoques modernos de la admisión "causal" en las omisiones punibles ..... 947

## CAPÍTULO 13
## TIPICIDAD SUBJETIVA

I. EL DOLO ..... 979
1. Introducción ..... 979
2. Elementos del dolo ..... 981
2.1. El aspecto intelectual ..... 981
2.2. El aspecto volitivo ..... 986
3. Las clases de dolo. Especial mención al dolo eventual. 987
4. El dolo en la estructura típica omisiva ..... 993
4.1. Consideraciones generales ..... 993
4.2. Posturas doctrinarias en torno a la naturaleza jurídica del dolo en la omisión ..... 997
4.3. El aspecto cognoscitivo en la imputación subjetiva dolosa por omisión ..... 998
5. El aspecto subjetivo doloso en el delito económico ..... 1009
6. Imputación penal dolosa en base a consideraciones cognitivas ..... 1020
6.1. Concepciones clásicas del dolo ..... 1020

LEGALES EDICIONES

6.2. Consideraciones cognitivas para fundamentar el concepto del dolo ..... 1022
6.3. La probanza del dolo (normativo) a través de la prueba por indicios ..... 1029
II. EL DELITO IMPRUDENTE ..... 1069
1. Cuestiones introductorias ..... 1069
2. Infracción del deber de cuidado ..... 1075
3. El resultado debe además, haber sido producido causalmente por la acción. ..... 1081
4. El lado subjetivo de la tipicidad imprudente ..... 1083
5. El delito imprudente y su aplicación al delito de omisión impropia ..... 1084
5.1. ¿El deber de garantía está fundado en un deber de cuidado? ..... 1089
5.2. Aspectos objetivos de la equivalencia típica omisiva en la modalidad culposa ..... 1096
5.3. Aspectos subjetivos de la equivalencia típica omisiva en la modalidad culposa ..... 1100
6. La responsabilidad penal del equipo médico ..... 1103
6.1. Apuntes preliminares ..... 1103
6.2. Los fines de la intervención quirúrgica ..... 1107
7. La comisión culposa en el Derecho penal económico. 1110

CAPÍTULO 14
LA ANTIJURICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

I. DISVALOR DE LA ACCIÓN Y DEL RESULTADO COMO FUNDAMENTO DEL INJUSTO PENAL ..... 1113
1. Análisis y crítica a la teoría monista del injusto ..... 1113
2. Hacia una concepción dualista del injusto penal ..... 1114
2.1. ¿Existen las causas de justificación bioética? El consentimiento informado cumple una función de causa justificante sobre las "lesiones" en el tratamiento médico. El principio de la unidad del ordenamiento jurídico ..... 1122

LEGALES EDICIONES

II. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN ..... 1125
1. Consideraciones generales ..... 1125
2. Características ..... 1127
3. ¿Elementos subjetivos en las causas de justificación? .. 1128
III. LA LEGÍTIMA DEFENSA. ..... 1129
1. Aspectos históricos sobre la legítima defensa ..... 1129
2. Consideraciones generales sobre el derecho a la legítima defensa ..... 1131
3. Análisis de los requisitos concurrentes para la existencia de la legítima defensa en el Código Penal peruano (artículo 20, inc. 3 C.P.) ..... 1134
3.1. Descripción legal ..... 1134
3.2. Sobre la agresión ilegítima ..... 1135
3.3. Sobre la necesaria racionalidad de los medios empleados para impedir o repeler la agresión. Del "medio" de defensa hacia el "sujeto" de defensa. A propósito de la Ley N° 27936 de fecha 12-02-2003 ..... 1153
3.4. Falta de provocación "suficiente" de quien hace la defensa ..... 1158
3.5. ¿Existe el "elemento subjetivo" en la legítima defensa? ..... 1161
3.6. Sobre algunos temas puntuales y conflictivos en el ámbito de la legítima defensa ..... 1163
3.7. A manera de conclusión ..... 1168
IV. EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE ..... 1169
1. Consideraciones generales ..... 1169
2. Descripción legal ..... 1171
3. Elementos objetivos ..... 1172
3.1. Situación de peligro ..... 1172
3.2. Acción necesaria ..... 1173
3.3. Debe emplearse un medio adecuado ..... 1174
3.4. No provocación por parte de quien está en situación de necesidad ..... 1174

LEGALES EDICIONES

4. Elemento subjetivo ..... 1174
V. LA ACTUACIÓN DE ACUERDO A DERECHO ..... 1175
1. Consideraciones históricas ..... 1175
2. Criterio del Derecho comparado ..... 1175
3. Los principios que fundamentan el obrar de acuerdo a Derecho ..... 1176
4. Regulación Legal ..... 1177
5. Requisitos generales ..... 1178
5.1. Existencia del Derecho Subjetivo ..... 1178
5.2. Titularidad del Derecho Subjetivo ..... 1178
5.3. Legitimidad del ejercicio ..... 1178
6. Requisitos específicos. ..... 1179
6.1. Realización de una conducta dañosa de bienes jurídicos fundamentales descrita en un tipo de injusto: conducta típica ..... 1179
6.2. Deber legal de actuar que justifique la conducta dañosa realizada: El examen de este elemento del tipo de justificación tratado exige determinar la fuente del deber de actuar ..... 1179
6.3. Conducta justificada: Para que la conducta típica pueda ser considerada justificada, es necesario verificar que se haya realizado dentro del ámbito de cumplimiento del deber legal de actuar ..... 1180
7. Las modalidades que prevé la Ley para ejercicio de la actuación de acuerdo a derecho ..... 1180
7.1. El obrar por disposición de la ley ..... 1180
7.2. El ejercicio legítimo de un cargo ..... 1181
7.3. El cumplimiento de deberes de función ..... 1182
7.4. El ejercicio legítimo de un derecho. ..... 1185
8. Sobre algunos problemas de la actuación de acuerdo a Derecho ..... 1187
8.1. La colisión de deberes ..... 1187
8.2. ¿La causal de exoneración prevista en el art. 20 inc. 11 del Código Penal es una causa justificante de la actuación de acuerdo a derecho? ..... 1189

LEGALES EDICIONES

VI. EL CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO PENAL. ESPECIAL MENCIÓN AL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE EN LA ACTIVIDAD MÉDICA ..... 1192
1. Consideraciones generales..... 1192
2. La dogmática penal del consentimiento de la víctima. 1196
3. Requisitos para la validez del consentimiento ..... 1203
4. El consentimiento y la teoría de los bienes jurídicos ... 1204
5. Ubicación sistemática del consentimiento en el código Penal peruano..... 1210
6. Las funciones del consentimiento en la teoría general del delito ..... 1211
6.1. El consentimiento como causa de atipicidad..... 1212
6.2. El consentimiento como causa de justificación ... 1215
7. La eutanasia y el consentimiento del enfermo ..... 1217
8. Las "buenas costumbres" como factor limitante en la eficacia del consentimiento justificante..... 1219
9. El consentimiento informado del paciente. Implicancias jurídico-penales del deber de informar del médico ..... 1220
9.1. Apuntes previos..... 1220
9.2. Alcance jurídico del consentimiento informado. 1222
9.3. Requisitos del consentimiento informado justificante en la actividad médica ..... 1236
9.4. El principio paternalista de la medicina (beneficencia) vs. el principio de la autodeterminación y autonomía del paciente (consentimiento informado) ..... 1239
9.5. El consentimiento informado y el rechazo del tratamiento médico ..... 1242
9.6. El consentimiento informado en la actividad médico-quirúrgica..... 1245
9.7. El consentimiento informado en la actividad psiquiátrica ..... 1247

LEGALES EDICIONES

9.8. El consentimiento informado "presunto" en la actividad médica ..... 1248
10. El tratamiento médico ejercido contra el consentimiento del paciente: el "tratamiento médico arbitrario" ..... 1252
11. Conclusiones ..... 1255

CAPÍTULO 15
LA CULPABILIDAD

I. INTRODUCCIÓN ..... 1257
II. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO FUNDAMENTO DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD ..... 1261
III. EXPOSICIÓN DOCTRINAL EN TORNO A LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD ..... 1263
1. Aspectos generales ..... 1263
2. Las principales corrientes en torno a la culpabilidad ..... 1265
2.1. La teoría clásica de la culpabilidad ..... 1265
2.2. La teoría psicológica de la culpabilidad ..... 1267
2.3. La teoría normativa de la culpabilidad ..... 1269
2.4. La teoría de la culpabilidad puramente normativa ..... 1272
2.5. La teoría funcional de la culpabilidad ..... 1275
IV. LA NEUROCIENCIA Y SU INFLUENCIA EN EL CONCEPTO DE CULPABILIDAD ..... 1290
V. LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA CULPABILIDAD COMO CATEGORÍA DEL DELITO ..... 1292
1. La imputabilidad. ..... 1292
2. Conocimiento del injusto (o de la antijuricidad) de la conducta ..... 1295
2.1. Solución formalista ..... 1295
2.2. Solución material ..... 1296
2.3. Solución intermedia ..... 1296

LEGALES EDICIONES

3. La no exigibilidad de otra conducta ..... 1299
4. Algunas reflexiones finales ..... 1301
VI. CAUSAS DE INCULPABILIDAD Y EXCULPACIÓN 1305
1. La inimputabilidad ..... 1305
1.1. El estado de embriaguez ..... 1307
1.2. La minoría de edad ..... 1308
1.3. La doctrina de la *actio libera in causa* ..... 1312
1.4. El error de prohibición. Especial mención al error en el marco de delitos económicos ..... 1314
1.5. El error de comprensión culturalmente condicionado ..... 1324
1.6. El estado de necesidad exculpante ..... 1330

## Capítulo 16
## LA AUTORÍA EN EL DERECHO PENAL

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS: TEORÍA DEL SUJETO INFRACTOR EN EL ÁMBITO JURÍDICO-PENAL ..... 1337
II. LA FÓRMULA LEGAL DEL ARTÍCULO 23 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO EN EL CONTEXTO DE UN PLURALISMO CIENTÍFICO ..... 1338
III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA AUTORÍA ..... 1342
1. Concepto extensivo de autor (teoría subjetiva de la participación) ..... 1342
2. Concepto restrictivo o subjetivo-restrictivo de autor .. 1343
2.1. Teoría objetiva-formal ..... 1343
2.2. Teoría objetivo-material. Alcance sobre la teoría del dominio del hecho ..... 1344
3. Hacia un dominio del hecho típico ..... 1350
IV. LA AUTORÍA EN LOS DELITOS DE OMISIÓN ..... 1354
1. CONSIDERACIONES GENERALES ..... 1354
2. Teoría del dominio del hecho y omisión impropia. ¿Insuficiencia de la teoría del dominio del hecho para definir la autoría en los delitos de omisión? ..... 1354

LEGALES EDICIONES

2.1. Adaptaciones del "dominio del hecho" para fundar una autoría en el marco de estructuras típicas de omisión ..... 1356
3. Criterios para la construcción conceptual de la autoría en los delitos impropios de omisión ..... 1359
3.1. La fórmula legal del artículo 45 del Código Penal argentino en el contexto de un pluralismo científico ..... 1360
3.2. Exposición doctrinal en referencia a la autoría en los delitos de omisión ..... 1362
3.3. Un concepto normativo de autoría para delitos de omisión ..... 1365
4. Las distintas formas de autoría y participación en los delitos de omisión impropia ..... 1368
V. LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN CRIMINAL SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ..... 1370
VI. LA AUTORÍA MEDIATA ..... 1373
1. Consideraciones generales. ..... 1373
2. La autoría mediata y su conexión con el principio de legalidad. ¿Es la autoría mediata una ampliación del ámbito de responsabilidad penal y por ende una infracción al principio de legalidad? ..... 1385
3. Entre la autoría mediata y las otras formas de autoría y participación ..... 1387
4. ¿Autoría mediata vs. Principio del hecho propio? ..... 1390
5. Alcances en torno al sujeto de adelante ("intermediario") ..... 1392
6. La tentativa en la autoría mediata ..... 1400
7. Autoría mediata culposa ..... 1401
8. Aspectos fundamentales de la autoría mediata en función a estructuras organizadas de poder ..... 1402
8.1. El poder estatal y los movimientos criminales fuera de la ley como formas de aparatos organizados de poder ..... 1417

LEGALES EDICIONES

8.2. La fungibilidad del intermediario como característica de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder ..... 1418
9. ¿Se admite la autoría mediata en delitos de propia mano? ..... 1422
10. La autoría mediata por dominio organizativo no estatal y su implicancia en el caso "Abimael Guzmán". A propósito de la sentencia del 13.Oct.06 Emitida por la Sala Penal Nacional de Terrorismo ..... 1425
10.1. La emisión de la Sentencia del 13.Oct.06 constituye un hito importante en la jurisprudencia peruana sobre el título de imputación en materia penal ..... 1425
10.2. La autoría mediata por dominio de la organización como forma básica de intervención punible. ..... 1427
10.3. Abimael Guzmán y su calidad de "autor mediato" del delito de terrorismo ..... 1431
10.4. "Sendero Luminoso" como sistema organizado de poder ..... 1433
11. ¿El caso "Abimael Guzmán" se trataba de una co-autoría mediata o autoría mediata individual? ..... 1438
12. Excurso: La autoría mediata por dominio de la organización es un concepto jurídico-normativo más no legalista-formal. Sobre la función virtual del principio de legalidad en la Parte General de los códigos penales. ..... 1440
13. Algunas reflexiones conclusivas ..... 1443
VII. LA COAUTORÍA ..... 1446
1. Base legal y consideraciones generales ..... 1446
2. El principio de imputación recíproca ..... 1449
3. Principio de relación de horizontalidad ..... 1451
4. Las clases de coautoría ..... 1452
4.1. Coautoría paralela ..... 1453
4.2. Coautoría funcional ..... 1454

LEGALES EDICIONES

4.3. Coautoría sucesiva ..... 1461
4.4. Coautoría mediata ..... 1463
4.5. Coautoría accesoria ..... 1465
5. Toma de posición: sobre el dominio funcional típico.. 1466
6. Sobre los requisitos de la coautoría (funcional)..... 1469
6.1. Pluralidad de agentes de 2 o más autores ..... 1469
6.2. Co-ejecución de la acción típica ..... 1470
6.3. La contribución esencial al hecho delictivo. La verificación del aporte "necesario" y "objetivo" dentro de la etapa ejecutiva ..... 1473
6.4. División de roles criminales ..... 1482
6.5. Decisión común ..... 1482
7. Aporte esencial-no típico al hecho vs. Aporte ejecutivo-típico al hecho entre la teoría del dominio del hecho y la teoría formal-objetiva. El caso del "campana" y el caso del "jefe de la banda" ..... 1488
7.1. El caso del "campana" ..... 1490
7.2. El caso del "Jefe de la banda" ..... 1490
8. Diferencias entre la coautoría y la complicidad..... 1494
VIII. EL ELEMENTO ESPECIAL DE LA AUTORÍA: ¿DELITO ESPECIAL O DELITO INSTITUCIONAL? EL CASO DE LA POSICIÓN DE GARANTÍA EN EL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA ..... 1496
IX. LA PROBLEMÁTICA DE LA PARTICIPACIÓN DEL *EXTRANEUS* EN LOS DELITOS ESPECIALES. ..... 1507
1. Consideraciones generales..... 1507
2. La tesis de la unidad del título de imputación ..... 1508
X. EXCURSO: ALGUNAS CUESTIONES PUNTUALES EN TORNO A LA AUTORÍA EN EL DERECHO PENAL..... 1511
1. Hans Welzel y su pensamiento en la posición de garantía (de autoría) en los delitos de omisión..... 1511
2. Los deberes institucionales y de organización en la doctrina de Jakobs. Crítica ..... 1513

LEGALES EDICIONES

3. La fórmula de la "actuación en lugar de otro" en el Derecho penal ..... 1519
3.1. Consideraciones generales ..... 1519
3.2. Requisitos para la aplicación de la fórmula del artículo 27 del Código Penal ..... 1526

CAPÍTULO 17
LA TEORÍA Y LAS CLASES DE PARTICIPACIÓN CRIMINAL

I. INTRODUCCIÓN ..... 1529
II. LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL EN LA JURISPRUDENCIA PENAL Y CONSTITUCIONAL ..... 1539
III. ANOTACIONES PRELIMINARES EN TORNO A LA TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PENAL ..... 1543
1. Cuestiones preliminares ..... 1543
2. La participación criminal es una extensión de la tipicidad ..... 1547
3. Sobre los fundamentos de la participación criminal ..... 1549
4. El principio de accesoriedad (o dependencia) como criterio fundamental para fundamentar la participación criminal ..... 1556
5. Las clases de accesoriedad en la participación criminal 1565
5.1. La accesoriedad cuantitativa o dependencia en función al grado de desarrollo del delito ..... 1566
5.2. La accesoriedad cualitativa o dependencia de los elementos analíticos del delito ..... 1568
5.3. Excurso: No existe participación criminal si el hecho ya fue consumado. Especial referencia a la doctrina del "acuerdo previo" ..... 1571
5.4. La convergencia intencional en la participación criminal ..... 1575
5.5. La accesoriedad limitada y sus consecuencias dogmáticas para el título de imputación: ¿Unidad o ruptura del título de imputación? ..... 1576

LEGALES EDICIONES

5.6. La imposición de una interpretación restrictiva en la participación cuando el delito cometido por el autor es un delito de mera actividad o de delito de peligro abstracto ..... 1579
IV. LAS CONSECUENCIAS DE CARÁCTER PROCESAL DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD ..... 1580
V. ALGUNAS CONCLUSIONES ..... 1588
VI. TESIS DE LA AUTONOMÍA DE LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA O DEL INJUSTO ÚNICO DE INTERVENCIÓN ..... 1592
VII. LAS CLASES DE PARTICIPACIÓN DELICTIVA ..... 1599
1. La instigación ..... 1599
1.1. Consideraciones generales ..... 1599
1.2. Los elementos de la inducción ..... 1603
1.3. La inducción aplicado al Derecho penal económico ..... 1611
1.4. Casos problemáticos sobre la instigación ..... 1615
VIII. LA COMPLICIDAD ..... 1621
1. Aspectos generales ..... 1621
2. LAS CLASES DE COMPLICIDAD ..... 1623
2.1. La complicidad primaria ..... 1624
2.2. La complicidad secundaria ..... 1625
3. Los requisitos de la complicidad criminal ..... 1625
3.1. Requisitos objetivos ..... 1625
3.2. Requisitos subjetivos ..... 1626
4. La causalidad en la complicidad ..... 1626
5. Criterios para diferenciar la complicidad primaria de la complicidad secundaria ..... 1627
6. El dolo como elemento subjetivo de la complicidad ..... 1631
7. El momento en que debe producirse la contribución del cómplice ..... 1634
8. La complicidad psicológica ..... 1640
8.1. Consideraciones sobre la complicidad psicológica. 1640

LEGALES EDICIONES

8.2. La llamada "causalidad" en la complicidad psicológica-intelectual ..... 1643
8.3. Las clases de complicidad psicológica ..... 1644

VOLUMEN 3

CAPÍTULO 18
LA RELACIÓN CONCURSAL DE DELITOS

I. CONSIDERACIONES PREVIAS ..... 1653
II. EL CONCURSO REAL DE DELITOS ..... 1655
1. Aspectos generales ..... 1655
2. Requisitos del concurso real de delitos ..... 1656
2.1. Unidad de sujeto activo ..... 1656
2.2. Pluralidad de acciones ..... 1656
2.3. Pluralidad de resultados delictivos ..... 1657
2.4. La finalidad delictiva ..... 1657
2.5. Que sea juzgado en un mismo proceso penal ..... 1657
3. Criterios para determinar la penalidad en el concurso real de delitos ..... 1657
3.1. Acumulación material de todas las penas ..... 1658
3.2. Absorción de la pena menor por parte de la más grave ..... 1658
3.3. Acumulación jurídica ..... 1659
3.4. El sistema de exasperación ..... 1659
III. EL CONCURSO IDEAL DE DELITOS ..... 1659
1. Aspectos generales ..... 1659
2. Requisitos para la validez del concurso ideal de delitos. 1660
2.1. Unidad de acción ..... 1661
2.2. Pluralidad de normas penales infringidas ..... 1661
2.3. Identidad del sujeto activo ..... 1661
2.4. Unidad y pluralidad de sujetos pasivos ..... 1661
3. El criterio para determinar la pena en el concurso ideal de delitos ..... 1661

LEGALES EDICIONES

IV. EL CONCURSO APARENTE DE LEYES ..... 1662
1. Aspectos generales ..... 1662
2. Las reglas para determinar el concurso aparente de delitos ..... 1667
2.1. Principio de especialidad ..... 1668
2.2. Principio de subsidiaridad ..... 1671
2.3. Principio de consunción ..... 1673
2.4. Principio de alternatividad ..... 1675
V. EL CONCURSO REAL RETROSPECTIVO DE DELITOS EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO. A PROPÓSITO DE LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (RECURSO NULIDAD, EXP. N° 367-2004) ..... 1676
1. Apuntes preliminares ..... 1676
2. La jurisprudencia vinculante de fecha 23 de Febrero 2005 expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (Recurso de Nulidad, Exp. N° 367-2004) ..... 1678
3. Evolución legislativa del concurso real retrospectivo en nuestro ordenamiento jurídico-penal ..... 1682
4. Presupuestos para la aplicación del artículo 51 del Código Penal ..... 1684
5. Sobre los criterios legales para la aplicación de la pena en el marco del concurso real retrospectivo ..... 1684
5.1. El criterio de acumulación de penas ..... 1684
5.2. El criterio de la sumatoria de penas ..... 1689
6. Algunas conclusiones ..... 1690
VI. EL DELITO CONTINUADO ..... 1692

CAPÍTULO 19
GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

I. CONSIDERACIONES GENERALES ..... 1697

LEGALES EDICIONES

II. EL LADO INTERNO DE CARÁCTER IMPUNE DEL *ITER CRIMINIS* ..... 1698
III. LOS ACTOS DE PREPARACIÓN DEL DELITO ..... 1699
1. Principales teorías que fundamentan a los actos preparatorios ..... 1701
1.1. Las teorías objetivas ..... 1701
1.2. Las teorías subjetivas ..... 1702
1.3. Las teorías mixtas ..... 1702
2. Entre la impunidad y la excepcionalidad de la represión de los actos preparatorios del delito ..... 1702
IV. LA TENTATIVA ..... 1705
1. Aspectos generales ..... 1705
2. La tentativa y el principio de legalidad ..... 1711
3. Las teorías que fundamentan la tentativa ..... 1712
3.1. Las teorías objetivas ..... 1712
3.2. La teoría subjetiva ..... 1713
3.3. Teoría mixta ..... 1714
3.4. La teoría de la impresión ..... 1715
3.5. Toma de postura ..... 1716
4. La tentativa y el delito culposo ..... 1717
5. La idea del "comienzo de la ejecución" en el *iter criminis* ..... 1719
5.1. Teoría objetiva-subjetiva ..... 1719
5.2. Teoría objetiva ..... 1721
6. Tipo subjetivo de la tentativa ..... 1722
7. Sobre algunos aspectos problemáticos de la tentativa . 1725
7.1. Sobre la relevancia del perfeccionamiento típico formal y material ..... 1725
7.2. La tentativa inidónea ..... 1728
7.3. La tentativa en los delitos de omisión ..... 1732
7.4. Esquema de progresidad delictiva en función al "bien jurídico-penal" y del "tipo penal" ..... 1735

LEGALES EDICIONES

## CAPÍTULO 20
## LOS DELITOS DE OMISIÓN

I. SOCIEDAD, ESTADO Y LOS DEBERES DE SOLIDARIDAD MÍNIMA. UNA INTRODUCCIÓN A LOS ASPECTOS POLÍTICO-CRIMINALES DE LOS DELITOS DE OMISIÓN ..... 1741
II. UBICACIÓN SISTEMÁTICA EN EL DERECHO POSITIVO PARA LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN ..... 1752
1. Posturas a favor de la Parte General ..... 1753
2. Posturas a favor de la Parte Especial ..... 1754
3. Posturas en contra de la Parte General y Parte Especial ..... 1756
III. EL PROGRAMA DE SUJETOS COMPETENTES PARA LA SALVACIÓN DE BIENES JURÍDICOS, LLAMADO POR LA TEORÍA PENAL "OMISIÓN IMPROPIA" ..... 1758
1. Alcances y repercusiones del concepto de acción y omisión para la teoría de la omisión impropia ..... 1758
1.1. Visión retrospectiva de la omisión penal y su vinculación con las teorías de la acción: inicio de la teorización científica de la omisión ..... 1758
1.2. Intentos correctivos para el concepto de omisión en el causalismo-positivista: la doctrina de la "acción esperada" ..... 1762
1.3. ¿Qué nos sirve para fundamentar la omisión en el Derecho penal?: ontologicismo o normativismo, formalismo o materialismo ..... 1776
2. Las clases de omisión en el Derecho penal. Aspectos críticos a la tendencia tripartita de la omisión ..... 1800
2.1. El delito de omisión propia simple ..... 1800
2.2. El delito de omisión y resultado lesivo: ¿omisión propia "agravada" por el resultado u omisión impropia "resultativa"? ..... 1805
2.3. Los delitos de omisión impropia. Aspectos fundamentales ..... 1809

LEGALES EDICIONES

2.4. Algunos criterios para la distinción entre omisión propia e impropia ..... 1825
2.5. ¿Resulta posible la concurrencia de "accionantes" y "omitentes" en un mismo evento criminal? Especial mención al respecto por el Principio básico de la Unidad de Imputación a través del Comportamiento Típico ..... 1833
3. Los elementos comunes (objetivos) para los delitos omisivos en general ..... 1835
3.1. La concurrencia de la situación de peligro ..... 1835
3.2. Ausencia de acción determinada ..... 1841
3.3. La capacidad de realización de la conducta ..... 1842
4. La calidad de garantía como elemento típico y fundamentador de la autoría de la omisión impropia ..... 1847
4.1. Punto de partida: la teoría de la posición de garante de Nagler ..... 1847
4.2. Fundamentos de la posición de garantía ..... 1852
4.3. Toma de posición sobre las fuentes de garantía y técnica legislativa empleada ..... 1904
4.4. La calidad de garantía como elemento no escrito: ¿La ausencia de escritura legal es un elemento de referente histórico o un elemento de remisión? .. 1906
4.5. Métodos y sistemas para llevar a cabo la regulación de las fuentes de garantías ..... 1910
4.6. Desarrollo de los criterios básicos para la elaboración de las fuentes de garantías ..... 1916
4.7. Alcance y significado de los deberes ético-morales y el destierro para fundamentar las fuentes de garantía ..... 1933
IV. LA EQUIVALENCIA ENTRE UNA ACCIÓN Y OMISIÓN COMO SEGUNDO PASO PARA IMPUTAR PENALMENTE LA OMISIÓN IMPROPIA ..... 1939
1. Exposición y problemática ..... 1939
2. Los criterios para la realización de la equivalencia entre una acción y omisión ..... 1949

LEGALES EDICIONES

2.1. Desigualdad estructural entre una acción y omisión en el plano conductual ..... 1949
2.2. Las variantes que la ciencia penal ha elaborado para fundamentar la equivalencia ..... 1950
2.3. Algunos supuestos problemáticos para establecer una equivalencia típica ..... 1961
V. ¿LA ATENUACIÓN FACULTATIVA DE LA PENA ES COHERENTE CON LA EQUIVALENCIA TÍPICA? .. 1969
VI. RECAPITULACIÓN ..... 1977

CAPÍTULO 21
LA PRESENCIA DE PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO PENAL

I. LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL MODERNO DERECHO PENAL ..... 1981
1. Cuestiones generales ..... 1981
2. Los grandes sistemas jurídicos y la responsabilidad de las personas jurídicas ..... 1990
3. ¿Crisis del principio "societas delinquere non potest" en los ordenamientos jurídicos tributarios del Derecho romano-germánico? ..... 1995
II. EL EJERCICIO DE LOS DEBERES EN LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL A TRAVÉS DE LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES ..... 2004
1. División de trabajo y competencia como necesidad en la actividad empresarial ..... 2004
2. La delegación de funciones y la calidad de garantía ..... 2007
3. Los deberes de delegación que pueden ser transferidos ..... 2010
III. LA PRESENCIA DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL ..... 2015
IV. EL DERECHO PENAL ESPAÑOL Y SU PROCESO DE REFORMA LEGAL PARA INCORPORAR LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PROPIA PERSONA JURÍDICA ..... 2018
V. REFLEXIONES FINALES ..... 2028

LEGALES EDICIONES

CAPÍTULO 22
LA RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL

I. FOCALIZACIÓN DEL PROBLEMA DE ESTUDIO ... 2041
1. A modo de introducción: posibilidades y límites de la omisión impropia como alternativa de imputación individual en el ámbito empresarial ... 2042
2. Características especiales en el sujeto activo exigidos en el Régimen Penal de la Ley argentina 24.051 ... 2060
3. La doctrina construye posiciones de garantía para los órganos directivos descritos en el art. 57 de la Ley argentina 24.051 ... 2065
4. El art. 57 de la Ley argentina 24.051 y su inadmisibilidad para la construcción de la omisión impropia por ausencia de ley que autoriza la equivalencia típica ... 2068
5. Los factores limitantes de la posición de garantía del empresario: poder de decisión y base de la información ... 2072

CAPÍTULO 23
¿RESULTA NECESARIO LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS CONCRETAS EN LAS EMPRESAS PARA LA NEUTRALIZACIÓN DE RIESGOS PENALES?
INTRODUCCIÓN DEL *COMPLIANCE* EN EL DERECHO PENAL PERUANO

I. ASPECTOS GENERALES ... 2077
II. SOBRE LA FINALIDAD DEL *COMPLIANCE* ... 2081
III. LAS MANIFESTACIONES CONCRETAS, SEGÚN LA DOCTRINA, DEL *COMPLIANCE* EN EL DERECHO PENAL ... 2082
IV. ÁREAS ESPECÍFICAS EN LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL DONDE DEBERÍA FOCALIZARSE LA IMPLEMENTACIÓN DEL *COMPLIANCE* ... 2085

LEGALES EDICIONES

V. MODELOS TEÓRICOS PARA LA ASUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y SU RELACIÓN CON EL *COMPLIANCE*..... 2094
VI. CONSECUENCIAS JURÍDICO-PROCESALES DE HABER ADOPTADO PREVIAMENTE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN EL MARCO DE UNA PERSONA JURÍDICA ..... 2096
VII. A MODO DE CONCLUSIONES ..... 2099

CAPÍTULO 24
LA INFLUENCIA DEL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA EN EL DERECHO PENAL

I. EL ESTADO Y SU MANIFESTACIÓN A TRAVÉS DEL *IUS PUNIENDI* ESTATAL ..... 2101
1. Consideraciones generales ..... 2101
2. El principio de imputación necesaria ..... 2103
3. Sobre el término *imputación* ..... 2105
II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA ..... 2110
1. Cuestiones preliminares ..... 2110
2. El principio de la imputación necesaria como parte del debido proceso. El concepto de debido proceso en sentido amplio ..... 2111
III. LOS CRITERIOS DE INDIVIDUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA ..... 2119
1. Introducción ..... 2119
2. Los criterios de individualización ..... 2120
2.1. La individualización nominal del investigado/imputado ..... 2120
2.2. La individualización jurídica ..... 2121
2.3. La individualización fáctica ..... 2124
2.4. El principio de proporcionalidad y el principio de la imputación necesaria ..... 2126

LEGALES EDICIONES

## Cuarta Parte
## Las Consecuencias Jurídicas del Delito

### Capítulo 25
### LA TEORÍA DE LA PENA

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS ..... 2131
II. SOBRE LAS TEORÍAS QUE EXPLICAN LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS PENAS. ..... 2135
1. Las teorías absolutas ..... 2135
2. Las teorías de la prevención ..... 2140
2.1. Prevención especial negativa y positiva ..... 2141
2.2. La prevención general negativa y positiva ..... 2144
3. La pena según la perspectiva funcional normativista .. 2147
4. Las teorías combinadas de las penas ..... 2150
5. Teoría dialéctica de la pena ..... 2155
6. Teoría agnóstica de la pena ..... 2157
III. LA PENA COMO HERRAMIENTA JURÍDICA UTILIZADA POR EL LEGISLADOR ANTE LA PROBLEMÁTICA DELICTIVA. LA PENA COMO MÉTODO DISUASIVO Y RESOCIALIZADOR ..... 2158
IV. LAS TEORÍAS DE LAS PENAS Y SU APLICACIÓN EN LA DELINCUENCIA ECONÓMICA ..... 2169
V. SOBRE LA PENA DE CADENA PERPETUA ..... 2173
1. Evolución legislativa ..... 2173
2. Consideraciones generales ..... 2175

### Capítulo 26
### LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD
### Y su relación con la prisión preventiva

I. CONSIDERACIONES GENERALES ..... 2179
II. LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD Y SU RELACIÓN CON LA PRISIÓN PREVENTIVA ..... 2184

LEGALES EDICIONES

III. EXCURSO: LA VIGILANCIA ELECTRÓNICA COMO MECANISMO DE CONTROL "ALTERNATIVO" A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD ..... 2190
1. Consideraciones generales ..... 2190
2. La vigilancia electrónica personal como medida alternativa a la pena privativa de libertad ..... 2191
3. La vigilancia electrónica personal como medida cautelar alternativa al mandato de detención ..... 2192
4. La vigilancia electrónica personal como medida de reforzamiento a los beneficios penitenciarios ..... 2194
5. Derecho Comparado ..... 2195
6. La regulación de la pena de vigilancia electrónica en el Código Penal ..... 2196

## CAPÍTULO 27
## LA PENA DE MULTA EN EL DERECHO PENAL

I. Sobre la política criminal de pena de multa ..... 2199
II. El concepto de multa en el Derecho penal ..... 2201
III. Diferencia entre la pena de multa y la reparación civil 2203
IV. Los sistemas de regulación legal en la pena de multa. Especial mención al sistema de días-multa y su recepción en el Código Penal peruano ..... 2204
1. Consideraciones generales ..... 2204
2. La cuantía fijada en la Ley en función del ilícito penal 2206
3. La pena de multa se fija sobre un mínimo y un máximo fijado en la Ley ..... 2207
4. La determinación del día multa ..... 2207
5. Determinación del monto diario ..... 2207
6. La situación económico-financiera del condenado ..... 2208
V. LA APLICACIÓN DE LA PENA DE MULTA A LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN CONTRA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ..... 2209
VI. ALGUNAS REFLEXIONES CONCLUSIVAS ..... 2212

LEGALES EDICIONES

## CAPÍTULO 28
## LA EXENCIÓN DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL

1. Introducción: la exención de pena como estrategia político-criminal de minimizar la violencia estatal. El Derecho penal mínimo como fundamento ..... 2215
2. El artículo 68 del Código Penal como medida eliminatoria de la pena privativa de libertad de corta duración ..... 2223
   2.1. El sistema de penas y las medidas alternativas a la pena privativa de libertad ..... 2223
   2.2. La exención o dispensa de pena en el Código Penal ..... 2227
3. Los presupuestos que impone el Código Penal peruano para "eximir" de pena ..... 2233
   3.1. Es una facultad del juez ..... 2233
   3.2. Puede ser autor o partícipe ..... 2233
   3.3. En cuanto a las penas que pueden eximirse ..... 2234
   3.4. En cuanto a la responsabilidad mínima ..... 2238

## CAPÍTULO 29
## DETERMINACIÓN DE LA PENA Y LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

I. CONSIDERACIONES GENERALES. ..... 2241
II. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA Y SU RELACIÓN CON LOS FINES DE LA PENA ..... 2247
III. MOTIVACIÓN JUDICIAL Y DETERMINACIÓN DE LA PENA ..... 2253
IV. LA DETERMINACIÓN DE LA PENA COMO SINCRETISMO ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO PROCESAL PENAL ..... 2257
1. Cuestiones previas ..... 2257
2. La determinación de la pena en función de conducta típica de los tipos penales ..... 2259

LEGALES EDICIONES

V. ETAPAS DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA ..... 2262
VI. SISTEMA DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA ..... 2263
VII. LOS MODELOS TEÓRICOS SOBRE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA ..... 2264
VIII. LOS PRESUPUESTOS PARA FUNDAMENTAR Y DETERMINAR LA PENA ..... 2266
IX. LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL ..... 2269
1. Introducción ..... 2269
2. Concepto ..... 2271
3. Características ..... 2272
4. Sistemas de atenuación y agravación de la pena ..... 2275
5. Los criterios generales de individualización (de atenuación y agravación) de la pena según el Código Penal peruano ..... 2276
6. Circunstancias generales de atenuación ..... 2278
7. Circunstancias generales de agravación ..... 2285
X. EXCURSO: LA INCORPORACIÓN DE LA REINCIDENCIA Y LA HABITUALIDAD EN EL SISTEMA PENAL PERUANO ..... 2292
1. Sobre el proceso de reforma legal de la reincidencia y la habitualidad en el Perú ..... 2298

CAPÍTULO 30
LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

I. SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y LEGISLACIÓN COMPARADA ..... 2301
II. FUNDAMENTO. ..... 2307
III. REGULACIÓN LEGAL PARA LA IMPOSICIÓN DE LA PENA SUSPENDIDA ..... 2318
1. Presupuestos legales para la imposición de la suspensión de la ejecución de la pena ..... 2320

LEGALES EDICIONES

1.1. Se trata de una facultad discrecional del juzgador penal ..... 2320
1.2. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años ..... 2320
1.3. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado ..... 2321
1.4. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual ..... 2325
2. Análisis de las reglas de conductas impuestas en la sentencia de suspensión de la pena ..... 2326
2.1. Consideraciones previas ..... 2326
2.2. Prohibición de frecuentar determinados lugares 2327
2.3. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez ..... 2328
2.4. Comparecer mensualmente al Juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades ..... 2329
2.5. Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo. Especial mención: ¿Puede imponerse como regla de conducta el pago de suma de dinero por concepto de reparación civil? ..... 2329
2.6. Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito ..... 2332
2.7. Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol ..... 2333
2.8. Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la Autoridad de Ejecución penal o institución competente ..... 2333
2.9. Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado ..... 2334

LEGALES EDICIONES

IV. SOBRE LOS EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS REGLAS DE CONDUCTA SEGÚN EL CÓDIGO PENAL ..... 2334
1. Descripción legal ..... 2334
2. Comentarios ..... 2335
V. REVOCACIÓN ESPECIAL DE LA SUSPENSIÓN DE LA PENA POR COMISIÓN DE UN NUEVO DELITO DOLOSO ..... 2338
1. Descripción legal ..... 2338
2. Comentario ..... 2339
VI. SOBRE LA PROHIBICIÓN LEGAL DE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA A LOS FUNCIONARIOS O SERVIDORES PÚBLICOS CONDENADOS POR LOS DELITOS DOLOSOS PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 384 Y 387 DEL CÓDIGO PENAL ..... 2339

CAPÍTULO 31
LAS CAUSALES DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL

I. INTRODUCCIÓN ..... 2343
II. LEGISLACIÓN COMPARADA Y REGULACIÓN LEGAL NACIONAL ..... 2344
III. ANÁLISIS DE LAS CAUSALES ESPECÍFICAS DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL ..... 2345
1. Muerte del imputado ..... 2346
2. El Derecho de gracia: la amnistía ..... 2350
3. La prescripción de la acción penal ..... 2352
3.1. Regulación legal y cuestiones generales ..... 2352
3.2. Sobre la prescripción de la acción penal en forma ordinaria, extraordinaria y especial ..... 2357
3.3. Sobre la prescripción de la acción penal en los delitos de omisión de asistencia familiar ..... 2366

LEGALES EDICIONES

3.4. Sobre el supuesto de reducción de los plazos de prescripción en función de la edad del autor ..... 2368
3.5. Sobre el inicio de los plazos de prescripción de la acción penal de acuerdo a la naturaleza de cada delito de la Parte Especial ..... 2369
3.6. Sobre la individualización de la prescripción ..... 2372
3.7. Sobre la interrupción y la suspensión de la prescripción de la acción penal ..... 2373
4. Sobre el concepto de cosa juzgada (*Ne bis in ídem*) y su capacidad de extinción de la acción penal ..... 2382
4.1. Consideraciones generales ..... 2382
4.2. Fundamentos ..... 2388
4.3. Requisitos ..... 2390
4.4. La transacción y el desistimiento como formas de extinción de la acción penal privada ..... 2392
5. La extinción de la acción penal por sentencia civil ..... 2394
IV. CAUSALES DE EXTINCIÓN DE LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL ..... 2397
1. Descripción legal y Legislación comparada ..... 2397
2. La muerte del condenado ..... 2398
3. La prescripción de la pena ..... 2398
4. El cumplimiento de la pena ..... 2400
5. La amnistía y el indulto ..... 2401
6. Perdón del ofendido ..... 2401
7. Otras causales de extinción ..... 2403

CAPÍTULO 32
LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

I. CONSIDERACIONES GENERALES ..... 2405
II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, LOS INTERESES PÚBLICOS PREDOMINANTES Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD ..... 2412
III. SISTEMA DE REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD ..... 2413

LEGALES EDICIONES

IV. PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD ..... 2415
1. La comisión de un injusto penal previo ..... 2416
2. El grado de pronóstico elevado de probabilidad delictiva ..... 2417
V. LAS CLASES DE MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL CÓDIGO PENAL ..... 2419
1. Medidas de seguridad de internación ..... 2419
1.1. Concepto ..... 2419
1.2. Finalidad ..... 2422
1.3. Sobre el ingreso a los Centros Especializados ..... 2423
1.4. Duración de la medida de internamiento ..... 2424
2. Medida de seguridad de tratamiento ambulatorio ..... 2426
2.1. Concepto ..... 2426
2.2. Duración ..... 2427
VI. EL PROCESO DE SEGURIDAD EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004 ..... 2427

## CAPÍTULO 33
## LA REPARACIÓN CIVIL EN EL DERECHO PENAL
### CONCEPTO Y DETERMINACIÓN

I. CONSIDERACIONES GENERALES ..... 2431
II. EL DERECHO A LA VERDAD COMO OBJETO SUSTANCIAL A LA VÍCTIMA DEL HECHO PUNIBLE . 2433
III. EL CONTENIDO DE LA REPARACIÓN CIVIL SEGÚN EL CÓDIGO PENAL ..... 2435
1. Sobre la restitución ..... 2436
2. Sobre la indemnización ..... 2437
IV. SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL O AQUILIANA ..... 2438
V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL (REPARACIÓN CIVIL) ES DISTINTA A LA RESPONSABILIDAD PENAL ..... 2440

LEGALES EDICIONES

VI. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA A LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA ..... 2443
VII. PRESUPUESTOS DE VERIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DERIVADA DE LA COMISIÓN DE UN HECHO PUNIBLE ..... 2444
1. La antijuricidad o hecho ilícito ..... 2445
2. El daño causado ..... 2448
2.1. Clases de daños ..... 2452
2.2. Equivalencia normativa de la "reputación" de la persona jurídica de derecho privado a la persona jurídica de derecho público (la Administración pública) ..... 2455
3. La relación de causalidad ..... 2457
4. Los factores de atribución subjetiva. ¿Los factores de atribución subjetiva en el campo del Derecho civil, tienen el mismo fundamento y alcance que los factores subjetivos del Derecho penal? ..... 2459
VIII CRITERIOS PARA DETERMINAR LA ESTIMACIÓN RESARCITORIA EN UN PROCESO PENAL POR DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ..... 2463
1. En función del objeto ("penal" - "civil") protegido. ¿Existe el daño a la "buena imagen y reputación" de la administración pública? ..... 2463
2. En función del rango o jerarquía funcional del sujeto (importancia de deberes infringidos) ..... 2467
3. En función del número de funcionarios/servidores que intervinieron en el hecho punible ..... 2468
4. En función de la repercusión social del hecho ..... 2469
5. Criterio en función del daño patrimonial ocasionado al Estado ..... 2470

LEGALES EDICIONES

IX. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. LA EXIGENCIA DEL COBRO DE LA REPARACIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL Y LA PLURALIDAD DE AGENTES EN EL MISMO EVENTO DELICTIVO..... 2471
1. Cuestiones previas ..... 2471
2. Vías de solución de la responsabilidad solidaria, en función de la pluralidad de condenados por reparación civil ..... 2473
X. EXCURSO..... 2475
1. Reparación civil y la sentencia de conformidad ..... 2475
2. La condena civil sin condena penal en el nuevo proceso penal..... 2476

## CAPÍTULO 34
## EL DECOMISO Y LA PRIVACIÓN DE BENEFICIOS OBTENIDOS A LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL DELITO

I. EL DECOMISO PROVENIENTE DE LA COMISIÓN DE DELITO..... 2481
1. Consideraciones generales..... 2481
2. Descripción legal. Evolución y perspectiva de *lege ferenda* ..... 2488
3. La "mezcla de los fondos" según el artículo 102, tercer párrafo, del Código Penal ..... 2490
3.1. Consideraciones generales ..... 2490
3.2. Propuesta de solución legal ..... 2491
II. DECOMISO FACULTATIVO..... 2495
III. PRIVACIÓN DE BENEFICIOS OBTENIDOS POR INFRACCIÓN PENAL A PERSONAS JURÍDICAS .... 2496
1. Descripción legal..... 2496
2. Consideraciones generales..... 2496

LEGALES EDICIONES

## CAPÍTULO 35
## LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS APLICADAS A LAS PERSONAS JURÍDICAS

I. Consideraciones generales ..... 2503
II. Las medidas aplicables a las personas jurídicas, según el artículo 105 del Código Penal peruano ..... 2508
III. El Acuerdo Plenario N° 07-2009 de la Corte Suprema sobre persona jurídica y las llamadas consecuencias accesorias aplicadas a las personas jurídicas ..... 2510

BIBLIOGRAFÍA ..... 2515

LEGALES EDICIONES

# INTRODUCCIÓN

El presente texto que lleva por título *Tratado de Derecho Penal* (el cual incluirá 3 tomos abordando la Parte General y 4 tomos abordando la Parte Especial) ha sido fruto de una evolución paulatina en mis incursiones por desarrollar e investigar las instituciones propias del Derecho penal aplicables al ordenamiento jurídico peruano. En ese sentido, se podría decir que la presente obra vendría a ser una suerte de tercer momento en mis reflexiones sobre el Derecho penal peruano. Esto me permite presentar a la comunidad jurídica peruana las dos presentaciones primigenias que han sido anteriores a esta primera edición de mi Tratado de Derecho Penal con el único objetivo de explicitar la evolución en mi forma de concebir las instituciones del Derecho penal.

## I

1. La aparición de *Derecho Penal. Parte General* es el resultado de un conjunto de artículos y contribuciones que en algunos de ellos se han ido publicando periódicamente (principalmente desde el 2003 hasta lo que va del año 2007) en diferentes revistas y otras que son totalmente inéditas. Advierto que la mayoría de los temas que se abordan tiene como base referencial el análisis del derecho argentino, sin que ello signifique su no aplicación y compatibilidad con el derecho peruano; por el contrario, pienso que en los últimos tiempos hemos estado viviendo una suerte de "europeización" y en menor grado una "argentinización" en nuestro arsenal dogmático-conceptual del hecho punible, de ahí que he preferido dejarlo intacto en esas reflexiones. Mi punto de partida es expresar una concepción global de un Derecho penal acorde

LEGALES EDICIONES

con las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho tal como manda nuestra actual Constitución Política, por ello los temas abordados –según el índice propuesto– pueden resumirse de la siguiente manera: en primer lugar señalamos las "Bases fundamentales del hecho punible" –abarcando las funciones de la dogmática jurídico-penal, la teoría del bien jurídico, y la llamada exención de pena; en segundo lugar, abordo las denominadas "categorías básicas de la teoría general del delito" –capacidad de acción, causas de exclusión de la antijuricidad como la legítima defensa, la culpabilidad, la imputación objetiva, el delito imprudente; y en tercer lugar, abarco la denominada "teoría de la ampliación de la punibilidad" –*iter criminis*, autoría y participación criminal, y el concurso de delitos–.

2. Estoy convencido que no puede construirse una Parte General del Derecho penal si antes no se ha definido su "paternidad" dogmática en dicha construcción; en consecuencia, si bien asumo una posición teórica impuesta por la doctrina finalista o del injusto penal, y esto se puede comprobar leyendo mis reflexiones en torno al concepto de acción, la legítima defensa como causal de justificación, la culpabilidad como categoría sistemática del delito, entre otros temas. Y en algunos otros temas centrales de la teoría general del delito estoy más próximo al funcionalismo moderado liderado actualmente por el profesor Claus Roxin, como por ejemplo mis reflexiones sobre la teoría de la imputación objetiva, el consentimiento, entre otros, sin que esta suerte de mixtura de sistemas de imputación implique una contrariedad interna; como es sabido, el funcionalismo moderado está construido sobre algunas bases que ha impuesto el finalismo clásico en su momento –el dolo y culpa en la tipicidad y no en la culpabilidad, la voluntariedad como concepto básico de la acción, el dominio del hecho como fundamento de la autoría en delitos dolosos, entre otros–.

3. Habrá que advertir, sin embargo, que con las lecciones abordadas en esta oportunidad definitivamente no se agotan todos los tópicos de la Parte General del Derecho penal, por

LEGALES EDICIONES

el contrario sólo constituye una primera aproximación, y en una segunda versión espero terminar con casi la totalidad de los temas. El objetivo de la obra es ofrecer al lector un conjunto sistemático de ideas, aunque, estas serían sólo útiles si tienen una proyección en la realidad judicial, que al final de cuentas es donde apunta todo modelo dogmático de imputación jurídico-penal. Por tal motivo, el Código Penal de 1991 para su correcto tratamiento interpretativo y aplicación a la realidad judicial debe nutrirse de aportes doctrinales, sobre todo en una temática como la Parte General donde generalmente los operadores jurídicos no están acostumbrados en su aplicación. Esto quizá tiene su germen en que a veces se obvia la formación teórica y empieza a ganar terreno el denominado "empirismo profesional". A veces se olvidan que la práctica consiste en resolver casos concretos aplicando –en la mayoría de veces– diversas teorías que se hilvanan en la ciencia penal. En realidad, la teoría lo único que hace es ofrecer modelos de solución para los problemas que la práctica ofrece. El profesor Luis Jiménez de Asúa decía en 1969 que "Una teoría que no sirve para la práctica no es una teoría, y una práctica sin teoría es mera rutina". En efecto, el ambiente de mediocridad intelectual, de mercantilismo profesional en que vivimos, hace falta hacer dogmática en el buen sentido de la palabra. Sigo escéptico del proceso de reforma penal acontecido desde 1984, pasando por el mes de abril de 1991 fecha en que entra en vigencia el actual Código Penal, terminando en el año 2004 con el anteproyecto de Parte General del Código Penal, que esperamos algún día se verá consolidado en un definitivo nuevo texto punitivo.

4. Sólo me queda expresar mi deseo y la esperanza que la presente publicación sirva para elevar el debate jurídico-penal en nuestro país. En las últimas líneas, como siempre quiero dejarlo para los agradecimientos respectivos: en primer término, ésta obra está dedicada a quienes les debo mi existencia terrenal, a mis padres y a mis hermanos, en segundo término debo agradecer al editor por permitir que estas disquisiciones salgan a la luz.

LEGALES EDICIONES

## II

1. El presente trabajo lleva como título *Manual de Derecho Penal. Parte General*, y como toda rama del ordenamiento jurídico tiene que estar en consonancia con la norma de mayor jerarquía que tiene como *nomen juris* Carta Política, o sea con la Constitución Política; entonces, el Derecho penal, como parte integrante de dicho ordenamiento jurídico, es una norma en esencia política[1], y sus interpretaciones –tanto para la creación como para la aplicación– deben responder, en esencia, a una tendencia política por parte de su operador; de ahí que también el aplicador de la norma –penal–, es decir el Magistrado deba poseer una cuota mínima de esa influencia de corte político que le ha propinado el Legislador al momento de crear la ley penal. Sin embargo, la citada posesión que deba tener el Magistrado al momento de aplicar una ley a un caso concreto, no debe ser aplicada de manera mecánica, ya que el Legislador –sobre todo en materia penal– normalmente está guiado por determinadas tendencias político-criminales de resguardo de intereses comunitarios como la "Seguridad social o ciudadana", por el contrario el Juzgador más bien debería ser, al momento de redactar sus resoluciones judiciales, un "muro de contención" de esa tendencia político-criminal, y realizar una debida ponderación de derechos involucrados en el caso que pretende solucionar.
2. El político dedicado o comprometido con el Derecho penal usualmente cumple su labor en tres fases distintas: en primer lugar, sirve de orientación al legislador en la tarea de crea-

1 A la vez que pretendo concientizar a los penalistas –entiéndase en sentido amplio de la palabra– de la enorme y casi determinante influencia que tiene la política en las decisiones jurídico-penales; cabe advertir que cuando me refiero a las decisiones jurídico-penales me estoy refiriendo básicamente a dos cuestiones fundamentales: en primer lugar, a la función de emanación de las leyes penales que realiza, como función primigenia, el Congreso de la República; y en segundo término a la aplicación de dichas leyes ejercitada por los Magistrados en materia penal, máxime si se tratan de Magistrados del Tribunal Constitucional, –que como se sabe también interpretan normas penales y procesales penales– ya que éstos interpretan nuestra Constitución, y que muchos constitucionalistas denominan *Carta Política*.

LEGALES EDICIONES

ción del Derecho penal positivo y de las nuevas instituciones llamadas a luchar contra la criminalidad convencional o no convencional, sea que parta o no de un determinado Derecho positivo. Asimismo en segundo lugar, una vez configurado el Derecho penal interviene en la elaboración dogmática jurídico-penal del mismo; aunque habrá que advertir que la jurisprudencia penal[2] y la dogmática jurídico-penal[3] desde siempre se han arrogado el papel de "primerizo" en la mayoría de instituciones que actualmente se encuentran regulados en el Derecho positivo (estado de necesidad, consentimiento, autoría mediata, etc.), y otros no (como los criterios de imputación objetiva), pero lo cierto es que el pa-

2 Un caso particularmente especial lo constituye por ejemplo la jurisprudencia penal de aquellos países que ya tienen regulación expresa de la omisión impropia en su respectivos códigos penales, y es porque previamente la jurisprudencia se anticipó a la resolución de casos que tenían como controversia un comportamiento omisivo. Los sistemas jurídicos que no tienen regulación expresa en la Parte General –como el Derecho argentino y antes de la entrada en vigencia del Código Penal de España de 1995– sino sólo a nivel –implícito– en la Parte Especial. En consecuencia, los delitos de omisión impropia se han clasificado en: delitos de omisión de configuración legal (los expresamente regulados por la ley) y los delitos omisión de configuración judicial (aquellos en los que el tribunal, al momento de aplicar la norma, lleva a cabo la configuración, por no existir en la ley una formulación que de modo expreso prevea el delito omisivo). En realidad, los delitos de omisión de configuración judicial han propiciado el cuestionamiento de su admisibilidad pudieran implicar la afectación del principio de legalidad (pues no hay parámetros seguros sobre la calidad de garantía y convertibilidad). Esta forma de regulación tiene una explicación razonable: al no contener una fórmula específica en la Parte General, habrá que encontrar supuestos típicos de omisión impropia en la Parte Especial, es decir, aquellos que estén escritos –o descritos– típicamente.

3 Resulta importante la posición metodológica de la dogmática jurídico-penal de un determinado país, más todavía en instituciones de alto contenido extra legal –como el caso de la omisión impropia–. Como es sabido, la omisión impropia es una creación de la ciencia penal (principalmente de la jurisprudencia y la doctrina) y no del derecho positivo. Por eso cabe la siguiente pregunta: ¿Puede el legislador seguir anclado a las "estructuras lógicas-objetivas" que propone el sistema finalista? Para un finalista quizá la omisión impropia le resulte un poco "extraño" que aún normativista. La omisión impropia es una construcción eminentemente jurídico-normativa, y en esa construcción asumo la posición de Roxin, porque entiendo que el finalismo ya está siendo superado.

Por lo tanto, con la incorporación en el Derecho positivo de la omisión impropia no contraviene en lo absoluto el principio constitucional de legalidad, como algunos pretenden señalar; por el contrario, se cumple plenamente dicho principio, pues se da cobertura legal y seguridad jurídica a un fenómeno social que la dogmática jurídico-penal y la jurisprudencia ya la admitían.

LEGALES EDICIONES

pel de la dogmática es fundamental en la interpretación del Derecho positivo, en aquellos países que siguen el modelo euro-continental. Finalmente, en tercer lugar, el Político critica el Derecho vigente a partir de los resultados obtenidos por la labor dogmática y formula propuesta de enmienda y reforma legales; es decir, como puede observarse, el político interviene en todo el proceso de elaboración y ejecución del Derecho penal: entonces: ¿alguien podría cuestionar la influencia que tiene la política en las decisiones del Derecho penal?

3. En cada proceso electoral que se realiza en nuestro país –o quizá también en otras latitudes– sobre todo para elegir al Presidente de la República o nuestros representantes para Congresistas, vemos a cada instante que el "caballito de batalla" de los políticos o de los partidos políticos –presentes y futuros– es ofrecer desde el punto de vista del Derecho penal una doble función: en primer lugar, ofrecer a través de los medios de comunicación social el agravamiento de las penas para determinados delitos considerados graves y en segundo lugar, ofrecer la creación o ampliación de nuevas figuras delictivas en la Parte Especial o en legislaciones complementarias, y a veces desconociendo –culposa y hasta dolosamente por usar términos penalísticos– elementales reglas dogmáticas de la teoría general del delito, que hacen que la interpretación jurídico-dogmática de los críticos sea algo distante de aquella interpretación que hacen, por ejemplo, los periodistas, sociólogos, psicólogos, educadores, y hasta criminólogos.

4. Es decir, pareciera que la estrategia de cada político más o menos entrenado, o de cada Partido Político más o menos consolidado, es buscar su "popularidad" o "legitimidad" en el deseo que sienten las mayorías de un país; esto es, su plan de acciones de gobierno normalmente debe estar acorde con las necesidades de las mayorías (la voluntad del pueblo), y lo que quieren dichas mayorías es por ejemplo: más educación, reducir la pobreza extrema, incentivar más puestos de trabajo para la gente, traer más inversiones económicas na-

LEGALES EDICIONES

cionales y extranjeras, y por supuesto proteger a la Seguridad Ciudadana de la delincuencia; y este tema sí se relaciona íntimamente con el Derecho penal o mejor dicho con el sistema penal, ya que éste es el remedio más contundente –aunque no debería ser así– para combatir la enfermedad llamada delincuencia convencional o no convencional, ya que el problema de la delincuencia como se sabe no es un problema exclusivamente del Derecho penal, sino que el problema de la delincuencia es un tema –como señalan los criminólogos– principalmente de estructura y formación social, de afianzar los llamados controles sociales de naturaleza "informal" en el sentido de revalorar el núcleo de la familia, a la educación en todo nivel, de incentivar los valores morales y éticos de las personas, entre otros. Que, en otras palabras, afianzar los elementos de los controles sociales informales es una tarea principalmente del Estado y no del Derecho penal, pretender que el Derecho penal cumple una labor promocional, pedagógica de incentivar que, por ejemplo, los integrantes de una familia no cometan delitos, es una tarea que no le compete exclusivamente al Derecho penal (a través de las normas represivas), sino de las agencias estatales de diseñar una política criminal y penal acorde con los principios racionalizadores.

5. Estratégicamente ningún político o partido político –estando en plena campaña o ya estando en el Poder– se atrevería a sostener que dentro de su plan de gobierno estaría, por ejemplo, el otorgar "garantías o determinados beneficios a quienes se ven implicados en un proceso penal o quienes han sido condenados judicialmente", más aún si se tratan de delitos considerados de alta sensibilidad social como delitos de violación sexual de menores, delito de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, entre otros. Y es ahí, a mi juicio, donde existe un distanciamiento inexorable entre los objetivos de la política y los objetivos de un moderno Derecho penal; máxime si la idea actual es encontrar la consolidación de un verdadero Derecho penal de corte Democrático, donde debe primar la libertad e igualdad, valores que están ligados nor-

LEGALES EDICIONES

malmente al imputado/condenado y no con la Sociedad en general.

6. A todo esto nos preguntamos lo siguiente: ¿Está del todo correcto que el Estado –a través de sus llamados representantes: legisladores, magistrados penales, magistrados constitucionales, las fuerzas del orden, y también el Presidente de la República– estén siempre de la mano o del lado de la Seguridad Ciudadana, o mejor dicho de la Sociedad?; ¿Acaso si están del lado del imputado o del condenado o de una persona involucrada de un hecho punible no estarían haciendo bien su labor ya que representaría una idea de garantismo que debería estar expectorado de la idea de Estado moderno?; acaso la política –porque todos los representantes del Estado por el hecho de estar ahí realizan política– siempre y en todos los casos tienen que estar del lado de la Sociedad, es decir del lado de la Seguridad Ciudadana, o podría estar en casos sumamente excepcionales del lado también de la persona individual, del imputado o del condenado?; definitivamente aquí como en todos los casos de decisiones estatales dentro de un país, tiene que ver con una idea firme de política, es decir *cómo* se ejerce la política en un país, y sobre todo *quienes* la ejercen.

7. Casi en el epílogo de esta breve introducción quiero proponer, aún con el riesgo de ser apocalíptico, una conclusión provisional: pienso que el Derecho Penal –entendido si se quiere en sentido formal/positivo– porque existe una idea aunque sea mínima de política, o, dicho de otra forma sin política no existirían, por ejemplo, las leyes penales o las grandes reformas penales que se han sucedido, que suceden y sucederán en el futuro. En ese sentido, si no hay leyes penales la función de la dogmática jurídico-penal perdería su rumbo o brújula de orientación ya que no tendría un punto de referencia establecido –la ley positiva– para realizar su análisis crítico y sistemático; en realidad, la política es la gran responsable del gran dinamismo que posee el Derecho penal en una sociedad, ya que marca el hilo conductor de la labor de las agencias de control penal, pues es la ciudadanía

LEGALES EDICIONES

–y no los penalistas o los dogmáticos– la que realiza el filtro o el "control de calidad" de *cómo* se viene desenvolviendo un Derecho penal en la sociedad, pues es la persona de carne y hueso es la receptora de las leyes penales. A mi juicio, creo que uno de los grandes problemas del Derecho penal del Siglo XX, en la década de los sesenta, en Alemania[4], fue precisamente querer solucionar los problemas sociales de la delincuencia a través del rigorismo científico de la dogmática jurídico-penal, cuando la gran solución estaba en las decisiones político-criminales del Estado.

En suma, es la ciudadanía quien califica el buen estado de salud del Derecho penal de un país, y en eso la política tiene que ver muchísimo, en consecuencia los penalistas o quienes se dedican al estudio del Derecho penal deben tenerlo en cuenta en todo momento. El problema, en definitiva, no está tanto en la existencia de la política ya que en el pueblo o ciudad más pequeños siempre habrá un ápice de política que realizar, porque los representantes del Estado siempre tomarán decisiones, sino a mi juicio, que el problema está –reitero– en *quiénes* realizan o ejecutan la política en un país –si es un demócrata o es un autoritario– u obviamente *cómo*

4 Véase, en este sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *Aproximación del Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 14, cuando refiere lo siguiente: "En realidad, esta "nueva" crisis del Derecho comienza, como tarde, en los años sesenta en el momento en que quiebra de modo aparentemente definitivo el esquema tradicional de un Derecho penal de la retribución. Es entonces, en efecto, cuando se rechaza por muchos sectores que el Derecho penal se justifique por la realización de la justicia, finalidad metafísica que, al excluir de antemano toda constatación empírica, mantenía la incolumidad del mecanismo punitivo, aislándolo del venir social. Tales corrientes adquieren una plasmación espectacular en el Proyecto Alternativo (*Alternativ-Entwurf*) de un Nuevo Código Penal alemán, presentando en 1966 un grupo de profesores alemanes en oposición al Proyecto gubernamental de 1962. En lo que hace a la fundamentación de la pena, se contiene en el Preámbulo del Proyecto Alternativo la ya famosa expresión de que el fenómeno punitivo no constituye un expediente metafísico (ni simbólico, habría que añadir ahora), sino "una marga necesidad en la comunidad de seres imperfectos que son los hombres". En esta misma línea de pensamiento, el profesor SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 15, agrega que a esta crisis se le añade otra, cual es: "En el marco de la ciencia del Derecho penal, la referida crisis comienza en los mismos años, desde el instante en que empieza a ponerse en cuestión el modelo clásico de ciencia deductivo-axiomática, abstracta y, en suma, ajena también a la realidad social del delito".

LEGALES EDICIONES

ejercen su política en un país –a través de buenas o malas leyes, a través de buenos o malos jueces, etc.–.

8. El Derecho penal sin ejercicio político es como un ser en estado vegetativo, sin proyección en la realidad social, el ejercicio de la política hace que el Derecho penal se haga sentir en la sociedad –por ejemplo, en leyes, en agencias penales, en administración de justicia, etc.–; por ello la idea de una buena o mala política condiciona excesivamente el ejercicio –bueno o malo– del Derecho penal, o mejor dicho, de las agencias del Derecho penal. En suma, el día que exista una buena y correcta idea de política en el país por parte de quienes tienen la obligación de gobernar el país –desde las distintas áreas del Estado–, ese día el Derecho penal recobrará y será un verdadero instrumento de control social formal más humano y sobre todo más racional.

9. Termino este acápite con aquellas palabras hilvanadas en su momento por dos célebres personajes de la Historia del Derecho penal. El primero de ellos la del Profesor alemán Edmundo Mezger quien decía lo siguiente: "Se ha abusado con frecuencia, en el pasado del Derecho penal. Se debería siempre tener presente, por lo tanto, que todo Derecho penal tiene una misión doble y a menudo contradictoria: la de luchar exitosa y eficientemente contra el delito y, al mismo tiempo, la de no descuidar nunca las exigencias y los dictados de la humanidad. El estudiante también debe estar al tanto de esta misión"[5]; continuando con Mezger, dicho autor concluye que: "Esto nos hace recordar la frase de J. H. v. Kirchmann (1847), de que tres palabras de rectificación del legislador son suficientes para convertir bibliotecas enteras en tiras de papel. Sin embargo, esta frase "ingeniosa" toca tan solo la superficie. Una ciencia auténtica no se convierte nunca en una "tira de papel", aunque cambien las leyes fundamentales. No solamente lo que se repite, sino también lo que acontece una sola vez, merece y debe ser investigado por la ciencia.

5 MEZGER, Edmundo; *Derecho Penal. Libro de Estudio Parte General,* Editorial Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1958, p. 21.

Concretamente, ver y reconocer lo general, es y sigue siendo, en todas partes, el principal objetivo de la Ciencia"[6].

10. La segunda frase corresponde a aquellas célebres palabras de Honoré de Balzac, quien decía, ya hace mucho tiempo, lo siguiente: "Las leyes son como las telas de araña, a través de las cuales pasan libremente las moscas grandes y quedan enredadas las pequeñas", frase tan cierta que ya daba cuenta, con diferentes matices, de la llamada Criminología Crítica vigente con gran vigor en su momento en casi toda Latinoamérica en la década de los ochenta y noventa, denunciando que el sistema dogmático del Derecho penal, o en su conjunto el sistema penal, como si se tratara de una enorme tela araña, sólo estaba al "servicio" de las clases altas de Sociedad, en el sentido que dichos personajes –normalmente empresarios y/o políticos– eran –y son actualmente– totalmente impune a la sanción punitiva del Estado, como si se tratara de verdaderas "moscas grandes", y por el contrario, aquellas "moscas pequeñas" eran las personas menesterosas, de condición humilde, clientes normalmente del sistema penal en Latinoamérica. En todo caso, el Derecho penal –Parte General– que el suscrito propone es aquella "tela de araña" llamado Sistema penal logre, o al menos intente "atrapar" a cada una y todas aquellas personas que infrinjan o traten de infringir la Ley –penal–, sin distinción de ningún tipo o índole, y que por el contrario, la Ley –penal– sea aquél escudo protector de los bienes jurídicos tutelados.

## III

11. En esta edición –que la he denominado Tratado– de mi *Derecho Penal. Parte General*, responde a una estructura mucho más completa y orgánica de aquella que presenté en el año 2009. En efecto, en esta edición se cuenta con cuatro partes bien definidas, que son las siguientes: en la *Primera Parte*, se da cuenta de las nociones fundamentales del Poder Punitivo,

6 MEZGER, 1958, p. 22

LEGALES EDICIONES

asimismo se aborda lo concerniente a los conceptos básicos del Derecho penal y las otras ramas punitivas afines a la criminalidad (Política criminal, la dogmática jurídico-penal, y la Criminología); y los principios rectores del *ius puniendi*, aterrizando en la llamada "Constitucionalización del Derecho penal (y procesal penal)"; en la *Segunda Parte* se analiza lo concerniente a la vigencia y rigor de la Ley penal, con las características de temporalidad, espacialidad y personalidad en la aplicación de la Ley; en la *Tercera Parte* se analiza lo concerniente a las categorías –y subcategorías– sistemáticas del hecho punible, en su faz positiva y obviamente negativa, aunado a ello se analiza las formas ampliadas del tipo penal como es la autoría/participación y los grados de desarrollo del delito; tomando posición, en esta parte, por la estructura finalista del delito, con la salvedad que en algunas zonas de la sistemática he optado por incorporar, sin entrar en contracción, con las categorías jurídicas propias del "funcionalismo" jakobsiano: imputación objetiva, intervención delictiva, entre otros; en la *Cuarta y última parte* de la presente obra, se analiza el tema de las consecuencias jurídicas del delito: especialmente se analiza las teorías de las penas, las medidas de seguridad de internación y tratamiento ambulatorio, la determinación judicial de la penas y las denominadas circunstancias modificativas de la responsabilidad, asimismo se analiza la consecuencia más drástica de nuestro sistema como es la cadena perpetua, por otro lado, se analiza el tema de la reparación civil derivada del delito, y las denominadas consecuencias accesorias del delito.

12. Por último, y no por ello menos importante, quisiera agradecer en primer término, a mi querida esposa Liseth Otazu por el tiempo que también ha dedicado a la elaboración y corrección del presente Libro.

LEGALES EDICIONES

## PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

1. Una muestra de la enorme y cruda "ignorancia" de lo que pasa en la Parte General del Derecho penal –y quizá ha sido y será por el siglo de los siglos un mal endémico en nuestras latitudes–, es por ejemplo el trabajo parlamentario, de nuestros Congresistas en nuestro país en relación, claro está, a la creación desmesurada de algunos de los delitos en la Parte Especial o legislación complementaria, para precisamente tratar de apaciguar o tranquilizar –progresivamente– circunstancias tan sensibles y agobiantes para la Sociedad en general, como es hoy el problema del "sicariato" de menores de edad, o temas relativos a la "intervención telefónica"; o como antes lo fue los delitos de tráfico ilícito de drogas, o delitos de terrorismo, entre otros, donde por ejemplo un buen y adecuado manejo de algunas de las instituciones de la Parte General del Derecho penal, o mejor dicho de la dogmática jurídico-penal, no hacía necesario la creación urgente y desmedida de algunos de los recientes o anticuados delitos o tipos penales de la Parte Especial del Código o de Legislación complementaria.
2. Entonces, el presente trabajo de investigación titulado *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, que hoy felizmente alcanza su publicación, resulta totalmente útil y a la vez necesario para todos los operadores del Derecho punitivo –por ejemplo: Jueces, Fiscales, Policías, Abogados públicos y privados, etc. Máxime si tenemos en cuenta que en el Perú ya tenemos *ad portas* la publicación de un Nuevo Código Penal, que ojalá, dará un nuevo giro a la interpretación y aplicación de nuevas instituciones jurídico-dogmáticas como el *complience* o programas de cumplimiento o el tema de la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas.

LEGALES EDICIONES

3. Con relación al estudio y análisis de la Parte General de todo Derecho penal, en mi opinión, la discusión ha estado marcada por tres derroteros bien puntuales, y para ello debemos de remontarnos a los inicios de la Dogmática penal de corte euro-continental: así, en el Siglo XVIII y XIX a los inicios, la responsabilidad penal descansaba simplemente en la "imputación"; a los inicios del Siglo XX, la responsabilidad penal provenía ahora de la "causalidad", y por el contrario, a la mitad del Siglo XX la responsabilidad penal descansaba en la "finalidad"; como es sabido, estos dos últimos basaban sus estudios en argumentar una teoría, más o menos ordenada de conceptos o eslabones –acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, punibilidad– para buscar y verificar el concepto de "delito"; mientras que la primera –la imputación– su objetivo era buscar la asignación o atribución de un hecho cometido por una persona al campo del Derecho (penal), prescindiendo de los eslabones antes citados. Sin embargo, actualmente la tendencia del Derecho penal es que el término "imputación" es el que se viene imponiendo tanto en la Jurisprudencia, en casi todas las categorías del Derecho penal, y en menor medida en la Legislación penal. *Hoy el fundamento del delito ya no proviene ni de la causalidad ni de la finalidad del sujeto, sino proviene de los sistemas de imputación que previamente se tiene que fijar en la dogmática penal. En esta línea de pensamiento, el concepto de imputación no se reduce simplemente a una mera subsunción objetiva de los hechos con el respectivo tipo penal, eso sería reducir la imputación a las simples exigencias del principio de legalidad, criterio de tipicidad; por el contrario, la imputación debe constituir un concepto global que aglomere todos los sistemas de imputación penal y que la misma posibilite una sanción jurídico-penal hacia una persona.*
4. Quiero manifestar que el Proyecto del Nuevo Código Penal (2015), el mismo que se encuentra ya a punto de entrar al Debate al Pleno del Congreso de la República; sin embargo, hasta donde alcanzo a observar, no percibo un ambiente de debate serio y constante –algo que así aconteció cuando en-

LEGALES EDICIONES

tró en vigencia en el Distrito Judicial de Huaura, en el año 2006, en aquél momento el "Nuevo" Código Procesal Penal del 2004– en las principales instancias del Estado referentes a la Administración Pública de Justicia o resolución de Conflictos –véase: Poder Judicial, Ministerio Público, Tribunal Constitucional, Policía Nacional, Defensorías del Pueblo–, sobre los alcances de las "nuevas" instituciones jurídicas que trae éste nuevo texto punitivo, tanto en su Parte General (por ejemplo, la creación de la figura de "autoría mediata en virtud de aparatos de Poder" en el Capítulo de la Autoría y participación, "la responsabilidad de las personas jurídicas" y su atenuación cuando sus directivos han adoptado los "programas de cumplimiento"), como en su Parte Especial del Código (por ejemplo, la reubicación y relevancia de los bienes jurídicos institucionales en vez de los bienes jurídicos personales).

5. Por otro lado, en esta primera edición de mi *Tratado de Derecho penal. Parte General* (que ya he indicado contó con dos versiones anteriores) he cambiado radicalmente de postura principalmente en lo que se refiere al concepto del hecho punible; es decir, ahora entiendo que resulta necesario "replantear" algunas de las instituciones como por ejemplo la tipicidad penal, el concepto de culpabilidad o el concepto de la pena, *acercándome en la medida de lo posible a aquellos postulados de corte funcionalista sistémica que propugna desde hace ya algún tiempo el Profesor alemán Günther Jakobs* y sus discípulos que se encuentran tanto en España como aquellos que se encuentran en los países de Sudamérica. La postura penal funcionalista de corte sistémico que sigue un sector importante en la Doctrina en el Perú, ya encuentra desde hace un tiempo atrás, una inusitada aceptación, sobre todo en la casi consolidada Jurisprudencia de la Corte Suprema de la República (tuvo su comienzo en los años 1997-1998 y luego su consolidación a partir del año 2004 hacia adelante) circunscripto a dos delitos considerados, hoy por hoy, de alta sensibilidad social; así por ejemplo, en la participación de terceros en la comisión de los delitos de tráfico ilí-

LEGALES EDICIONES

cito de drogas, o también en la comisión del delito de Lavado de Activos –ya sea por conductas de convertibilidad-transformación o tenencia-ocultamiento–, donde incluso existe un Acuerdo Plenario de la Corte Suprema donde existe un enunciado expreso sobre la actuación del abogado en la defensa del citado delito; es decir, no se puede solucionar los problemas suscitados por la "actuación de terceras personas" o la "actuación del abogado" o cualquier "otro profesional", si es que no se recurre –y por supuesto si no se maneja de manera correcta– determinados conceptos jurídicos como son las "conductas neutrales" o la llamada "prohibición de regreso" relacionados al ámbito de teoría de la imputación objetiva del delito del Profesor Günther Jakobs.

6. El Derecho penal del Perú, al menos en su estudio y análisis de sus instituciones de la Parte General, resulta ser algo que "no va" en consonancia con la actual y permanente política criminal del Estado, la cual es la "represión desmesurada", que es lo que quiere toda Sociedad que se ve lamentablemente avasallada por la peligrosa delincuencia convencional y hasta no convencional, y siempre nuestro país ha estado marcado por ciertos fenómenos delincuenciales (por ej. terrorismo, tráfico de drogas, corrupción de funcionarios, delincuencia callejera, etc.). Bajo esta línea de pensamiento, instituciones de la dogmática jurídico-penal como el "error de tipo o de prohibición", o la "responsabilidad restringida", o las instituciones de la moderna imputación objetiva como los criterios de "riesgo permitido", "prohibición de regreso", "principio de confianza", "imputación a la víctima", o las exenciones de responsabilidad penal que prevé el mismo Código Penal como la "legítima defensa", "estado de necesidad", "obediencia debida", "consentimiento", entre otras, que más bien todas estas instituciones lo que tratan de buscar es la contención de este enorme y gigantesco "monstruo" que se llama sistema penal, cuando lo que se busca, por parte del Gobierno de turno y toda la Sociedad, o todo lo contrario, es decir, la *expansión del sistema penal,* buscar a toda costa que el sistema penal intimide –en la medida de lo posible–

LEGALES EDICIONES

tanto a los reconocidos delincuentes, como a los potenciales delincuentes; y eso lamentablemente, y así lo ha demostrado las últimas modificatorias de las normas penales, que no se consigue desde el estudio y análisis de la Parte General del Derecho penal material, sino desde la Parte Especial, de la modificatoria de los delitos contenidos en los Códigos penales o Legislación complementaria, y, por consiguiente, desde el procedimiento penal. Así, para muestra un botón: el tema de la responsabilidad penal restringida o atenuada por la edad cronológica del autor (artículo 22 del Código Penal peruano) que desde su aparición en el Derecho penal contemporáneo, a través de los Códigos penales latinoamericanos) siempre ha sido una institución dogmática de enorme garantía para aquellas personas naturales que todavía no alcanzaban un alto nivel cognitivo de internalización de la norma penal, y no obstante ello, procedían a realizar la actividad delictiva –en la mayoría dolosos–; sin embargo, ahora con las últimas modificatorias legales producidas al Código Penal (es decir, al artículo 22 del Código Penal), lamentablemente ha perdido su enorme eficacia atenuativa la responsabilidad penal restringida, motivado por razones de índole político-criminal; o los temas referidos al decomiso, como consecuencia jurídico-económica del delito, que está contenido expresamente en la Parte General del Código Penal (artículo 102 y siguientes), inclusive para personas naturales y para personas jurídicas; no obstante ello, el Legislador nacional ha creído conveniente incorporar el decomiso al final de cada delito específico, así, por ejemplo, en los delitos culturales, en los delitos de enriquecimiento ilícito, entre otros, se puede observar esta inadecuada y sobre-abundante técnica legislativa, que no hace más que agravar la enorme ignorancia de ciertas instituciones de la Parte General –como en las consecuencias jurídicas del delito– y su aplicación a los delitos de la Parte Especial.

7. El Derecho penal, no debe ser la solucionadora de todos los problemas que acontece en una Sociedad, sobre todo cuando de inseguridad ciudadana estamos hablando; y quizá el

LEGALES EDICIONES

"apuramiento" en la solución por parte de los gobernantes de turno, es que no permite una adecuada elaboración por parte de la jurisprudencia nacional y por la doctrina de los conceptos jurídico-penales que conforman la Parte General del Derecho penal, como por ejemplo, en el caso de la **omisión impropia o comisión por omisión**, ya casi tiene más de 20 años de vigencia en nuestro Código Penal (artículo 13), pero dicha institución no tiene una consistencia en su aplicabilidad, y prefieren los Magistrados aplicar otras instituciones dogmáticas mucho más familiares como la imputación subjetiva de "dolo eventual-culpa consciente" o aplicar un tema de autoría como la llamada "autoría mediata en virtud de aparatos organizados de Poder". Es por ello, que con el Juez mexicano Juan Zamora, decimos: "*Con frecuencia se ha dicho que el Juez es el único capaz de transformar lo ambiguo, lo abstracto y lo genérico, en situaciones jurídicamente concretas y definitivas y que ello es lo que hace la seguridad jurídica.*"[1], y si el Juez es el que transforma lo "abstracto" en "concreto", es decir, convierte lo desconocido –en este la omisión impropia– para la aplicación de casos concretos, y aquí la interpretación de la Ley penal es la que jugará un papel relevante, pues el Juez es quien finalmente llena de contenido los conceptos jurídicos indeterminados, incluso presentes en la Constitución, y al adecuar la norma legal al caso concreto o a las cambiantes circunstancias sociales, deviene en un verdadero creador del Derecho, tal como anota Yuri Vega, a saber: *"Los Jueces no sólo interpretan la ley o las fuentes; no sólo las aplican; también crean reglas específicas a partir del material que utilizan y en ello contemplan los valores e intereses involucrados y la forma en que pueden haber sido incorporados o protegidos en las normas con las que deciden una controversia. Los jueces deben engarzar las reglas que utilizan en los hechos que analizan y completar o definir los espacios o las definiciones que le son delegadas por el sistema (utilizando conceptos vivos o dándoles contenido cuando ellos son recogidos en las*

1 ZAMORA FONSECA, Juan Jorge *"Ser Juez"*, artículo publicado en el portal de la Sociedad del Honor Judicial. Ver: *http://www.sociedaddelhonorjudicial.org/pdfs/SerJuez.pdf*

*normas), oxigenando y coloreando el material con las convicciones y contenidos que toman de la realidad, dándole sentido a las soluciones legales. Los jueces no son autómatas y participan en la creación del Derecho desde que la sentencia y las reglas que introducen son producto de esa labor de integración y correlación que se debe forjar entre las reglas, los principios, los conceptos, las cláusulas abiertas, los standards, la técnica, el método y los intereses en juego."*[2]

8. Si antes la persona jurídica ha sido la modalidad más usual que tenían las personas naturales para poder enriquecerse lícitamente, y poder generar empleo masivo a los trabajadores en el país, y obviamente colocar al Perú en una sólida economía a nivel regional; hoy en día, la persona jurídica, como contrapartida, se ha convertido –lamentablemente– en un enorme problema de cara a la determinación de la imputación penal tanto de la propia persona jurídica como a sus directivos que se encuentran al interior de ella, pues ha creado enormes perjuicios económicos no sólo a la Sociedad, sino al propio Estado que lo cobijó desde un inicio; un claro ejemplo de ello, es el caso del delito de lavado de activos o blanqueo de capitales, que representa una novísima infracción penal en toda la región Latinoamericana, ya que su ejecución socaba lamentablemente a la Economía nacional, según la ubicación de los "objetos" de protección en la nueva versión del Proyecto del Nuevo Código Penal (2015), pues las empresas "fachadas" se trata de una forma de transformación o transformación de los "activos" de ilícito en lícito.

9. Por último, casi en el epílogo de esta breve presentación, quisiera agradecer enormemente las sentidas muestras de afecto y de cariño que recibo cada vez que tengo la suerte de poder realizar mi actividad académica, sobre todo en el interior del Perú, y esto no hace más que motivarme aún más en seguir investigando sobre algunas de las instituciones del Derecho penal –y en menor medida al proceso penal–, para hacerlo

2 VEGA, Yuri; "Reflexiones sobre el Rol del Juez". En la Revista *Derecho & Sociedad* Año XX 32/2009. Editado por la Asociación Civil Derecho y Sociedad en Lima, p. 169.

LEGALES EDICIONES

más previsible y calculable a todos los operadores que ejercitan la Justicia penal en nuestro país; asimismo agradezco al Señor Mario Martínez, de la Empresa Ediciones Legales, por darme la oportunidad de que este humilde trabajo de investigación penal salga a la luz en su tercera edición.

En Jesús María, Verano del 2016.
**Prof. Dr. James Reátegui Sánchez**

LEGALES EDICIONES

PRIMERA PARTE

# FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL

más previsible y calculable a todos los operadores que ejercitan la Justicia penal en nuestro país; asimismo agradezco al Señor Mario Martínez, de la Empresa Ediciones Legales, por darme la oportunidad de que este humilde trabajo de investigación penal salga a la luz en su tercera edición.

En Jesús María, Verano del 2016.
Prof. Dr. James Reátegui Sánchez

LEGALES EDICIONES

CAPÍTULO 1

# NOCIONES GENERALES

## I. EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

El Estado tiene el *ius puniendi* para cumplir el deber de garantizar la coexistencia humana asegurando la vigencia de los bienes jurídicos fundamentales. El poder punitivo del Estado o *ius puniendi* es la atribución que tiene de definir conductas como hechos punibles e imponer penas a las personas que las realizan.

El profesor Jescheck busca encontrar el sustento de los límites de la función punitiva del Estado Social y Democrático de Derecho en un núcleo de Derecho que según la conciencia jurídica general no puede ser vulnerado por ninguna ley, ni por ninguna otra medida emanada del poder público; afirma que es un núcleo inviolable y que está sustraído al ejercicio del poder estatal para proteger la dignidad humana[1]. El modelo de Estado que debe regir a toda la normatividad penal es el Estado Social y Democrático de Derecho, y que ésta función está fundamentada por la Constitución Política, y en ella se encuentra su justificación política.

Una de las finalidades del poder punitivo corresponde a aquella pretensión de evitar aquellos comportamientos que supongan una grave perturbación para el mantenimiento y evolución del orden social al que constitucionalmente se aspira a llegar[2]. En otras palabras, el Derecho penal, en sentido amplio,

1 JESCHECK, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig / F. Muñoz Conde, Volumen Primero, Barcelona, 1981, p. 16. Véase, también: SEGUÍ, Ernesto; *Límites al poder punitivo, coercitivo y normativo del Estado*, Rosario, 1993, pp. 9 y ss.

2 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / GARCÍA RIVAS, Nicolás / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2° Edición, Praxis, Barcelona, 1999, p. 6.

LEGALES EDICIONES

es concebido como uno de los instrumentos con que cuenta la Sociedad para poder garantizar la convivencia pacífica entre sus miembros. Empero, el Derecho penal no sólo tiene una finalidad represiva o sancionadora, sino que además implica dotar a la persona de ciertas garantías generales y específicas que lo protegen ante la eventualidad de ser sometido a un proceso penal y en último término ante la posibilidad de imposición de una sanción punitiva[3].

En general, todo el sistema penal debe estar abrazado de una estructura político-estatal, y dependerá de la Constitución de un determinado Estado (modelo autoritario, democrático, socialista, etc.). El concepto de modelo de Estado puede tener varias consecuencias: es un modelo que debe regir a un país, un modelo de sociedad que se pretende controlar; un modelo de política (criminal) que se pretende ejecutar. El Código Penal de 1991 declara en su Exposición de Motivos el modelo estatal al manifestar lo siguiente: *"El Código Penal persigue concretar los postulados de la moderna política criminal, sentando la premisa que el Derecho Penal es la garantía para la viabilidad posible en un ordenamiento social y democrático de derecho"*.

El legislador penal peruano de 1991 explícitamente declara que el sistema jurídico penal se fundamenta en el modelo de un Estado Social y Democrático de Derecho, en observancia del

3 Como es sabido, para poder materializar aquella vocación sancionadora punitiva, el Derecho penal cuenta con las medidas de seguridad y sobre todo con la pena. Al respecto, cabe indicar que a lo largo de la evolución del Derecho penal han existido, por lo general, dos concepciones que buscan darle sentido a la pena, siendo éstas el de la retribución y el de la prevención. En tal sentido se puede indicar que existen dos situaciones: o la pena mira al pasado (hecho cometido) y busca con la imposición voluntaria del mal ligado a aquélla conseguir una compensación por la infracción sucedida, o la pena mira al futuro (al peligro de comisión de nuevos delitos por el autor mismo o por otras personas) y busca influir sobre él y sobre la comunidad con la finalidad de evitar la perpetración de delitos. Véase para más detalles: JESCHECK, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Comares, Granada, 2002, p. 71. Para más detalles sobre los fines de la pena: PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General.* 3° Ed. Corregida y Aumentada, Grijley, Lima, 1997, p. 98. De la misma opinión: BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel; *Manual de Derecho Penal. Parte General,* 2° Edición, Editorial Eddili, Lima, 2002, pp. 104-107.

LEGALES EDICIONES

artículo 79 de la Constitución de 1979 que determinó que la sociedad peruana se organizaba a través del citado modelo estatal. El artículo 43 de la actual Constitución de 1993 reiteró la vigencia del modelo de un Estado Social y Democrático de Derecho[4]. Nosotros partimos de la premisa que es el Estado Social y Democrático de Derecho que va a limitar la función punitiva del Estado, pues es el actual modelo que adopta nuestra Constitución Política. El Estado Constitucional de Derecho está fundado en la rigidez constitucional, en virtud de la cual, las leyes ordinarias se subordinen a las normas constitucionales, que pueden derogarlas so pena de su invalidación o declarar su inconstitucionalidad. En el Estado Constitucional de Derecho se reúnen elementos de dos tradiciones (la norteamericana y la francesa) y los modos de concebir la función de la ley fundamental: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional[5].

---

4 La Constitución de 1993 en su artículo 43 prescribe que: *"La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana"*. Agrega además en su art. 2 inc. 24, a) que *"nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe"*. Con lo cual se deduce de que la primera norma citada se desprende la adhesión al modelo democrático y social, en tanto que la segunda da origen al Estado de Derecho. La fundamentación y los límites al *ius puniendi* no es igual en todos los ordenamientos jurídicos, ya que depende del modelo estatal del cual emane la función punitiva del Estado; así el poder de castigar varía en su delimitación si corresponde al denominado Estado Absoluto, al Estado Guardián o Liberal Democrático de Derecho, al Estado Intervencionista o de Defensa Social, al Estado de Bienestar o Estado Social de Derecho, al Estado Neoliberal, al Estado Corporativo, etc. De allí que para la fijación de los límites de la función punitiva del Estado es indispensable predeterminar el tipo de Estado respecto del cual se analiza el *ius puniendi*. Por ejemplo en el Estado Liberal Democrático de Derecho, el Derecho Penal está orientado a crear un sistema de control sumamente amplio y efectivo, en el que se garantice en el mercado la igualdad y la libertad para competir. En este tipo de Estado, el Derecho Penal se centra en evitar perturbaciones del mercado, privilegiando por tanto el fin preventivo general de la pena, en busca de amedrentar a los miembros del grupo social, recurriendo a la pena privativa de libertad, empleando la regla de costo y beneficio. En cambio en el tipo de Estado Intervencionista o de Defensa Social; el Derecho Penal deja de ser un medio de protección del mercado, para convertirse en un instrumento de defensa social, recurriendo a la ciencia, en busca de pretender quitar soporte ideológico al Derecho Penal, sobre la base de una supuesta neutralidad u objetividad científica; se privilegia el fin preventivo especial de la pena, estableciendo regímenes especiales y excepcionales, desarrollando el concepto de peligrosidad social.

5 El término "Constitución" significa un conjunto de normas jurídicas que regulan y determinan el modo en que debe ser ejercido el poder político y se confiere reconocimiento a los derechos fundamentales de los habitantes. La Constitución es el enunciado consti-

LEGALES EDICIONES

Sólo aquel Derecho penal que se ajuste a los cánones constitucionales será considerado como un sistema normativo garantista y limitante del poder penal[6]. Se trata lo referente a los límí-

tucional de las grandes "reglas del juego" político y social que una comunidad adopta. La Constitución es un estatuto político del Estado, es un lugar común que el Derecho penal debe someterse a su marco, como corresponde a un Estado Constitucional de Derecho. Los principios y reglas de la Constitución son el cimiento que sustenta el ordenamiento jurídico del Estado, autónomo o soberano. La noción de la "Constitución jurídica" descansa en reconocer que sus finalidades esenciales consisten en: a) proteger y satisfacer los derechos de libertad, los derechos sociales y los derechos de tercera generación; b) estipular los procedimientos que aseguren un ejercicio racional y controlado de los poderes del Estado. En cierto modo, es posible afirmar que el Derecho penal constitucional (las disposiciones penales constitucionales) precedió al saber del Derecho penal. Toda constitución debe poseer aquello que la doctrina llama "fuerza normativa de la constitución" (una expresión que cobra particular relevancia después de un trabajo de Konrad Hesse, precisamente con tal título) que no alude a su vigencia formal que puede ser sobreentendido, sino de respeto y cumplimiento cierto de ella, de "efectividad" o "eficiencia" de tal instrumento jurídico; en la terminología de la escuela trialista, de "exactitud de la norma constitucional". Este modelo estatal establece que la "Constitución" será quien controle y delimite –a través de principios y garantías constitucionales– la aplicación de la prisión preventiva, claro está, es en sentido figurado, pues será una ley quien reglamente los presupuestos de la prisión preventiva, pero ésta ley no debe contradecir los postulados que emergen desde la Constitución. En el Estado Constitucional de Derecho, el Estado ya no es un fin en sí mismo, sino sólo un medio, cuyo objeto es la tutela de la persona y de sus Derechos Humanos. En un Estado Constitucional de Derecho, las normas constitucionales tienen como base los valores sustanciales de respeto a la libertad y tiene una relevancia tal que los jueces no pueden llenar las posibles lagunas de punición por vía de analogía. Se debe aceptar, en consecuencia, que en un Estado Constitucional de Derecho es un "orden imperfecto" y que no se debe combatir el delito a cualquier precio.

6 Véase, en este sentido: BACIGALUPO, Enrique; *Principios constitucionales de Derecho penal*, Buenos Aires, 1999, pp. 13 y ss. YACOBUCCI, Guillermo Jorge; *"La importancia de los principios jurídicos en los sistemas penales contemporáneos"*, en: Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al Profesor Dr. Enrique Bacigalupo en su 65 Aniversario, Lima, 2003, p. 135. BRAMONT ARIAS, Luis; *"La nueva Constitución y los principios penales"*, en sus: Temas de Derecho Penal, tomo I, Lima, 1988, pp. 9 y ss. Por su parte la jurisprudencia peruana también se ha pronunciado:

- La Sentencia de fecha 13.Oct.06 (Expediente acumulado N° 560-03), por la Sala Penal Nacional de Terrorismo en el caso "Abimael Guzmán Reinoso y otros", que entre sus fundamentos, manifiesta que: "La potestad punitiva en concreto se ejerce, conforme a la Constitución, por los poderes del Estado, legislativo, judicial y ejecutivo. Al Congreso de la República le corresponde establecer por ley los delitos y las penas, al Poder Judicial le corresponde aplicar la ley penal, y al Ejecutivo prestar la fuerza pública para la ejecución de las sanciones impuestas. El control constitucional de las normas penales le corresponde en primera instancia a los jueces en los procesos en concreto mediante el control de constitucionalidad difuso en caso de incompatibilidad de una norma con

LEGALES EDICIONES

tes al poder penal y lo relevante aquí es que se observa no sólo aspectos principistas de carácter sustantivo (principio de legalidad, principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, etc.), sino también límites formales o garantías de derecho procesal como la garantía jurisdiccional, principio de juicio legal o principio de jurisdiccionalidad, garantía de ejecución o principio de ejecución legal de la pena y el debido proceso: derecho a ser juzgado por tribunales competentes, independientes e imparciales; principio de presunción de inocencia; derecho a la defensa y a la asistencia letrada; derecho a ser informado de sus derechos y los motivos de la detención y a ser informado sin demora de la acusación y derecho al hábeas corpus.

Empero, resulta necesario advertir que este papel trascendental del Estado no puede ser concebido como un derecho subjetivo, ya que conforme a la teoría general del derecho los derechos subjetivos son facultades cuyo ejercicio depende de la

---

rango de ley y la Constitución, en segundo lugar, el control le compete a los jueces del Poder Judicial que conocen de los procesos constitucionales, y en última instancia al Tribunal Constitucional como máximo órgano de control de la Constitución y supremo intérprete de la misma. En respeto al sistema de fuentes y el ordenamiento jurídico de la Nación, los jueces están por principio vinculados a las sentencias del Tribunal Constitucional que resuelven los procesos de inconstitucionalidad de normas con rango de ley, los casos de confirmación de constitucionalidad de las normas legales y los efectos normativos de las sentencias que acuerde el Tribunal como precedentes. Sin embargo, una vez pronunciadas las sentencias del Tribunal Constitucional, tratándose de la interpretación de la ley penal para su subsunción a los casos concretos, corresponde a los tribunales ordinarios efectuar tal procedimiento, precisando o concretizando los alcances de la *ratio decidendi* de las decisiones del máximo órgano de control de la constitución, teniendo en cuenta fundamentalmente los conceptos, categorías e instituciones elaboradas por la dogmática penal".

° La Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno Jurisdiccional 0019-2005-PI/TC, del 21 de julio de 2005), en uno de sus considerandos ha dicho lo siguiente: "El Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el *ius puniendi*, monopolio del Estado, y que, por tal razón, por antonomasia, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. De ahí que, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será **constitucionalmente** válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental".

LEGALES EDICIONES

autonomía de la voluntad de su titular; lo cual no es aplicable al poder punitivo del Estado. El Estado no puede aplicar el Derecho penal –material, procesal y penitenciario– según la voluntad de los gobernantes, de los juzgadores, o la opinión pública. En consecuencia, la función punitiva del Estado no es ilimitada, por el contrario, solamente se puede ejercitar dentro de ciertos límites legales que fija el modelo de Estado a través del cual se organiza la sociedad, precisamente para controlar la inflación penal que constituye, sin duda, el más claro indicador de una desintegración comunitaria y del debilitamiento de los vínculos de solidaridad entre los hombres.

En ese sentido, el Profesor Zaffaroni es quien más ha insistido en que el poder punitivo es una cosa y el Derecho Penal es otra. En efecto, "El poder punitivo es un hecho que protagonizan varias agencias: políticas, penales, penitenciarias y hasta las universidades y, por supuesto, todos los medios de comunicación social. El derecho penal, por su parte, es un discurso; nosotros lo que hacemos es un discurso. El poder punitivo es un hecho, pero el derecho penal es un discurso, que sirve para mantener vigente al Estado de Derecho, para acotar y limitar la tendencia expansionista del poder punitivo".[7]

---

7 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Apuntes sobre el Pensamiento Penal en el Tiempo*; Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 28. Hasta la aparición de la obra de Eugenio Raúl ZAFFARONI y no es equivocado señalar el último ZAFFARONI que hace un giro radical desde la aparición del ensayo *"En busca de las penas perdidas"*, la totalidad del discurso penal académico, incluso el propio ZAFFARONI hasta la década del ochenta, en su Manual y en el Tratado, no se hacía ninguna distinción entre Derecho penal y Poder Punitivo. En el mismo sentido, en la actualidad, JESCHECK, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho penal, Parte general, Granada,* 1993, pp. 2-3 (un autor conservador y ecléctico en casi todos sus puntos de vista) identifica al Derecho penal con la "protección, a través de la coacción estatal, de la convivencia humana como un orden de paz" y con la tarea de "defensa de la sociedad castigando infracciones jurídicas (...)en este sentido, el derecho penal es de naturaleza represiva". También ROXIN, Claus; *Derecho penal. Parte General,* tomo I, Madrid, 1997, p. 51, (autor más orientado hacia la política criminal) define el Derecho penal como el instrumento normativo basado en la coacción "(...)para la protección de bienes jurídicos". WELZEL, Hans; *Derecho penal alemán,* Santiago de Chile, 1993, p. 5, el más filosófico de los penalistas alemanes de post-guerra y de mucha influencia en el primer Zaffaroni, le asigna al Derecho penal la función de preservar, a través del castigo, los valores ético-sociales del pueblo. Por su parte, JAKOBS, Günther; *Derecho penal. Parte*

LEGALES EDICIONES

## II. EL CONTROL SOCIAL

El control social punitivo está institucionalizado como punitivo (sistema penal) o institucionalizado como no punitivo (como asistencia, terapéutico, tutelar, laboral, administrativo, civil, etc.). En cualquier caso, su carácter punitivo no depende de la ley, sino de la imposición material de una cuota de dolor o privación que no responde realmente a fines distintos del control de conducta (así, no todo el plano asistencial es control social punitivo, sino únicamente el que no corresponde a fines asistenciales, o el civil, no responde a objetivos reparadores, etc.).

El control social punitivo institucionalizado como punitivo se ejerce sobre la base de un conjunto de agencias estatales que suele llamarse "Sistema penal". La diversidad de composición, extracción social y entrenamiento de las personas que integran los grupos y subgrupos de sus diferentes segmentos, el aislamiento de cada uno de estos segmentos respecto de los otros (compartimentalización), la disparidad de criterios de eficacia

---

*general*, Madrid, 1997, p. 5, desde la sociología funcionalista, identifica al Derecho penal directamente con la pena que asegura la vigencia de la norma como orientación cultural. Como puede verse, en general, los penalistas académicos, identifican al Derecho penal con poder punitivo, es decir, Derecho con la organización estatal de la violencia legítima de una soberanía nacional dentro de un territorio. Incluso, en lo que de descriptivo tiene esta definición coincide con lo que sobre el Derecho puede decir la sociología tradicional (WEBER por ejemplo) o el materialismo histórico (MARX). Empero, la crisis de la razón liberal (puesta de manifiesto por la crítica a la sociedad capitalista a mediados del Siglo XIX, también por la "Escuela de Franckfurt" con motivo del ascenso del fascismo en el Siglo XX), planteó que el contenido de modernización y progreso de la Sociedad burguesa no puede liberarse de los impulsos de barbarie y catástrofe que la acompañan. En pocas palabras, se pone en duda que el Estado mismo y sus instituciones punitivas sean fuente de paz y seguridad. También contribuyó a la crítica el fracaso de la penalidad moderna. En particular esto último hizo que el autor argentino Eugenio Raúl ZAFFARONI separara las instituciones punitivas y su poder de la función del Derecho penal. *"El poder punitivo es un hecho de la política, es decir, del ámbito donde emergen las normas penales habilitantes del castigo legítimo (en una sociedad burguesa la fuente es la parlamentaria). En cambio el Derecho penal es un discurso, un "saber" (no es una ciencia, como generalmente se cree) que pertenece a los juristas y que tiene por objeto un contra-poder, los Jueces serían los destinatarios de esta misión titánica que consistiría en reducir y contener el poder punitivo de la política con el poder negativo del discurso jurídico. "Sin contención jurídica el poder punitivo quedaría librado al impulso de las agencias punitivas", "... de lo contrario desaparecería el Estado de Derecho"."*

LEGALES EDICIONES

con que operan, las diferencias cualitativas con que asumen su papel ante la opinión pública a través de los medios masivos, la dependencia de distintas autoridades o agencias estatales, son todos elementos que inclinan a mantener la denominación de "Sistema penal" en razón de un uso convencional, porque no puede sostenérsela seriamente, ya que es muy claro que no configuran un "sistema".

Hecha esta aclaración, podemos afirmar que hay un sistema penal en sentido estricto y también un sistema penal paralelo, compuesto por agencias de menor jerarquía y destinado formalmente a operar con una punición menor, pero que, por su desjerarquización, goza de un mayor ámbito de arbitrariedad y discrecionalidad institucionalmente consagradas (formalmente legalizadas como ámbito propio de la contravencional, menor cuantía, infracciones administrativas, de peligrosidad, de sospecha, etc.).[8]

## III. EL DERECHO PENAL

### 1. CONCEPTO

Como se ha señalado en la doctrina, el Derecho penal es un instrumento de control social cuya principal característica es la sanción. Desde el ángulo jurídico, el Derecho penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad[9]. Según el Profesor von Liszt el Derecho penal "... es el conjunto de las reglas jurídicas establecida por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia"[10]. El crimen y la pena son, pues, las dos ideas fun-

8 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Aproximación desde un margen,* Edit. Temis S.A., Bogotá, 1998, p. 15.

9 VILLAVICENCIO T., Felipe; *Lecciones de Derecho Penal, Parte General,* Cultural Cuzco S. A. Editores, Lima - Perú, 1990, pp. 28-29.

10 VON LISZT, Franz; *Tratado de Derecho Penal,* Tomo I, Edit. Hijos de Reus, Madrid, 1998, p. 1. En sentido parecido: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; *Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito,* Edit. Sudamericana S.A., Buenos Aires, 1958, p. 18, para quien el Derecho penal es "...un conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de

LEGALES EDICIONES

damentales del Derecho Penal. De ahí resulta que el objeto inmediato de la Ciencia del Derecho Penal es formular, bajo un aspecto puramente técnico-jurídico y basándose en la legislación, los delitos y las penas como generalizaciones ideales.[11]

También debe tenerse en cuenta que el Derecho penal es un instrumento de aplicación inmediata y directa sobre los hombres y, por tanto, sus planteamientos no tienen el simple carácter de una disquisición teorizante o metafísica, sino una significación eminentemente práctica[12].

Por otro lado, el Derecho penal puede definirse, desde un enfoque dinámico y sociológico, como uno de los instrumentos de control social formal a través del cual el Estado, mediante un determinado sistema normativo (las leyes penales) castiga con sanciones negativas de particular gravedad (penas y otras consecuencias afines) las conductas desviadas más nocivas para la convivencia (delitos y faltas), asegurando de este modo la necesaria disciplina social y la correcta socialización de los miembros del grupo. Desde un punto de vista estático y formal, puede afirmarse que el Derecho penal es un conjunto de normas jurídico-públicas que definen ciertas conductas como delito y asocian a las mismas penas y medidas de seguridad.[13]

Empero, el concepto de Derecho penal que señala Mir Puig resulta bastante claro y gráfico. En efecto, "Si se utiliza el modelo demasiado simplificado, pero gráfico de la estructura tridimensional del Derecho, que distingue en él una dimensión de norma, otra de hecho y una tercera de valor, cabría decir que la Dogmática jurídico-penal se ocupa del Derecho penal como norma, la Criminología como hecho, y la Política criminal como valor".[14] Y las relaciones entre cada una de ellas lo veremos en las siguientes líneas.

---

la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora".

11 VON LISZT, 1998, p. 2.

12 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal,* Editorial Temis Librería, Bogotá, 1982, p. 2.

13 GARCÍA-PABLOS, Antonio; *Derecho Penal,* Edit. Benzal, Madrid, 1994.

14 MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General, 6ta edición*, Edit. Reppertor, Barcelona, 2002, p. 58.

LEGALES EDICIONES

Aunque existen autores que desde el constitucionalismo (moderno) han tratado de socavar críticamente las bases existenciales del Derecho penal, y el más agudo, a mi juicio, sería el Profesor Donini, quien ha dicho lo siguiente: "...la ciencia jurídica sabe también que el Derecho penal es la rama del ordenamiento más irracional, violenta y autoritaria (...) Adicionalmente, el Derecho penal es la rama del ordenamiento que usa al hombre como medio para fines generales, la que instrumentaliza la libertad de los delincuentes o contraventores en particular (a través de la culpabilidad) para garantizar seguridad a todos (esto es, realizar la prevención general).[15]

## 2. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS

### 2.1. El Derecho penal y política

En principio, como es habitual, se concibe al Derecho penal como un instrumento de control social cuya principal característica es la sanción al sujeto infractor. Desde el ángulo estrictamente jurídico, el Derecho penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad –en esta misma lógica debemos ubicar a las consecuencias accesorias y la reparación civil– como consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de un hecho punible. El sistema de sanciones penales como es lógico debe relacionarse permanentemente con la llamada teoría de la pena que es un concepto distintivo y excluyente en función a las demás ramas del saber jurídico, que como se sabe toda la teoría de la pena es, en otras palabras, una teoría de la función que debe cumplir el Derecho penal.

Sin embargo, si seguimos anclados en concepciones exclusivamente jurídicas, a mi juicio, corremos el riesgo que el Derecho penal –en su concepción más amplia abarcando el Derecho material, Derecho adjetivo y hasta el Derecho ejecutivo[16]– sea con-

15 DONINI, Massimo; *"Principios Constitucionales y Sistema Penal Modelo y Programa"*, en: Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho, Libro homenaje a Santiago Mir Puig, edit. La Ley, Madrid, 2010, p. 86.

16 En este tema del Derecho de ejecución penal podemos señalar la existencia de la Comisión Especial Revisora del Código Penal del Congreso de la República, y en ese sentido

LEGALES EDICIONES

cebido como un cuerpo normativo en sentido formal, lo cual nos parece un grave error conceptual, tal como lo concibe el autor de

véase por ejemplo las palabras esgrimidas por: ÁVILA HERRERA, José; *"Las medidas de seguridad en el anteproyecto de reforma del Código Penal"* (Comisionado Representante de la Defensoría del Pueblo) cuando nos dice lo siguiente: "El artículo VI del Título Preliminar del Anteproyecto de Reforma del Código Penal establece: "No puede ejecutarse pena o medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y el reglamento que la desarrollen. La ejecución de las mismas será controlada e intervenida judicialmente". Una de las características centrales del Estado Constitucional de Derecho es su protección transversal de los derechos fundamentales. En consecuencia, no pueden existir ámbitos o materias libres de la garantía de la tutela constitucional, más aún cuando son espacios complejos y violentos como el carcelario en donde las personas privadas de libertad se encuentran en una "relación especial de sujeción", y además son sometidas al poder punitivo del Estado. La ejecución de la sanciones penales ha sido hasta hace poco tiempo una cuestión a la que los penalistas le daban poca trascendencia. En cambio, en la actual Comisión Especial Revisora del Código Penal se le ha dado el lugar que por su importancia merece, siendo objeto de estudio por diversas disciplinas de origen relativamente reciente. Con las nuevas finalidades que se asignan a la pena y con la adopción de un nuevo enfoque sobre las medidas de seguridad, el control judicial de la pena se convierte en el centro vivo, palpitante, decisivo, del agrupamiento de fuerzas contra la criminalidad. En efecto, de nada vale la existencia de perfectas leyes penales para tener éxito en su lucha contra la delincuencia, si ellas no tienen el complemento indispensable de un buen régimen de ejecución de las sanciones penales. De este último depende, en definitiva, que las personas que han violado las normas de convivencia social y se han hecho acreedoras a una condena se conviertan en el futuro en delincuentes habituales, con el consiguiente peligro para la comunidad, o en seres socialmente readaptados, a los que mediante un acertado método de reeducación y ejecución de la pena se consiga corregir y convertir en individuos útiles para la sociedad. De ahí la importancia que reviste la propuesta del artículo VI del Título Preliminar en la lucha contra la criminalidad. En otros términos, el proceso penal no es sino un incidente previo en el ejercicio del derecho de castigar, y el fallo que lo termina no tiene su importancia y su función sino en el acto mismo de ejecución. En el marco de la ejecución de la privación de la libertad han de respetarse algunos principios jurídicos básicos, como el Principio de Legalidad, el cual supone un límite a la actividad del Estado respecto a la pena privativa de libertad a fin de evitar un exceso de discrecionalidad que pueda llevar a abusos o arbitrariedades. En tal sentido, establecer con claridad el control judicial de la pena se constituye en un principio compatible con un programa penal constitucional. Por otro lado, sobre el Título IV del Anteproyecto que se presenta cuya denominación es "De las Medidas de Seguridad", se puede decir que toda intromisión del poder penal en la libre disposición de intereses de los ciudadanos merece de contrapartida el ingreso de garantías sustantivas y formales a fin de cautelar abusos por parte del Estado. Cualquier forma oficial de privación de derechos implica necesariamente ser delimitado por principios constitucionales y legales, sean para penas o para medidas de seguridad de acuerdo con sus respectivas fundamentaciones. Esto permite reforzar la hipótesis de que las medidas de seguridad sean explicadas también como sanciones penales".

LEGALES EDICIONES

estas páginas. Así en momentos en que asistimos a una espiritualización del concepto de bien jurídico-penal, a una devaluación del principio de legalidad en sus dos vertientes –reserva de ley y tipicidad–, a un replanteamiento de tradicionales institutos dogmáticos como la "responsabilidad" o "irresponsabilidad" penal de las personas jurídicas, a una relajación de los criterios de imputación, sobre todo en el campo del Derecho penal económico. Desde hace mucho tiempo en la ciencia penal se ha expresado con emotivo énfasis que las cuestiones político-criminales y las referencias jurídico-dogmáticas siempre han estado conectadas –para mal o para bien– y que merecen una atención especial por los juristas del Derecho penal; pese al importante desarrollo que ha experimentado las diferentes disciplinas extrapenales como es la filosofía, la sociología, la política, y no parece que la dogmática penal, especialmente la peruana, haya seguido de cerca este importante desarrollo.

Si queremos hacer una relación entre el Derecho penal y la política criminal definitivamente, tenemos que referirnos a la obra del Profesor alemán Claus Roxin. Comúnmente la orientación político-criminal se ha asociado al *consecuencialismo*, identificándose con una orientación del sistema del Derecho penal a las consecuencias empíricas de su aplicación (*Folgenorientierung*). De hecho, en la obra de Roxin se dan apuntes en este sentido al indicarse que la construcción del delito debe orientarse a los fines (sociales) de la pena (de prevención general y de prevención especial)[17].

El Derecho penal[18] surge como resultado del desarrollo de la sociedad y la necesidad de dotarse de los instrumentos que le

17 Véase en este sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *"Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites"*, en: Silva Sánchez, Jesús María, Estudios de Derecho Penal, Lima, 2000, p. 199.

18 Como manifiesta ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Estructura básica del Derecho penal*, Buenos Aires, 2009, pp. 115-116, la expresión Derecho penal es equivocada. Se la emplea tanto para designar la ley penal, para referirse al poder punitivo, como para señalar la dogmática jurídico-penal o ciencia o saber del derecho penal. La ley la hacen los legisladores, el poder punitivo lo ejercen las agencias ejecutivas del Estado (policía, servicio penitenciario, etc.) y la ciencia jurídico-penal, los profesores y doctrinarios. Para evitar confusiones es preferible hablar de ley penal, poder punitivo y derecho penal (este último designa la

LEGALES EDICIONES

posibiliten mantener su estabilidad y la paz entre los hombres, así como la protección de los intereses que considera vitales para su propia existencia. El Derecho penal es una disciplina que intenta sancionar en la mayor medida de lo posible con justa equidad, que implica, desde luego, una sanción. Siendo así, exime de los alcances del concepto de la punibilidad a aquellas conductas que obran compulsadas por fuerzas que van más allá de una reacción normal. En otras palabras, el Derecho penal es concebido como uno de los instrumentos con que cuenta la sociedad para poder garantizar la convivencia pacífica entre sus miembros[19].

---

doctrina o saber del derecho penal). Poder punitivo es todo ejercicio de coerción estatal que no persigue la reparación (no pertenece al derecho civil o privado en general) y tampoco contiene o interrumpe un proceso lesivo en curso o inminente (coerción directa del derecho administrativo). El poder punitivo es manifiesto cuando se habilita como tal en leyes penales manifiestas (el CP y las leyes penales especiales) y es latente cuando se oculta bajo otras formas jurídicas (servicio militar obligatorio, institucionalizacion psiquiatra, de personas mayores, de niños y adolescentes, etc.) establecidas en leyes eventualmente penales o en leyes penales latentes.

19 Véase, en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 21 de julio de 2005 (Pleno Jurisdiccional), en el Expediente N° 0019-2005-PI/TC, en el caso "Más del 25% del Número legal de Miembros del Congreso de la República", en el considerando 35 ha dicho lo siguiente: "El Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el *ius puniendi*, monopolio del Estado, y que, por tal razón, por antonomasia, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. De ahí que, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental. Como correctamente apunta Carbonell Mateu, "Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte la interpretación que se realice de la norma fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional." (*Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 37). En

LEGALES EDICIONES

En efecto, uno de estos fines corresponde a la concreta pretensión de evitar aquellos comportamientos que supongan una grave perturbación para el mantenimiento y evolución del orden social al que constitucionalmente se aspira a llegar[20].

En consecuencia, el delito, el delincuente y la pena son objeto de estudio de varias ciencias. Se habla, por ello, de una enciclopedia de ciencias penales[21]. Mediante el Derecho penal, se determinan y definen ciertos comportamientos, los cuales no deben ser realizados por ser considerados indeseables para la convivencia social. Con el fin de conseguir que los miembros de la comunidad omitan o ejecuten, según el caso, tales actos, se recurre a la amenaza con una sanción. El Estado espera, en primer lugar, orientar los comportamientos de los individuos, motivándolos para actuar de cierta manera y así lograr que acepten "ciertos esquemas de vida social". Sólo cuando no alcanza este objetivo por otros medios, se debe recurrir a la sanción penal. En esto, precisamente radica el peculiar carácter del Derecho penal "como medio de control social".

Frente a la naturaleza económica de los fenómenos de la globalización y la integración, el Derecho penal es, obviamente, un producto *político* y, en particular, un producto de los Estados nacionales del siglo XX, que adquiere su plasmación última en las codificaciones respectivas[22]. Por tal motivo el Derecho pe-

---

ese sentido, 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 de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena".

20 En este sentido: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*, Barcelona, 1999, p. 6.

21 Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal I*, Buenos Aires, 1964, pp. 76 y ss., 87 y ss., y especialmente, p. 92. DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel; prefiere hablar de enciclopedia de disciplinas criminales, por no tener algunas de ellas, según él carácter de ciencia, sino de artes o técnicas y no tener todas por objeto a la pena o sólo a la pena (véase *Elementos de Criminología*, Valparaíso, 1982, pp. 19-20).

22 Véase: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades Post industriales*, Madrid, 1999, p. 71.

LEGALES EDICIONES

nal es expresión de una política criminal. Así, la discusión sobre los fines del Derecho penal y sobre los medios precisos para alcanzar tales fines no puede ser más que una discusión político-criminal. Y la vocación de la discusión político-criminal es, en último término, la reforma del Derecho penal[23]. Ahora bien, la ciencia penal tiene una relación atormentada con la política porque ninguna rama del Derecho tiene tanto que ver con la irracionalidad como el Derecho penal: el Derecho penal disciplina comportamientos irracionales y previene reacciones irracionales[24]. El Derecho penal es un continuo intento de racionalizar la

23 Véase: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; "Reflexiones sobre las bases de la política criminal", en: *Estudios de Derecho Penal*, Lima, 2000, p. 191. Agrega este autor: "...la propia definición de cuáles son los delitos que constituye competencia de la Política criminal: cuántas son las conductas que cabe racionalmente calificar como delictivas. Y ello, sólo en cuanto a lo relativo a qué bienes jurídicos merecen y precisan de protección penal, sino también en cuanto a qué clase de conductas describen riesgos penalmente relevantes: tentativa, hechos imprudentes, hechos en comisión por omisión; etc. En este punto se muestra una de las características fundamentales de la política criminal: ésta aparece como un sistema que se autodefine. Ello determina la necesidad de abordar el problema de los límites exteriores de la Política criminal: no ya sólo a la del legislador, sino también a la del propio constituyente".

24 Véase: DONINI, Massimo; *El Derecho Penal frente a los Desafíos de la Modernidad*, Lima, 2010, p. 264. En este sentido, por ejemplo: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *En torno de la cuestión penal*, Buenos Aires, Montevideo, 2005, p. 81 manifiesta que los acontecimientos político-sociales de Europa del Siglo XIX y XX condicionaron de sobremanera la existencia de casi todos los modelos jurídico-penales, específicamente en el marco de la teoría del delito, y que fueron "traídos" a Latinoamérica para la respectiva recepción en nuestros sistemas penales. En efecto el citado autor señala lo siguiente: "A la hora el discurso jurídico-penal en nuestra región a) desde fines del siglo XIX se echó mano del positivismo criminológico italiano, como correspondía a las filiaciones ideológicas de las Repúblicas oligárquicas del momento, pero cuando estas entraron en crisis (a partir de la Revolución Mexicana), se dirigió la vista a Alemania, trayendo b) el modelo del positivismo alemán (Franz von Liszt), pronto seguido por c) el Neo Kantiano (Edmund Mezger), sucedido por d) el ontologismo finalista (Hans Welzel), culminando en la última década del siglo con las construcciones inspiradas en la sociología funcionalista norteamericana (Claus Roxin) y f) alemana (Günther Jakobs). Cada uno de estos modelos responde originalmente a cierto momento de poder político y a un contexto económico, social y cultural del cual, por regla general, se hizo caso omiso al transportarlo. La omisión de esta perspectiva deterioro la transcendencia del debate dogmático, pues en nuestra región este casi se redujo a los aspectos técnicos de los discursos, banalizando la verdadera dimensión de las diferentes posiciones, cuya clase se halla en su aspecto político. La importación de modelos fue considerada técnica, o sea, prescindiendo o minimizando su dimensión política. De este modo, la dogmática jurídico-penal latinoamericana del siglo XX presento caracteres de

LEGALES EDICIONES

necesidad de defensa –venganza–. La política, por el contrario, amenazando a la criminalidad con males futuros, busca el consenso de las víctimas potenciales de los delitos y, en esta medida, está en tensión permanente e inmediata con las necesidades irracionales de la "democracia penal". El máximo (relativo) de la racionalidad legislativa se encuentra normalmente en los códigos (en su construcción originaria). En las leyes especiales y en las reformas de los códigos, se altera siempre o se desfigura la armonía de su estructura[25].

Todo concepto jurídico-penal aspira a ser aplicable por una rama del gobierno (la judicial); por tanto, tiene un sentido político (todo poder es político, participa del gobierno de la *polis*), pues inevitablemente todo concepto penal aspira a una función de poder en el plano de la realidad social[26]. Acorde con lo anterior, en un sentido amplio, puede entenderse la disciplina en estudio como la política jurídica en el ámbito de la justicia penal, esto es, una auténtica actividad del Estado. Y, en sentido estricto –esto es, como una verdadera actividad científica– como el saber que se ocupa de cómo configurar el Derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir con su tarea de protección de la sociedad, se fija, por ello, en las causas del delito e intenta comprobar la eficacia de las sanciones penales, pondera los límites hasta donde puede extender el legislador el Derecho Penal para coartar lo menos posible la libertad y las garantías ciudadanas; además, discute como deben redactarse los tipos penales de manera correcta, y comprueba si el Derecho penal material se halla construido de tal manera que pueda ser verificado y realizado en el proceso penal[27].

severa enajenación política, no solo en razón de la alineación política originaria que acarreaba cada modelo (en mayor o menor medida según los casos), sino también porque fueron importados con notoria privación o recorte de la dimensión política originaria y, además, porque hubo una completa enajenación frente a la dimensión política local o regional".

25 Véase: DONINI, 2010, p. 264.

26 Véase: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Estructura básica del Derecho Penal*, Buenos Aires, 2009, p. 19.

27 Véase: VELASQUEZ V. Fernando; *Derecho Penal. Parte General*, Medellín, 2009, p. 3.

LEGALES EDICIONES

También podemos señalar la influencia del punto de vista político que se tiene en función al proceso penal, y éste corre el peligro constante de ser apartado de su finalidad de verdad y justicia, y de ser puesto al servicio de propósitos autoritarios. Desde esta óptica se ha dicho que las leyes penales constituyen un buen retrato, una buena expresión de las fuerzas espirituales impulsoras de un pueblo y su máximo riesgo, porque las posiciones metafísicas y políticas repercuten allí directamente. "A un Estado siempre se le puede decir: muéstrame tus leyes penales, porque te quiero conocer a fondo"[28]. Así no le falta razón al profesor Villa Stein cuando en su presentación a la tercera edición de su Libro de Derecho Penal decía lo siguiente: "Tal parece que, cambiada la clave de lo políticamente correcto, los náufragos sucumbieron al oportunismo y se ahogaron en él, y no resultándole suficientemente enérgico el Código Penal, la doctrina recaída en él y su prédica abolicionista histórica para conjurar convenientemente la devastadora corrupción que le ocupo atender a este cuerpo legal, trastocaron sus instituciones, violentando entre otros el principio de legalidad y el Estado constitucional de Derecho, fabricando una doctrina justificadora, una doctrina de prótesis más propia de un Derecho penal del exterminio, que de un Derecho penal del ciudadano y uno del enemigo. Nuevamente, la política destruyendo el Derecho"[29].

Las relaciones que debe existir entre la dogmática penal y la política criminal debe ser una relación de complemento y de coordinación en pos de alcanzar sus objetivos cada uno; no debe permitirse una relación de subordinación y ni mucho menos de exclusión de ambas. En efecto "En un orden práctico –opina Creus– es hoy imposible que el dogmático pueda cumplir su

28 Véase mi trabajo: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; *En busca de la prisión preventiva*, Lima, 2006, p. 38. En este mismo punto he señalado, en la misma obra, lo siguiente (p. 39): "En un Estado democrático el desarrollo de una política penal está sujeto a los condicionamientos que impone su estructura. En ese sentido, si partimos que el presupuesto es un concepto democrático obligará al Estado a una constante revisión de su aparato coercitivo. Un Estado democrático será aquel que en su proceso constante de apertura, va reduciendo la coerción al mínimo indispensable".

29 Véase: VILLA STEIN, Javier; *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2008, p. X.



LEGALES EDICIONES

tarea sin poseer y manejar los términos de la política criminal y sin conocer los datos obtenidos en sus investigaciones. También puede pensarse en un futuro perfecto en que el dogmático-político disponga del poder del Legislador; pero esto último nos inspira cierto temor (tanto temor como el que tenemos a que decida en la aplicación de la ley quien no es nada de eso) porque siempre estaremos ante la posibilidad de que aquél interprete la realidad según la lente de los dogmas que aprendió"[30].

La dogmática es un módulo de aplicación, la política lo es de crítica; si se confunden sus roles ambas dejan de cumplir sus cometidos. No hay en esto un neokantismo trasnochado, pues se propone que la elaboración dogmática se reduzca a evolucionar en círculos que comienzan y terminan en la ley, ya que, por un lado la interpretación de la ley necesita no pocas veces de los mismos aportes empíricos que la política emplea para realizar su labor crítica y, a su vez, las conclusiones de la Dogmática constituyen datos que la política no puede dejar de avaluar; pero pretender que la Dogmática decida sobre la aplicación de la ley exclusivamente en los términos de la propuestas críticas de la política, es pretender que no aplique aquélla[31]. En definitiva, Creus es contundente cuando afirma que "El Derecho penal no

30 Véase: CREUS, Carlos, *Introducción a la Nueva Doctrina penal*, pp. 17 y 18. Por el contrario el planteamiento de que todo el Derecho penal se integra en la Política criminal, a juicio de POLAINO NAVARRETE, Miguel; *Introducción al Derecho Penal*, con la colaboración de Miguel Polaino-Orts, Lima, 2008, pp. 46 y 47, este sugerente planteamiento doctrinal sobre la estructuración dogmática de la Política Criminal no es plenamente convincente, por lo siguiente: -En Primer lugar, potencia superlativamente el papel de la Política criminal frente a la Dogmática penal, -En segundo lugar, lleva a la confusión entre Derecho penal (objeto de conocimiento) con la Política criminal (utilidad de tal objeto), integrando al primero en la segunda. Pero este planteamiento no es correcto, pues no cabe situar el objeto (Derecho penal) en un predicado del objeto (Política criminal), sino –en todo caso– a la inversa. -En tercer lugar, la hiperbólica concepción que asume a la postre fusiona Política criminal (utilidad del objeto de conocimiento) y Dogmática penal (conocimiento del objeto), siendo así que ambas Ciencias, conforme a su naturaleza, operan en planos distintos: **la Dogmática es el conocimiento del objeto, y la Política criminal la delimitación de la utilidad del objeto de conocimiento.** Es decir, la Dogmática es una disciplina **substantiva, teórica o doctrinal**, mientras que la Política criminal es, eminentemente, una disciplina **adjetiva, social-funcionalista o práctica.** (Las negritas son del texto).

31 Véase: CREUS, Carlos, *Introducción a la Nueva Doctrina penal*, p. 15.

LEGALES EDICIONES

tiene que adaptarse a la Política sino que su función es frenarla para que sus conclusiones no afecten al individuo más allá de lo que sus normas lo permiten"[32].

Según Zaffaroni[33], la desvinculación entre el discurso jurídico-penal y la política pone en serio peligro a la dogmática jurídico-penal como método, con consecuencia imprevisible y siempre negativa, así:

a) Como el discurso teórico no toma en cuenta sus efectos sociales reales (y pueden construirse tanto discurso como sociedades, legisladores e intérpretes se alucinen), el método jurídico, en lugar de hacer previsibles las decisiones judiciales, proporciona un inagotable caudal de desconcertantes posibilidades y permite la racionalización de cualquier decisión, mediante el uso antojadizo de discursos diferentes, abriendo el camino a la arbitrariedad judicial.

b) El Poder Judicial es un poder (hace parte) del gobierno. Cada decisión judicial (y no solo de materia constitucional) es un acto de gobierno de características particulares, pero que no por ello desdibujan su naturaleza. Un discurso jurídico-penal es una elaboración intelectual que se le ofrece al Poder Judicial como proyecto de jurisprudencia coherente y no contradictoria, adecuado a las leyes vigentes (a las constitucionales e internacionales en primer lugar). Es en sí misma una propuesta o programa político.

c) Si la dogmática jurídico-penal es un método y sus discursos son en verdad discursos políticos (planificación de una política o de decisiones políticas), no puede pasarse por alto la estructura, naturaleza y poderes de las agencias a las que están dirigidos esos proyectos (en forma directa o bien mediata, por el entrenamiento académico de sus operadores) y, por consiguiente, a la función que tienen dentro de determinado contexto de poder.

---

32 Véase: CREUS, Carlos, *Introducción a la Nueva Doctrina penal*, p. 15.

33 Véase: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *En torno de la cuestión penal*, Buenos Aires, 2005, pp. 72 y ss.



LEGALES EDICIONES

## 2.2. Características del Derecho penal contemporáneo

Para instrumentalizar la tutela de los novísimos bienes jurídicos que han aparecido en la dogmática penal y en la técnica legislativa la acuñación de nuevos postulados de imputación jurídico-penal, que se sienta en la cresta de la ola del avance científico, que ha dado cabida a algunos paradigmas que caracterizan al pensamiento jurídico-penal contemporáneo. En lo que sigue daremos un breve repaso a lo que a mi juicio son los nuevos paradigmas del Derecho Penal[34]:

- En las perspectivas actuales de la dogmática penal como ciencia del Derecho penal por excelencia se evidencia una crisis[35], y para salvar esta situación la dogmática tendrá que

34 Otro rasgo de orden más bien *Procesal Penal* es la que se deduce de la eficacia del sistema penal peruano; por ello nos preguntamos: ¿Es conveniente la aplicación de un "procedimiento" penal convencional (tradicional) a delitos no convencionales (no tradicionales)? A todas luces, que no, ya que en nuestro medio existe todavía un procedimiento penal absolutamente desfasado de la realidad como es la vigencia del Código de Procedimiento Penales de 1940 (aunque reformado por la Constitución de 1979, Decreto Legislativo N° 052 –Ley Orgánica del Ministerio Público– y por algunos artículos del Código Procesal Penal de 1991), que sin embargo debe servir para tramitar algunas pretensiones punitivas de figuras especiales de entidad o injustos colectivos o pluriofensivos contenidos en el Código Penal vigente. En síntesis, la tendencia prevaleciente de corte "neo" criminalizador es una consecuencia ideológica de los intentos contemporáneos que conlleva hacia una "importación del Derecho penal" de la cual el legislador patrio no podría soslayar en nuestra legislación punitiva.

35 Ya BRAMONT ARIAS, Luis A.; (*Derecho Penal. Parte General, Tomo I*, Lima, 1978, pp. 110 y 111) hablaba de una crisis del Derecho penal liberal, cuando decía lo siguiente: "Por nuestra parte creemos que la eficacia del Derecho Penal ha sido, es y será siempre relativa. La razón fundamental está a nuestro juicio, en que hace uso de un medio irracional en todos sus aspectos como es la pena, para ser aplicada al único ser racional del universo: el hombre. La incorporación de ciertas garantías liberales en el Derecho penal, en el mejor de los casos, ha servido sólo para evitar los abusos, pero los usos siguen teniendo el común denominador del castigo, de la retribución. Los juristas y los políticos se afanan en proclamar un derecho penal que sea demócrata y liberal, para ser aplicado, por supuesto, cuando el hombre ya ha caído en el delito; pero cuando hay un esfuerzo por democratizar la sociedad y librarla de la explotación capitalista de –dentro y de fuera– que habrá de beneficiar al hombre libre y al hombre delincuente, entonces no tienen escrúpulos en guillotinar las llamadas garantías liberales. Cae así su propósito de reivindicar al hombre, sino, también la acusación de servir de instrumento para hacer de él un esclavo sumiso de sus explotaciones. No hay Derecho Penal Liberal verdadero sin democracia social verdadera para todos. Hablar de democracia y Liberalidad recién de la rejas para adentro,

LEGALES EDICIONES

ir más allá de la pura exégesis lógica-literal de las leyes esto es del análisis estrictamente jurídico y que de *lege lata* del *itus positum* (vía hermenéutica) para convertirse en una dogmática creadora o crítica orientada a las finalidades político-criminales, como la única vía que se advierte para el perfeccionamiento del Derecho vigente y así cumplir la función práctica del Derecho penal.

- La imputación culposa, deja de ser la hijastra del Derecho penal como decía Binding para ser reemplazada progresivamente por el criterio muy arraigada de imputación dolosa y amenaza en convertirse en parte básica conductual-subjetiva de la sistemática del delito. Quizá se pase en el futuro, en nuestro derecho, de un sistema de *numerus clausus* de regulación culposa que está vigente en el Código Penal –artículo 12 *in fine*– a un sistema de *numerus apertus* de regulación culposa.
- Retirada del tradicional y vetusto delito de lesión como modificación externa-naturalística del objeto de protección penal, pues ha caído en desuso como modelo de descripción de injustos ya que tendencia del tipo de actualidad es la creación del delito de peligro –sobre todo abstracto– visible en todas las legislaciones, concebidas para la protección de bienes jurídicos colectivos, cuya estructura dificulta la aplicación del principio de ofensividad o lesividad o *nulum crimen sine inuria*.

---

es una estafa que debe de ser denunciada por quienes han dirigido sus pasos por esa trayectoria esquemática de vida que es la enseñanza universitaria. El Derecho Penal está en crisis porque sabe que la pena es inútil; y, porque, la organización social capitalista o semi-feudal no permite, ni quisiera, la actualización de sus principios más avanzados. Es necesario, entonces, llegar al convencimiento de que la reivindicación del delincuente y la seguridad social sólo serán conseguidas cuando previamente se reivindique al hombre jurídicamente libre, pero que en realidad vive en miserables condiciones de vida: el campesino y el obrero". De la misma forma: BUSTOS RAMÍREZ, Juan; "Política Criminal y dogmática", en: *El poder penal del Estado, Homenaje a Hilde Kaufimann*, Buenos Aires, 1985, p. 113, sostiene que: "En definitiva (...) no se puede hablar realmente de una crisis de la dogmática sino más bien de una revisión de los aspectos que ella debe considerarse en la elaboración de su contenido. Lo que ha llevado a superar el planteamiento dicotómico de la dogmática como un sistema cerrado de verdades absolutas, para elevarse a un sistema abierto de conocimientos en continua profundización y reelaboración".

LEGALES EDICIONES

- Dentro de la amplia problemática que suscita la existencia del Derecho Penal Económico, sin lugar a dudas lo constituye el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus órganos de gestión, que trastoca la concepción dogmática del injusto personal donde prima, como en el caso peruano, el dogma *"Societas delinquere non potest"*; aún cuando nadie desconoce que hay otros tópicos conexos como puede ser la delimitación entre delitos y contravención –o sancionador administrativo–, la intensa utilización de las leyes penales en blanco, etc. que conlleva a la "Administrativización del Derecho penal".
- La corriente post-finalista enmarcada en la teoría denominada funcionalista[36] con sus máximos exponentes como son Claus Roxin que contra su teoría dentro de una concepción teológica–funcional moderada (Escuela de Munich) y Günther Jakobs que basa su concepción en un funcionalismo sociológico-radical (Escuela de Bonn) y fruto de estas doctrinas aparece la imputación objetiva como el eslabón más avanzado en la relación de casualidad[37].

---

36 Esta orientación actual se origina en la década de los 70 hasta nuestros días teniendo su origen en Alemania; dirige su filosofía a que el Derecho penal no puede construirse en base a elementos ontológicos pre-jurídicos sino que propugna a una "renormativización" de las categorías de las sistemáticas del delito y la orientación de esta a exigencias políticos-criminales, no cabe duda que es un desarrollo ulterior del neokantismo. Ha de quedar claro que el factor decisivo en la dogmática dominante viene constituido por consideraciones tecnológico-valorativas. En ese sentido por ejemplo, el pensamiento penal funcionalista de Jakobs (radical) se basa en la "teoría sistemática del Derecho", su enfoque sintomatológico implica que la infracción de una norma se estima socialmente disfuncional, ya no porque ponga en peligro o lesione cualquier bien jurídico tutelado, sino porque se cuestiona la "confianza institucional" en el sistema; consecuentemente la culpabilidad ya no.

37 Se ha definido a la Imputación Objetiva como la creación de un riesgo jurídicamente relevante (carácter disvalioso de la conducta), la realización del riesgo en el resultado (consumación o tentativa y la pertenencia de resultado al ámbito de protección de la norma (criterio adicional propuesto por Roxin). Esta teoría diseñada para delito comisivo de resultado, sin embargo se propone la extensión de aplicación también a los delitos de mera actividad y delitos omisivos (impropios), también para la teoría de la participación delictiva, tentativa, etc.; por otro lado, si se acepta la estructura finalista del delito se comporta o no el carácter final ontológico de la acción, ella plantea el papel que la imputación objetiva esta llamada a desempeñar hasta tres posturas: para un sector de

LEGALES EDICIONES

## IV. EL DERECHO PROCESAL PENAL

El proceso penal es la manifestación de los intereses públicos, los cuales, regularmente, nada preguntan acerca de los intereses personales de los participantes que utiliza el Estado para "asegurar" la prueba dentro del proceso penal. En líneas generales, el proceso penal –y en concreto a través de las medidas coercitivas– representa la manifestación conflictiva entre sociedad y Estado, donde los Derechos Humanos o los Derechos Fundamentales, como en ningún otro lugar, se encuentran en juego. Esta situación de tensión irreconciliable que rige, como es sabido, en todas las soluciones normativas del Derecho procesal penal, ha sido explicada a través de la doctrina[38] y de la jurispru

---

la doctrina la imputación objetiva es presupuesto constitutivo del tipo legal (Tipo Objetivo), esto es, la afirmación de que una acción es típica, requiere como paso previo que el resultado sea objetivamente imputable a su autor (Roxin). Opiniones de otros autores prefieren hablar de imputación objetiva afirmada ya la Tipicidad del comportamiento, desde este punto de vista la imputación objetiva funcionaria a modo de un "Segundo Correctivo" de Tipicidad. (Gimbernart Ordeig). Y hay quienes piensan que la imputación Objetiva debe analizarse a nivel de la Antijurididad (Bustos Ramírez).

38 En este sentido, véanse: BAQUERO LAZCANO, Horacio; "Fundamento constitucional de la libertad caucionada", en: *La Ley*, N° 132, Buenos Aires, 1968, p. 1434. BACIGALUPO, Enrique; "La significación de los Derechos Humanos en el moderno procesal penal", en: Donna, Edgardo Alberto (Dir.), *Revista de Derecho penal*, 2001-I, Santa Fe, p. 12, anota que "...el proceso penal se nos presenta como un campo de conflicto de derechos fundamentales con intereses sociales especialmente sensible". MAIER, Julio B.J.; "Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal", en: *Doctrina Penal*, N° 1 a 4, Buenos Aires, 1978, p. 306. MUÑOZ CONDE, Francisco; "Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión provisional", en: *Derecho Penal*, N° 7, Rosario, 2000, p. 173. ROXIN, Claus; "La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal", traducción de Gómez Rivero y García Cantizano, Valencia, 2000, p. 10. PASTOR, Daniel; "El encarcelamiento preventivo", en: AA VV, *El nuevo Código procesal penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, 1993, p. 44. SEGUÍ, 2000, p. 75. Este autor escribe lo siguiente: "...Estado que quiere averiguar la verdad de lo realmente acontecido y efectivizar la ley penal sustantiva, y el del justiciable que quiere lograr su pronta desincriminación". HASSEMER, Winfried; "Los Derechos Humanos en el proceso penal", traducción de Pablo Guillermo Lucero, en: Donna (dir), *Revista de Derecho penal*, Santa Fe, 2001-1, p. 195. HARFUCH, Andrés; "Reiteración delictiva y prisión preventiva obligatoria", en: *Nueva Doctrina Penal*, 1998-A, Buenos Aires, p. 204. EDWARS, Carlos Enrique; *Garantías constitucionales en materia penal*, Buenos Aires, 1996, p. 8. CASAL, Eduardo Ezequiel; "Acerca de la prisión preventiva, la excarcelación y los Derechos Humanos", en: *CDJP*, N° 9, Buenos Aires, p. 60, específicamente señala que la prisión preventiva "se trata de dos intereses que en este punto entran en conflicto: por un lado el derecho del imputado a

LEGALES EDICIONES

dencia[39]. Los enormes conflictos que se generan en el seno de la sociedad, presionan inevitablemente en la coherencia sistemática del ordenamiento jurídico-penal y se hace históricamente muy difícil resolver la tensión pendular (seguridad-libertad) sin alterar el equilibrio plasmado en la Constitución.

Por otro lado, el proceso penal ya 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 desde una concepción constitucional se diseña como un espacio de garantía de los derechos de las personas sometidas al mismo[40]. La libertad, como uno de los valores esenciales de todo ordenamiento jurídico, debe ser objeto de una especial protección en el seno del proceso penal y a los

---

no sufrir consecuencias desfavorables mientras no se pronuncie condena y, por otro, la expectativa social de no ver frustrada la aplicación de la ley penal". El mismo: "Los Tratados de Derechos Humanos y su incidencia en el Derecho procesal penal", en: *CDJP*, N° 3, Buenos Aires, 1996, p. 170. LEDESMA, Angela; "Medidas de coerción personal en el proceso penal", en: *Revista de Derecho procesal*, 1998-1, Buenos Aires, p. 345. RAFECAS, Daniel Eduardo; "Una aproximación al concepto de garantismo penal", en: *Lecciones y Ensayos*, N° 80, Buenos Aires, 2004, pp. 171 y ss.

39 Así, como se debe reconocer que el instituto de la excarcelación tiene raigambre constitucional, también reviste ese origen su necesario presupuesto, o sea la prisión preventiva, desde que el artículo 18 de la Constitución nacional autoriza el arresto en virtud de orden escrita de autoridad competente. El respeto de la libertad individual no puede excluir el legítimo derecho de la sociedad a adoptar todas las medidas de precaución que sean necesarias no sólo para asegurar el éxito de la investigación sino también para garantizar, en casos graves, que no se siga delinquiendo y que no se frustre la ejecución de la eventual condena por la incomparecencia del reo. Se trata en definitiva de conciliar el derecho del individuo a no sufrir persecución injusta con el interés general de no facilitar la impunidad del delincuente" (CSJN, 18-8-71, "Torres, Isaac", Fallos: 280: 297) extraída de Donna, Edgardo Alberto (Dir), *Revista de Derecho Penal, garantías constitucionales y nulidades procesales*, 2001-I, Santa Fe, p. 518.

40 ROSAS YATACO, Jorge; *Manual de Derecho Procesal Penal con aplicación al Nuevo Proceso Penal*, Lima, 2009, Editorial Jurista Editores, Lima, p. 97. Se trata de que con la **incorporación a nuestro sistema penal del sistema acusatorio**, con sus bondades y defectos, constituye hoy por hoy un modelo procesal penal que introduce y respeta los principios procesales que tanto se pregona. De modo que era inevitable insertar este sistema, de lo contrario el colapso en la justicia penal peruana se va a agudizar. Ahora depende de los operadores de justicia penal para que esto funcione, el Juez controlando que se respeten las garantías y derechos de los sujetos procesales; el Fiscal controlando y conduciendo el trabajo policial; la policía siendo un apoyo insoslayable en el esclarecimiento de los hechos con su aporte criminalístico y, la defensa a la expectativa del cumplimiento del debido proceso.

LEGALES EDICIONES

jueces les corresponde actuar como garantes de la libertad de los ciudadanos.

Reconociéndose que la fortuna del proceso penal depende del equilibrio que alcance entre los extremos en permanente tensión que atiende: la seguridad y eficacia ante el delito para restablecer la paz y tranquilidad, por un lado, y las garantías o derechos fundamentales del incriminado, por el otro; es vital y trascendente destacar cada una de las garantías procesales penales o escudos protectores del justiciable que repudian la arbitrariedad y evitan que el drama procesal pierda su perfil democrático.[41]

El profesor Benavente Chorres entiende que "... el legislador constitucional entiende que el proceso penal es un instrumento que el Estado debe utilizar para perseguir y sancionar ilícitos penales; pero que, a fin de evitar arbitrariedades por parte del Estado, es menester establecer límites y garantías para el gobernado, y de esta forma, evitar que inocentes sean sometidos a castigos penales como si fuesen culpables de un hecho delictuoso".[42] En otras palabras, el proceso penal ideal es aquel que encuentra el punto de equilibrio entre la eficacia al servicio de la seguridad y los reclamos de la paz y tranquilidad de la sociedad y de las víctimas frente al delito, y respeto a los derechos fundamentales del imputado[43]. El proceso penal debe constituirse sobre la base del respeto de todas las garantías integrales de la *noción global* del proceso debido o proceso equitativo (*due process*). Las garantías procesales son, en palabras de Binder, "escudos protectores" de los individuos para el ejercicio del poder penal del Estado (*ius puniendi*) no se convierta en una aplicación arbitraria de la pura fuerza y no termine siendo un elemento avasallador, tiránico, dentro de la sociedad[44].

41 RODRÍGUEZ HURTADO, *"La Constitucionalización del Proceso Penal: Principios y modelo del Código Procesal Penal"*, cit., p. 3.

42 BENAVENTE CHORRES, "La Audiencia de Tutela de Derechos del Imputado", cit., p. 16.

43 RODRÍGUEZ HURTADO; "La constitucionalización del Proceso Penal: Principios y modelo del Código Procesal Penal", cit., p. 17.

44 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; "El Juez de Garantías vs el Juez de Instrucción en el Sistema Procesal Penal Acusatorio" en la *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 17, Lima 2005, p. 414.

LEGALES EDICIONES

En el proceso penal, la investigación es una actividad eminentemente creativa, mediante la cual se trata de superar un estado de incertidumbre, a través de la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar la información que acabe con esa incertidumbre; en consecuencia tiene por finalidad encontrar o detectar los medios que servirán de prueba. Los actos de investigación formulados por el representante del Ministerio Público, deben tener el suficiente peso probatorio, para desvirtuar la presunción de inocencia del imputado, en ese contexto se entiende que no se debe de denunciar cuando sólo existen leves indicios y se carece de pruebas idóneas y suficientes de la comisión del ilícito penal.

## V. EL DERECHO DE EJECUCIÓN PENAL

### 1. CONCEPTO

El Derecho de Ejecución Penal, como insiste Francesco Siracusa, es el conjunto de normas, que integra el Derecho Público, que regulan la relación jurídica punitivo-ejecutiva[45]. Por su parte Giovanni Novelli lo definió como "*el conjunto de normas jurídicas que regula la ejecución de las penas y medidas de seguridad, a comenzar desde el momento en que se convierte en ejecutivo el título que legitima la ejecución*"[46].

Con relación a los beneficios penitenciarios el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 1593-2003-HC/TC fundamento 14, ha precisado que: "*... el otorgamiento de beneficios no está circunscrito únicamente al cumplimiento de los requisitos que el legislador pudiera haber establecido como parte de ese proceso de ejecución de la condena. La determinación de si corresponde o no otorgar a un interno un determinado beneficio penitenciario, en realidad, no debe ni puede reducirse a verificar si aquel cumplió o no con los supuestos formales que la normatividad contempla (plazo de Internamiento efectivo, trabajo realizado, etc.). Dado*

45 En: TELLEZ AGUILERA, Abel; *Novelli y su tiempo. Una aproximación a los orígenes y al concepto del Derecho penitenciario*, Revista de Estudios Penitenciarios, Número 255/2011, Madrid, p. 28.

46 En: SOLÍS ESPINOZA, Alejandro; *Política penal y Política Penitenciaria*, Cuaderno Número 8, PUCP, Septiembre 2008, p. 4.

LEGALES EDICIONES

*que el interno se encuentra privado de su libertad personal por virtud de una sentencia condenatoria firme, la concesión de beneficios penitenciarios está subordinada a la evaluación del juez, quien estimará si los fines del régimen penitenciario (inciso 22 del artículo 139 de la Constitución) se han cumplido, de manera que corresponde reincorporar al penado a la sociedad,* aún antes de que no se haya cumplido con la totalidad de la condena impuesta, si es que éste demuestra estar reeducado y rehabilitado" (subrayado nuestro).

Se reafirma el Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 1593-2003-HC/TC fundamento 17, al exponer lo siguiente: *"En resumen, lo verdaderamente trascendental al momento de resolver una solicitud de acogimiento a un determinado beneficio penitenciario, como la liberación condicional o semilibertad, es la evaluación del juez, y no la opinión que sobre este tema tengan las autoridades competentes del Instituto Nacional Penitenciario, la cual solo tienen un valor indiciario. Y es que si se admitiera que lo verdaderamente predominante para la concesión es el informe favorable expedido por el INPE en torno a si se cumplieron los fines de la PENA, y se redujera la labor del Juez a evaluar solo si se cumplió el plazo que la ley exige como mínimo para su otorgamiento, entonces, se desvincularía al juez de la verificación de una tarea que constitucionalmente le compete".*

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en el Pleno Jurisdiccional del Expediente N° 0012-2010-PI/TC; acerca de los Beneficios Penitenciarios, configuración Legal y Fin Resocializador del Régimen penitenciario. En efecto, en el ítem N° 69 ha señalado lo siguiente: *"En efecto, la referida disposición constitucional obliga a asegurar un régimen penitenciario orientado a la resocialización del penado, entendida esta como la situación en virtud de la cual el ser humano no solo ha internalizado y comprometido el daño social generado por la conducta que determino, sino que además es representativa de que su puesta en libertad no constituye una amenaza para la sociedad, (...). En el ítem N° 80 ha dicho: "La concesión de estos beneficios penitenciarios está condicionada al cumplimiento de ciertas formalidades previstas en la legislación, distintas en cada caso. No obstante, a juicio del Tribu-*

*nal Constitucional, al incidir sobre la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad, su concesión, se encuentra condicionada a un requisito adicional de carácter material: el penado debe encontrarse rehabilitado, es decir, debe existir certeza de que su puesta en libertad con antelación al cumplimiento total del Quantum de la pena impuesta, no presenta en modo alguno una amenaza para la seguridad de la población ni para ningún otro derecho fundamental."*

En este punto, debe considerarse la Resolución Administrativa N° 297-2011-P-PJ de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, circular sobre la debida interpretación y aplicación de los beneficios penitenciarios de fecha 12 de agosto del 2011, en la cual ha señalado lo siguiente: *"El Juez también, y con mayor rigor jurídico, desde la perspectiva de la fundabilidad del beneficio penitenciario solicitado, debe examinar:*

- *En primer lugar, la "**naturaleza del delito cometido**"; que para su otorgamiento se debe tener en cuenta la naturaleza del delito cometido; en rigor, la gravedad objetiva y la trascendencia social del hecho punible.*
- *En segundo término, la "**personalidad del agente**", esto es, sus características individuales, en atención al delito cometido; su nivel de inserción en el mundo criminal, y los valores que lo rigen.*
- *En tercer término su **conducta en el Establecimiento Penitenciario**; y, su actitud ante el delito perpetrado y la víctima, incluyendo las acciones realizadas para reparar el daño generado.*
- *Por último, es imperativo apreciar en sus adecuados alcances la "**peligrosidad del agente**", la reincidencia y/o habitualidad. El órgano jurisdiccional ha de tener presente que la concurrencia de alguna de estas circunstancias negativas, excluye toda posibilidad de concesión del beneficio penitenciario".*

Por su parte, el Acuerdo Plenario N° 8-2011/CJ-116, ha precisado que: *"La concesión de tales beneficios es una facultad legal exclusiva del órgano jurisdiccional competente, que exige la veri-*

LEGALES EDICIONES

*ficación de concretos y específicos requisitos legales, los cuales, entre otros, aluden a periodos de cumplimiento efectivo de las penas impuestas, y buena conducta. Éste último requisito se conecta más con la personalidad del individuo y su evolución y comportamiento que con las circunstancias materiales en que se va a desenvolver la vida en libertad (...). La personalidad del penado es fundamental, pues es diferente un delincuente por convicción –caso del terrorista, un delincuente integrado a una organización criminal, un delincuente de carrera delictiva, un delincuente sexual, un delincuente ocasional o, entre otros, un delincuente pasional o con serias perturbaciones derivadas de la ingesta de drogas o alcohol".*

## 2. LA PROHIBICIÓN DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS EN DETERMINADOS DELITOS

El Congreso de la República cuando le ha tocado reformar el sistema legal-penal siempre ha mantenido su afán de aumento de penas en los delitos de la Parte Especial o legislación especial, pero quizá inconscientemente cuando se eleva las penas de los delitos llamados "convencionales" o "violentos" se está creando un nuevo problema para el sector penitenciario: ya que los posibles procesados serán susceptibles de estar detenidos bajo la prisión preventiva –por el aumento en los marcos penales– y obviamente si son condenados por el Poder Judicial quedarán también internados en un centro penitenciario –por el aumento en los marcos penales y no sujeto a pena suspendida–, ya que la estadística demuestra que más de la mitad de la población carcelaria de este país, lo conforman los internos sin condena.

Uno de los temas impostergables que competen a la administración de justicia concebida de manera integral se concentra en la problemática penitenciaria. El hacinamiento, la corrupción, la sobrepenalización, la falta de políticas penitenciarias eficaces y estables, entre otros temas, han provocado el colapso del sistema penitenciario nacional. Desde que la pena privativa de libertad surgió allá por el Siglo XVIII como una "alternativa" a las penas corporales que se ejercía en la Europa Inquisitiva, el derecho penal, al parecer habría encontrado la ansiada solución a la legitimidad de la sanción penal: ya no se hacia el "cuerpo" sino

LEGALES EDICIONES

hacia la "libertad" de la persona. Finalmente nos dimos cuenta que aquello que parearía una excelente solución en aquella época finalmente fue la espada de Damocles del Derecho penal y penitenciario, pues hasta ahora la cárcel ha sido motivo de cuestionamientos "mediáticos" y "jurídicos", ya que en casi todos los delitos que se cometen, la ciudadanía pide que a los sujetos se les prive de su libertad de por vida (por ejemplo piden cadena perpetúa para delitos que en realidad no lo merecen rompiendo las regla básicas de la proporcionalidad), hasta producirse los terribles hacinamientos en los centros penitenciarios del país.

Actualmente se considera que la importancia teórica y práctica de la pena se manifiesta en la necesidad de protección de bienes jurídicos, de ofrecer la garantía para el delincuente así como para la propia sociedad de que el Estado sólo intervendrá en su conveniencia, en la medida de lo necesario para mantener el orden establecido y que la aplicación de la pena debe ejecutarse en armonía con la proporcionalidad y las exigencias de prevención general y especial[47]. Que la pena privativa de libertad cumpla efectivamente su cometido constitucional (artículo 139, inciso 22) y legal (artículo noveno del Título Preliminar del Código Penal) y del Código de Ejecución Penal y su Reglamento, cual es el reeducar y de reincorporar al penado a la sociedad, es el gran reto (institucional y legal) de cualquier reforma penitenciario en un país civilizado[48].

---

47 PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, 3° Ed. Corregida y Aumentada, Lima, 1997, p. 98. De la misma opinión: BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2002, pp. 104-107.

48 El artículo 11 del Código de Ejecución Penal, establece cuales son los criterios para la separación de los internos en un Establecimiento Penitenciario, dicho criterio se sostiene en uno de los objetivos que persigue la pena que es la resocialización del interno. En el entendido que es deber del Estado proteger y brindar seguridad al interno desde que entra en su ámbito de custodia al ser recluido en un Establecimiento Penitenciario, es también su deber el brindarle condiciones mínimas para que éste ingrese al mismo a reeducarse en su rol como miembro de la sociedad, de la cual fue apartado por no respetar las normas de convivencia, como el respeto al derecho de los otros que son como él. Sin embargo y tal como se ha expuesto previamente, nuestro Sistema Penitenciario atraviesa por una grave crisis de sobrepoblación de internos. Como resultado de ello se hace imposible el evitar la contaminación criminógena del procesado o sentenciado, que

LEGALES EDICIONES

La comisión de algunos hechos delictivos genera una gran alarma social y, además, el reproche de la colectividad respecto del autor, como en los casos de delitos de terrorismo, donde se vulnera un bien jurídico de carácter colectivo ("Tranquilidad Pública"). En estos casos se espera que la sanción que la ley establece reparar el daño causado, lo que puede significar la privación de su libertad ambulatoria, vía sentencia condenatoria. En este orden de ideas existe en nuestro ordenamiento jurídico los llamados *beneficios penitenciarios* para aquellas personas que han sido condenados por un delito. Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que los beneficios penitenciarios "... *son considerados como garantías que coadyuvan a la reinserción del interno en la sociedad*" (véase: Sentencia del Tribunal Constitucional N° 000332007-PI/TC). No constituye, por tanto, un derecho que pueda ser exigido por el solo motivo de reunirse los requisitos formales. Por el contrario, el juez de ejecución ejerce una potestad discrecional al conceder un beneficio, que por lo demás debe estar debidamente motivada y acorde a la relación que, además de la resocialización, algunos beneficios tienen con otros bienes constitucionales tales como la dignidad humana entre otros; por ello además del cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley, se debe tener en cuenta la personalidad del agente y los bienes que se busca proteger" (sentencia TC N° 00033-2007-PI/TC).

---

no es otra cosa que el aprendizaje "dentro del Establecimiento Penitenciario" de nuevas conductas delictivas o mejores y más depuradas técnicas para perpetrar un delito, la adopción de los usos, costumbres, valores, normas y cultura general de la prisión, es decir, la asimilación o interiorización de la subcultura carcelaria; todo ello, a raíz de su convivencia con otros internos cuyo grado de desadaptación social es mucho más grave y merece otro tipo de tratamiento. A partir de ello, tenemos que por lo general el resultado de la pena dista abismalmente de sus objetivos, por lo que estaríamos hablando de que "en la práctica", los únicos fines de ésta serían el castigo al delincuente y la protección de la sociedad al aislar al desadaptado; todo ello, con la posibilidad de que una vez cumplida su condena este retorne de donde fue apartado, en el mejor de los casos, en condiciones similares. Estos problemas son particularmente más manifiestos en la población penitenciaria de la Región Lima del Instituto Nacional Penitenciario, ya que del universo de internos a nivel nacional, que asciende a un total de 44,607, la Región Lima del Instituto Nacional Penitenciario contiene a 23,242, lo que significa más del 52.1 % de la misma.

LEGALES EDICIONES

Sin embargo, debemos advertir que nuestro máximo intérprete de la Constitución ha señalado que los beneficios penitenciarios: *"No constituyen, por tanto, un derecho que pueda ser exigido por el solo motivo de reunirse los requisitos formales. Por el contrario, el Juez de ejecución ejerce una potestad discrecional al conceder un beneficio, que por lo demás debe estar debidamente motivada y acorde a la relación que, además de la resocialización, algunos beneficios tienen con otros bienes constitucionales tales como la dignidad humana entre otros; por ello además del cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley, se debe tener en cuenta la personalidad del agente y los bienes que se busca proteger* (véase: Sentencia del Tribunal Constitucional N° 000332007-PI/TC). En tal sentido, en determinadas circunstancias cuando un interno que ha sido condenado por un delito (en este caso de terrorismo) y que ha mostrado una evidente peligrosidad no sólo para los demás individuos, sino hacia el propio Estado; los llamados "Beneficios Penitenciarios" podrán relativizarse, y por consiguiente se podrá realizar algunas diferencias en función a las finalidades político-criminales del Estado para precisamente cautelar otros derechos fundamentales de naturaleza colectiva, como podría ser la "seguridad ciudadana" o el mismo bien jurídico que se protege en los delitos de terrorismo: "Tranquilidad Pública".

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente, *"Antes de proceder a realizar el test de proporcionalidad a fin de establecer si estas restricciones vulnera el principio derecho de igualdad, es necesario recordar que este Tribunal ha establecido que el tratamiento diferente de los internos no vulnera per se este principio, así estableció que: "Régimen penitenciario y tratamiento diferenciado. Es cierto, que así como el ius puniendi del Estado puede manifestarse en distintas intensidades, pues el grado de severidad sancionadora puede variar en proporción directa a la gravedad del delito cometido, también es posible que las condiciones en que el individuo debe cumplir la pena puedan ser distintas en atención a las particulares circunstancias que rodean el caso de cada sentenciado, es decir, en atención al margen de peligrosidad que pueda ser deducido de sus características personales,*

*su comportamiento, antecedentes penales, especial gravedad del ilícito cometido, etc. No obstante en ningún caso puede justificarse la degradación del ser humano, de lo contrario el Estado, lejos de actuar como promotor de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, se convertiría en un colaborador del acrecentamiento de la desviación social del condenado, negándole su condición de ser humano.*" (véase: Sentencia del Tribunal Constitucional N° 000332007-PI/TC).

## 3. ALGUNAS SOLUCIONES

No basta una adecuada política sancionadora de conductas previamente tipificadas como delictivas, es necesario iniciar un proceso ordenado de saneamiento integral del sistema carcelario, buscando una auténtica readaptación, y posterior resocialización del interno para incorporarlo a la actividad social y económica de la Nación.

Que la pena privativa de libertad cumpla efectivamente su cometido constitucional (artículo 139, inciso 22) y legal (artículo noveno del Título Preliminar del Código Penal) y del Código de Ejecución Penal y su Reglamento, cual es el reeducar y de re-incorporarlo al penado a la sociedad, es el gran reto (institucional y legal) de cualquier reforma penitenciaria en un país civilizado.

En consecuencia, una política penitenciaria debe reforzar: primero el sistema de educación y trabajo del penado como mecanismos de beneficio que le otorga el Estado al penado; debe priorizar el reducir la población y hacinamiento carcelario lo cual no es solo competencia del Instituto Nacional Penitenciario (no sólo es hacer nuevos centros penitenciarios, con servicios de lujos), sino también es competencia del Congreso de la República en su función de legislador penal, es decir, ser más racional y coherente en la determinación de los marcos penales que le imponen a los delitos, respetando el principio de la Humanidad de las penas.

También debe de señalarse que una de las posibles soluciones para paliar la problemática de la cárcel en el Perú es la imple-

LEGALES EDICIONES

mentación de la denominada "vigilancia electrónica" que es relativamente nueva, sobre todo, en Latinoamericana. Los primeros países en utilizarla no llevan más de 5 años desde que iniciaron sus pruebas. Entre estos se encuentran España, Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Portugal y Uruguay. Sin embargo, los resultados son óptimos desde el punto de vista de la re-educación del interno para con la sociedad.

En otras palabras, la creación de la vigilancia electrónica personal tendrá que tener importantes modificaciones en el Código Penal, en el Código Procesal Penal y en el Código de Ejecución Penal. En ese sentido, la propuesta legal tendrá que impactar en el sistema penal en tres niveles importantes que a continuación lo describiremos:

a) Para el caso de procesados, la vigilancia electrónica personal es una modalidad de restricción del mandato de comparecencia que será dispuesta por el Juez de oficio o a petición de parte, a fin de garantizar la permanencia de los mismos en el proceso[49].

b) Para el caso de condenados, la vigilancia electrónica personal es una alternativa a la pena privativa de libertad impuesta por conversión luego de una sentencia condenatoria impuesta por un juez, a fin de garantizar el cumplimiento de la pena y la resocialización del condenado.

c) Para el caso de condenados que obtengan los beneficios penitenciarios de semi-libertad o liberación condicional, la vigilancia electrónica personal es un mecanismo de monitoreo que será impuesta por el Juez, a solicitud de parte, a fin de garantizar el cumplimiento de la pena y la resocialización del condenado.

49 El Nuevo Código Procesal Penal del 2004 en el artículo 287, numeral 1, en cuanto a la **comparecencia con restricciones** autoriza expresamente al Juez Penal a utilizar alternativamente **alguna técnica o sistema electrónico o computarizado** que permita controlar el no exceso de las restricciones impuestas a la libertad personal. En consecuencia, el uso de la vigilancia electrónica personal para la detención domiciliaria y la comparecencia con restricciones tienen **base y legitimidad legal** en nuestro sistema jurídico procesal que de manera progresiva se está aplicando en nuestro país.

LEGALES EDICIONES

## VI. LA CRIMINOLOGÍA

*"Los actuales delincuentes de "cuello blanco" son más reposados y menos directos que los "barones ladrones" del siglo pasado, pero no menos delincuentes. La delincuencia ha sido demostrada una y otra vez en las investigaciones de oficinas de terrenos, ferrocarriles, seguros, municiones, bancos, utilidades públicas, la bolsa, la industria petrolera, la industria constructora, receptorías, bancarrotas y política. Cuando los contratos del correo aéreo fueron cancelados debido a sobornos, Will Rogers dijo: "Espero que no encierren toda industria donde encuentren trampa arriba", y Elmer Davis dijo: "Si van a cerrar toda industria donde encuentren trampa arriba tendrán que cerrarlas todas".*

SUTHERLAND, Edwin H. [1999]. *"El delito de cuello blanco"* [Trad. del inglés de Rosa del Olmo]. Edición y prólogo de Fernando Álvarez-Aría. Madrid. Piqueta, p. 66.

### 1. CONCEPTO

Para Zaffaroni la criminología es el saber (conjunto de conocimientos) que nos permite explicar cómo operan los controles sociales punitivos de nuestro margen periférico, qué conductas y actitudes promueven, qué efectos provocan y cómo se los encubre en cuanto ello sea necesario o útil para proyectar alternativas menos violentas que las existentes y más adecuadas al progreso social.[50] Si me preguntan –dice Silvestroni– qué es la Criminología en la actualidad diría que: a) preponderantemente es un conjunto de opiniones políticas sobre la sociedad, las relaciones de poder, los conflictos humanos y el sistema penal en particular; b) incluye explicaciones empíricas sobre esos mismos tópicos; y c) en sus vertientes más avanzadas e ingenuas tiene una pretensión conceptualista y totalizadora de claro corte autoritario.[51]

50 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Aproximación desde un margen*, Edit. Temis S.A., Bogotá, 1998, p. 20.

51 SILVESTRONI, 2004, p. 99.

LEGALES EDICIONES

García Pablos de Molina señala que "La Criminología como ciencia empírica e interdisciplinaria, que se ocupa del estudio del crimen, de la persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo, y trata de suministrar una información válida, contrastada, sobre la génesis, dinámica y variables principales del crimen –contemplado éste como problema individual y como problema social–, así como sobre los programas de prevención eficaz del mismo, las técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente y los diversos modelos o sistemas de respuesta al delito".[52] Según García Cavero "La Criminología es la ciencia que se ocupa fundamentalmente de determinar las posibles causas de criminalidad, así como las diversas manifestaciones del delito como fenómeno empírico (características, regularidad, circunstancias, etc.). Los estudios criminológicos no se reducen a abordar los aspectos generales del fenómeno criminal, sino que tocan otros datos fácticos de la criminalidad, como su medición, los llamados correlatos del delito (edad, sexo, estado social, etc.)[53]".

El concepto de delito viene marcado por el Derecho penal que, al mismo tiempo, delimita el objeto de la Criminología[54]. Pero por otro lado, el objeto de la criminología no puede limitarse ni depender de las cambiantes normas legales, ni la criminología misma puede convertirse en una simple ciencia auxiliar del Derecho penal. Si se le quiere atribuir una importancia autónoma, debe extender su interés más allá de los estrictos límites de las normas jurídico-penales[55].

52 GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio; *Criminología*, Edit. Fondo Editorial del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales del Centro de Educación Continúa, Lima, 2008, p. 01.

53 GARCIA CAVERO, Percy; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General,* Edit. Grijley, Lima, 2008, p. 12.

54 MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes; *Derecho Penal. Parte General,* Edit. Tirant lo Blanch; Valencia, 2002, p. 189.

55 MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, 2002, p. 189. Los mismos autores sostienen que: "Las explicaciones criminológicas de la conducta punible no tienen que limitarse a la punibilidad misma, sino que también deben valorar los cambios que se producen en la punibilidad, las razones por las que se consideran punibles unas conductas y no otras y,

La Criminología se trata de una ciencia de extrema utilidad en los procesos de reformas penales. Todo proceso de reforma penal requiere partir de una fase empírica de conocimiento de la realidad criminal de la sociedad a la que se dirige la norma penal. Sobre la base de este conocimiento científico-criminológico deben valorarse las opciones político-criminales que precedan a la decisión técnico-jurídica que se plasme en la ley[56]. En tal sentido, *pensar en un Derecho penal sin Criminología es algo psicótico*; un Derecho penal que prescinda de esta información no puede decidir tomando en cuenta las consecuencias sociales reales de lo que programa, quedando reducido a una pura lógica normativa (del deber ser) que a su vez presupone como objetivo otra norma (un pretendido deber ser de la pena), o sea, que se aísla en un mundo virtual que lo separa de lo que es (el único mundo real) cayendo en una autosuficiencia de imprevisibles consecuencias prácticas.[57]

En resumen, la Criminología tradicional es, resumidamente, uno de los discursos que organizan la percepción de la realidad y el sentido de la acción; se distingue de otros porque tiene un objeto/objetivo específico: se ocupa del crimen (o la conducta desviada) y de cómo éste(a) es castigado(a). No es posible calificarla como una ciencia y que, en definitiva, se trata de una disciplina que, si se asume como política, se niega como ciencia, y si se asume como ciencia, degrada su propia dignidad[58]. Empero, sí cuenta con diferentes técnicas de la investigación criminológica que incluye al método estadístico, la técnica de la entrevista, el

---

sobre todo, investigar en qué se diferencian las infracciones de las normas penales y las infracciones de otras normas de conducta".

56 CALDERÓN CEREZO, A. / CHOCLÁN MONTALVO, J. S.; *Derecho Penal. Parte General,* Tomo I, Edit. Bosch, Barcelona, 2001, p. 34. Estos autores señalan además: "Así, por ejemplo, la criminología ha incidido de forma relevante en la elevación de la mayoría de edad penal a los dieciocho años, en la necesaria instauración de un derecho penal juvenil, y en la atención que el nuevo Código otorga a la víctima potenciando mecanismos de reparación del daño derivado del delito".

57 Véase, en este sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Estructura Básica del Derecho Penal,* Buenos Aires, 2009, p. 37.

58 SILVESTRONI, Mariano; *Teoría Constitucional del Delito,* Edit. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 98.

LEGALES EDICIONES

cuestionario, la observación, el análisis de los datos (ordenación y descripción de los mismos), etc.[59]

En la actualidad la Criminología tiene por objeto tanto el comportamiento del autor como el de los órganos de control social. Por eso se ha dicho que las teorías de la Criminología no son ya de la criminalidad sino de la criminalización. Por tanto, se habla hoy de una criminología de la reacción social frente al delito (*"labelling approach"* o teorías de la reacción social), que extiende su objeto al fenómeno de la aplicación de las leyes y la actuación de la policía, la fiscalía y los Tribunales que asignan o atribuyen el estatus criminal (así, por ejemplo, se considera que el control social se dirige a las clases marginadas y es por ello que revelan las más altas tasas de criminalidad).

Como síntesis de lo expuesto, puede decirse que la investigación criminológica ha evolucionado y experimentado una ampliación de su objeto. Desde una etapa científica preocupada en exclusiva por la persona del delincuente (criminología positivista tradicional), extiende hoy su preocupación a la víctima del delito y a la relevancia del control social.[60]

En ese sentido, debemos de manifestar que la función del "jurista" es diferente de la del "criminólogo"[61], pero las dos perspectivas no pueden estar divorciadas si es que se busca legislar adecuadamente sobre problemas concretos de la realidad criminal de un país. También es cierto que la función del Derecho Penal pretende ser "disuasiva" de la criminalidad, y que éste tiene sus propios objetivos y limitaciones, fruto de la propia racionalidad jurídico-penal.

59 VILLAVICENCIO T., Felipe, *Introducción a la Criminología*, Edit. Grijley, Lima, 2000, p. 06.

60 CALDERÓN CEREZO A. y CHOCLÁN MONTALVO, J. S.; *Derecho Penal Parte General.* Tomo I; Edit. Bosch, Barcelona, 2001, p. 35.

61 Para ilustrar mejor las diferencias entre el enfoque más empírico, inductivo, descriptivo e interdisciplinario de la Criminología, frente al enfoque más teórico, deductivo, prescriptivo y estrictamente jurídico del Derecho Penal, se puede consultar el libro clásico de Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, que ha actualizado y reeditado en el Perú, como Edición Castellana para América Latina: *Criminología: Una introducción a sus fundamentos teóricos*, Lima, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales 2006.

LEGALES EDICIONES

## 2. RELACIONES ENTRE LA CRIMINOLOGÍA, EL DERECHO PENAL Y LA POLÍTICA CRIMINAL

Como sabemos, las relaciones entre el Derecho (penal) y la Criminología fueron diseñadas exitosamente por el Profesor alemán Franz von Liszt. Este autor propuso el enfoque denominado "Ciencia total (o ciencia integrada) del Derecho penal. Según sus objetivos, ella debía abarcar los trabajos de la antropología criminal, de la psicología criminal y de la estadística criminal, en sociedad con el Derecho penal. Para impulsar tales ideas, fundó, en 1881, la llamada Revista para la ciencia total del Derecho penal".[62] Estimo que más correcto es hablar de interdisciplinariedad, que de criminologías en plural, por cuanto no hay prueba definitiva de que el fenómeno del crimen, su control y efectos humanos y sociales puedan ser interpretados de modo excluyente y totalizador con los recursos teóricos propios (y exclusivos) de una sola ciencia social específica. En todo caso, la Criminología sería una disciplina colectiva, mejor estructurada desde lo epistemológico, que es la única que puede asegurar la distancia crítica indispensable respecto de cualquier sistema penal que se someta a estudio hoy o mañana, porque los sistemas penales son histórica y políticamente contingentes, y su análisis externo no puede depender de una circunstancial fuerza de ley vigente.[63]

Sin embargo, desde la irrupción del neokantismo y su distinción entre ciencias causales y culturales, quedaron delimitados definitivamente los campos de la Criminología y de la ciencia del Derecho penal. Aquella es una ciencia causal-explicativa de la delincuencia y ésta una normativa del mismo fenómeno; también el método es distinto: la criminología, como acabamos de ver, emplea los métodos propios de las ciencias naturales y sociales, la ciencia del Derecho penal se sirve de un método lógico-jurídico. A pesar de esta separación existe, sin embargo, un nexo

62 ELBERT, Carlos; "¿Disciplina autónoma o apéndice del Derecho Penal?", en: *La Cultura Penal. Libro Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, edit. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 322.

63 ELBERT, 2009, p. 326.



LEGALES EDICIONES

de unión entre ambas, representado por el objeto común: el delito, y una misma aspiración: la lucha contra la delincuencia.[64]

En todo caso, lo que debe quedar en claro es que existen razones de tipo práctico de las relaciones entre el Derecho penal y la Criminología. Muchas veces el Legislador penal emplea conceptos y expresiones que sólo pueden entenderse con ayuda de la criminología, pues en ella tienen su origen; así, por ejemplo, el concepto de habitualidad, peligrosidad, proxenetismo, etcétera.

La importancia de la Criminología para las ciencias jurídico-penales, es que si el Derecho penal no produce el efecto real de reducir o mantener las cuotas de criminalidad en límites socialmente tolerables, entonces no hay justificación para mantenerlo en vigencia. Tendría que ser reemplazado por algo más efectivo. En este orden de ideas, presupuesto para la existencia del Derecho penal es que éste despliegue consecuencias empíricas en relación con el control del problema social de la criminalidad. Y precisamente para la determinación de este aspecto empírico del sistema penal resultan decisivos los estudios criminológicos.[65]

En definitiva, la Criminología –en cualquiera de sus concepciones– tiene y debe servir de "puente" entre el Derecho penal y la Política Criminal; en el sentido que por ejemplo el objeto de conocimiento de las normas penales –cuando se habla de normas penales se habla en sentido amplio, abarcando a las normas procesales y de ejecución– tiene que estar, previamente premunido, de algunos resultados empíricos concretos de la Realidad, de lo que va pasando en una determinada Sociedad, es decir, por ejemplo para agravar por encima del límite máximo establecido la conducta del condenado por el grado de reincidencia o habitualidad de algunos eventos delictivos, es porque en la realidad existen personas que no se habitúan a la normalidad en el Derecho, que por el contrario, persisten en la agresión intencional de las normas de convivencia social, por lo tanto el Derecho (penal) debe hacer frente ante tal situación, y la tendencia ha sido

64 MUÑOZ CONDE, Francisco; *Introducción al Derecho Penal*, Edit. IB de F, Buenos Aires, 2001, p. 203.

65 En este punto, véase: GARCÍA CAVERO, 2008, p. 16.

LEGALES EDICIONES

la agravación de la sanción jurídico-penal y prohibiendo legalmente beneficios penitenciarios para algunos delitos; o aquella reforma que incorporó la Cadena Perpetua al Código Penal para algunos delitos gravísimos, donde el encerramiento de por vida del condenado sería la respuesta punitiva más adecuada para el "resguardo" de la Sociedad[66].

En estos dos ejemplos expuestos se puede percibir claramente la influencia enorme de la Criminología, en este caso, del resultado del sistema general sancionatorio –y la determinación judicial de la pena– de nuestra actual legislación penal –y que en todo caso tiene legitimidad en la Sociedad–; y todo ello debe responder a una Política criminal del Estado, que puede ser de corte intervencionista –y por supuesto de mantenimiento del Estado de Derecho– o de una Política criminal de corte garantista, de respeto irrestricto de los Derechos fundamentales; así las cosas, la Política criminal marca el sendero, se trata de la brújula donde aspira alcanzar cualquier Derecho penal, y por ende de la Criminología, en un Estado de Derecho. En definitiva, un Derecho penal sin base criminológica se trata de un Derecho penal superfluo; y por otro lado, un Derecho penal sin objetivo político-criminal se trata de un Derecho penal sin norte.

66 Aquí se puede percibir una evidente dicotomía "interna" entre los postulados criminológicos-empíricos con los postulados jurídico-constitucionales: como es sabido, los fines de la sanción penal en el Perú lo constituye la resocialización e incorporación del condenado en la Sociedad (artículo 139, inciso 22); sin embargo, la realidad demuestra, a través del conocimiento de la Criminología, que las personas que son proclive y que cometen delitos considerados gravísimos (por ejemplo violación sexual de menores seguido de muerte, o integrar una organización criminal para cometer delitos de robo) necesitan de una respuesta inmediata y acorde con esa gravedad delictiva que se ha cometido, y lo más usual sería incorporar penas largas de privación de libertad o Cadena perpetua; tanto en uno como en el otro caso, lamentablemente no se condice con los fines (constitucionales) de la pena. La idea sería buscar el "punto medio" de equilibrio entre la respuesta (punitiva) del Estado, sin quebrantar ideales jurídico-constitucionales. En todo caso, la pregunta que debe hacerse (que involucraría a Políticos, Legisladores, Magistrados, Policías, Periodistas, entre otros) es si existe alguna relación –o disociación– de la teoría de las penas, sobre todo con la prevención general de la pena –negativa– con los respectivos resultados de la Criminología, ya que en los últimos tiempos el "terror", el "temor" de la pena –por ejemplo con penas que superan los veinticinco años de privación o con la pena de Cadena Perpetua– para con la Sociedad, es lo que ha marcado el hilo conductor de las reformas penales en el Perú.

LEGALES EDICIONES

Una crítica severa es la que ha realizado Alberto Binder en relación a las relaciones existentes entre la Criminología, el Derecho penal y la Política criminal. Así señala el profesor argentino que "...no sólo la dogmática penal ha cerrado el paso a la Política Criminal. De modo más intenso lo ha hecho la Criminología, hasta el punto de que muchos todavía hablan de política criminológica, como sinónimo de una "política criminal de base científica"[67]. Al igual que la dogmática penal, –continúa Binder– que pretende hacer política criminal con conceptos jurídicos, la criminología pretende hacerlo mediante una trama abierta de conceptos que quizá solo tengan como común denominador y no hacerse cargo de las condiciones reales de formulación y ejecución de las políticas y de la necesidad de elaborar un marco analítico que ayude a lograr las finalidades asumidas. De esta manera, ambas sin quererlo y en contra de sus propios postulados, han empobrecido el desarrollo de la política criminal".[68]

Empero, quien mejor ha perfilado la relación entre el Derecho penal y la Criminología es el maestro Jiménez de Asúa, quien decía con cierta elegancia, lo siguiente: "A nuestro entender la Criminología es una ciencia que además, como hemos anticipado, está llena de promesas. Hoy, por múltiples causas, entre las que descuella justamente la hibridez del positivismo que mezclo la Criminología y el Derecho Penal, tiene aún escaso contenido de problemas auténticos; pero el devenir del tiempo irá llenando su nombre con asuntos científicos numerosos, mientras el Derecho Penal verá reducido su ámbito. *Por eso nos hemos permitido profetizar que llegará un momento en que la "Criminología" se tragará al Derecho Penal.*[69] (las cursivas son mías)

---

67 BINDER, Alberto; *Análisis Político Criminal,* Edit. Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 51.

68 BINDER, 2011, p. 55. Agrega este mismo autor que: "La criminología o la sociología del control penal debe describir, explicar y criticar en profundidad el funcionamiento real del sistema penal y con ello proveerá de ideas para su transformación o supresión, pero debe dejar que otra disciplina construya el saber necesario para el desarrollo práctico de la Política Criminal; disciplina que debe tener la capacidad de elaborar ordenadamente los conceptos que necesita actualmente la formulación, ejecución y evolución de una política pública moderna, sometida a las condiciones y exigencias de una sociedad democrática".

69 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; *Tratado de Derecho Penal,* Tomo I, Edit. Losada S., Buenos Aires, 1964, p. 109. Este mismo autor: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; *Problemas de Derecho Penal,* Edit. Ediciones Jurídicas, Lima, 1987, p. 21, nos decía que la: "Criminología y Derecho

LEGALES EDICIONES

## 3. LA CRIMINOLOGÍA POSITIVISTA

La exploración del camino del crimen es lo que concede a la Criminología su modelo científico, que transcurre dentro de lo que ha sido denominado habitualmente paradigma etiológico. El discurso parte de la concepción de la ciencia, dominante en la época de la construcción del saber criminológico, que va desde los inicios del siglo XIX hasta la primera edición de *l'uomo delinquente*, de Cesare Lombroso[70], en 1876, según la cual los fenómenos observables en el mundo respondían a una serie causal que podía ser identificada y explicada.[71]

---

Penal son dos conocimientos que viven su mundo aparte, tan distintos que el día en que los criminólogos acaben de construir su disciplina y las gentes profanas tengan fe en ella, como la tienen hoy en la medicina, el derecho penal habrá muerto. Pero mientras llega ese instante –de venturosas posibilidades– no se puede abandonar el estudio de la técnica jurídica, so pretexto de que hay una ciencia llamada Criminología. El criminalista de hoy cultiva los dos campos con apasionada devoción, pero no los confunde en estos días propicios a especialidades". Y quien también ha evidenciado la relación entre la Criminología, Política Criminal y Penología, es VON LISZT, Franz; *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Edit. Hijos de Reus, Madrid, 1998, p. 3: "El conocimiento de la pena como uno de los medios para la lucha contra el crimen, puesto en manos del Estado, nos lleva más allá del Derecho vigente. Este conocimiento nos acerca a la cuestión del fundamento jurídico y de los fines del poder penal así como del origen y de la naturaleza del crimen. La solución científica de estas cuestiones es objeto de la POLÍTICA CRIMINAL, *que estriba en la criminología* y la penología". (Las cursivas son mías).

70 Nace en Verona el 6 de noviembre de 1835, sus padres Zefora Levi y Aarón Lombroso, comerciantes israelitas, estudia medicina en Pavia, tiempo después continúa sus estudios en Padova y Viena, finalmente se titula en Pavia en 1858; un año después se convierte en cirujano por la Universidad de Génova y en el mismo año entra al ejército como médico militar. Los años posteriores entre la milicia, los primeros escritos y participaciones en clínicas e institutos contra la delincuencia, recibe en 1867 el premio del Real Instituto Lombrado de Ciencias y Letras. Se casa con Niña Debenedetti en 1870 año en el que descubre el atavismo en el cráneo del ladrón Villela, en 1878 su libro *Genio y locura* está en la tercera edición, y el *Hombre delincuente* tiene un éxito internacional, es profesor de la Universidad de Génova. En 1880 funda con Garófalo el Archivo de psiquiatría, antropología criminal y ciencias penales. En los siguientes diez años aumenta su producción literaria: La mujer delincuente, Grafología, El delito político, Demasiado presto (críticas al Código Penal Zanardelli). En 1896 es nombrado profesor de psiquiatría en Turín. En el año de 1906 se celebra el IV Congreso de Antropología Criminal que festeja los éxitos de Lombroso. Muere el 19 de octubre de 1909 dejando escrito en su testamento que sus restos podrían ser donados a un museo. Flavio Carola cuenta como un estudio al cráneo de Lombroso demostró que éste entraba en los parámetros que él mismo había fijado para el delincuente nato (cfr. Carola, Flavio, *Storia della fisiognoamica: arte e psicología di Leonardo a Freud*, Milano, Leonardo, 1995).

71 VIRGOLINI, Julio; *La Razón Ausente*, Edit. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 47.

LEGALES EDICIONES

Durante muchas décadas el discurso jurídico-penal predominante fue el positivista peligrosista, integrado con la Criminología de esa vertiente, pero, superada esta etapa, pasó a asentarse sobre una base neo-kantiana heterodoxa, que tomó elementos de cualquiera de las variables del neo-kantismo, en la medida en que le fueron útiles. Recién en las dos últimas décadas, con gran resistencia y admitiendo más las consecuencias dogmáticas que la base realista, sufrió un relativo resquebrajamiento con la introducción del finalismo.[72]

Cuando se habla de Escuela Liberal Clásica como de un antecedente o como de la Ley "época de los pioneros" de la moderna Criminología, se hace referencia a teorías sobre el crimen, sobre el Derecho penal y sobre las penas, desarrolladas en diversos países europeos en el siglo XVIII y principios del siglo XIX, en el ámbito de la filosofía política liberal clásica. Se hace referencia, particularmente, a la obra de Jeremy Bentham en Inglaterra, a la de Anselm von Feuerbach en Alemania, a la de Cesare Beccaria y de la Escuela Clásica del Derecho penal en Italia.

Cuando se habla de la Criminología positivista como de la primera fase de desarrollo de la Criminología entendida como disciplina autónoma, se hace referencia a teorías desarrolladas en Europa entre fines del siglo XIX y comienzos del XX, en el ámbito de la filosofía y de la sociología del positivismo naturalista[73]. Con ello se alude, en particular, a la escuela sociológica francesa (Gabriel Tarde) y a la escuela sociológica en Alemania (Franz von Listz), pero especialmente a la escuela positi-

72 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *En Busca de las Penas Pérdidas,* Edit. Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 45. Agrega ZAFFARONI, que: "En un marco jurídico más amplio, el neo-Kantismo fue el recurso más comúnmente usado para legitimar en América Latina los regímenes de "facto" su legislación (incluso su legislación penal) y los mismos "actos constitucionales" de los poderes de "facto". Igualmente, Latinoamérica conoce desde siempre el fenómeno del constitucionalismo formal con dictadura real, y también estas modalidades de terrorismo de Estado apelan a la escisión que el neo-Kantismo provoca entre realidad y normatividad".

73 Véase, en este sentido: BARATA, Alessandro; *Criminología Crítica y Crítica de Derecho Penal. Introducción a la Sociología Jurídico Penal,* Edit. Siglo veintiuno Editores, Buenos Aires, 2004, p. 24.

va en Italia (Cesare Lombroso, Enrico Ferri[74], Raffaele Garofalo[75]).

La Criminología etiológica latinoamericana fue primero racista (era el discurso a la media de las minorías proconsulares de las repúblicas oligárquicas, que entran en crisis a partir de la Revolución Mexicana) y luego, sin dejar de ser positivista, se convirtió en el complemento ideal del derecho penal más o menos neo-kantiano: éste sólo se ocupaba del "deber ser", con lo cual el poder señalaba los límites del saber criminológico; la criminología se ocupaba de la "etiología" de las acciones de las personas seleccionadas por el poder del sistema penal; ninguno

74 Nace en 1856, el discípulo más fiel de Lombroso y menor que el maestro (21 años). Se titula en 1877 en la Universidad de Boloña con una tesis en derecho donde asegura que el delincuente no actúa por libre albedrío y no está obligado moralmente a su propio comportamiento pero si es imputable legalmente y debe responder a la sociedad. En 1879 conoce a Lombroso en Turín y un año más tarde lo ayuda a fundar el *Archivo di psichiatría, antropología criminale e scienze penali*. Dista del maestro por su falta de sistematización en las definiciones de los delincuentes por lo que se crea una escala con diferentes tipos de estatus criminales de acuerdo con su peligrosidad, escala que influirá en Lombroso, Ferri llamará a esta escala o sistema 'sociología criminal'. En 1891 fundó la revista *Scuola positiva*. Miembro del Partido Socialista Italiano al cual se inscribió en 1893. Recorrió América Latina impartiendo conferencias en 1908 y en 1910. En 1912 fundó en la Universidad de Roma *la Scuola d'applicazione giuridico-criminale*. Murió algunos años después.

75 Nace en Nápoles, Italia, el 18 de noviembre de 1851. Desarrollo el estudio del Derecho Penal sobre nuevas bases. Antes de formar parte de la Escuela Positiva, Garófalo, había ya publicado algunos escritos que serían de mucha importancia para la nueva escuela, pues daba las bases y la orientación jurídica necesaria, además de conceptos como: peligrosidad y prevención especial y general. Para 1885 publica: *Estudios recientes sobre la Penalidad*, y en 1880 *Criterio Positivo de la Penalidad*. En 1885 sale su obra maestra: *Criminología*. Dice Gómez Grillo que si Lombroso concibió la Criminología como Antropología Criminal y Ferri como Sociología Criminal, Garófalo no va a intentar ni uno ni otro fin. Su misión consistirá en terminar de enhebrar con fríos raciocinios éticos y sociológicos, con ajustada lógica jurídica, el enjambre conceptual del novísimo testimonio científico. La gran preocupación de Garófalo fue la aplicación de la teoría Criminológica a la práctica, tanto en el aspecto legislativo como en el judicial, así, hace el primer esquema de las penas de acuerdo no al delito, sino a la clasificación del delincuente. Aparte de las diferencias filosóficas, su desacuerdo con sus colegas fue en cuanto al determinismo absoluto, que no podía aceptar, y en cuanto a la pena de muerte, de la cual Garófalo era un ferviente partidario. Garófalo participó en los Congresos Internacionales de Antropología Criminal y de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

LEGALES EDICIONES

de ambos se ocupaba de la realidad operativa del sistema penal, cuya legitimidad no se cuestionaba. El discurso jurídico-penal neo-Kantiano no corría riesgo alguno y hasta salía reforzado con el aparente apuntalamiento de los datos de una "ciencia natural".[76]

## 4. SOBRE LAS NUEVAS CONCEPCIONES DE LA CRIMINOLOGÍA. LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA

Superando los modelos de la criminología positivista o del paradigma etiológico, y de la criminología liberal, el paso a la criminología "crítica", "moderna", o de la "reacción social" tuvo lugar sobre la base de las teorías de la criminalidad y de la reacción penal fundamentadas en el *labelling approach* y las teorías conflictuales.

Desde un enfoque macrosociológico, la criminología crítica historiza la realidad de la conducta desviada y evidencia su relación funcional o disfuncional con las estructuras sociales, con el desarrollo de las relaciones de producción y de distribución.

A esta "nueva Criminología" también se le conoce con el nombre de "Criminología de control", porque en una segunda fase afirma que el manantial de la criminalidad se halla en el control social, atendido como el conjunto de instrumentos de que se vale el poder político para rechazar o neutralizar los comportamientos que estima reprochables o no deseados. Se trabaja, así, con el control social coactivo o coercitivo, directo o indirecto, elaborado y desarrollado especialmente en la mayor parte del mundo europeo. No se trata ahora, entonces, del control social motivacional o socializante, fenómeno elaborado y desarrollado desde otra óptica por la criminología anglosajona, sobre todo la norteamericana.[77] Otro factor relevante de esta época es la

76 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *En Busca de las penas perdidas,* Edit. Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 48.

77 PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando / PÉREZ CASTRO, Brenda Johana; "Panorama de la ideas criminológicas de la actualidad" en: *Dogmática y Criminología dos visiones complementarias del fenómeno delictivo, Libro Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*; Edit. Legis; Bogotá, 2008, p. 450.

LEGALES EDICIONES

irrupción del movimiento femenista que contribuyó a ampliar el objeto de estudio de la Criminología crítica.[78]

La llamada Criminología Crítica, que tiene sus sostenedores más activos en nuestra América.[79] Ya el desaparecido Profesor Bustos Ramírez, quien defendía a la Criminología Crítica, decía lo siguiente: "Entre las diferentes alternativas del enfoque, para nosotros sólo una criminología crítica frente al sistema penal tiene interés actual, pues nos permite, sobre la base de las informaciones que nos puede brindar, hacer propuestas para su mejora, que en último término redundarán en beneficio de todas las personas. El Derecho penal es un sistema cerrado de verdades incuestionables que cuentan con una retórica argumentativa que cierra toda posibilidad de desestabilización. La crítica al derecho penal, o mejor al sistema penal en su conjunto, sólo puede plantearse desde fuera del sistema penal con un enfoque que necesariamente tendrá que ser interdisciplinario, dada la complejidad del proceso de criminalización y de todos los sistemas de control social en general"[80].

En otras palabras, la Criminología Moderna fijaba su atención en otros aspectos: la búsqueda del origen del delito en el proceso de criminalización, es decir, en quien hace, en quien aplica y, en quien ejecuta la ley penal; la criminalidad no convencional, vale decir, aquella cometida por los poderosos, generalmente no descrita en la ley penal o definida pero inaplicada de hecho; y, la política criminal específicamente dirigida a restringir la fuerza

78 Véase, en este sentido: VILLAVICENCIO, 2000, p. 107.

79 Así: DONNA, Edgardo Alberto; *Teoría de la Pena y la Culpabilidad,* Edit. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 66, donde alude a que hay una nueva acechanza en contra de la dogmática jurídico-penal: La Criminología crítica. Luego este mismo autor señala en la p. 75, como conclusión lo siguiente: "Las afirmaciones sobre la nueva corriente criminológica, esto es la criminología crítica en sus diversas vertientes, aparecen como una disciplina con un objeto nuevo que de criminología sólo tiene el nombre. Ya no cuestiona, ni se ocupa del delito y sus causas, sino que se ocupa de la dogmática penal, del sistema político vigente y, en última instancia, de la política (...) La criminología crítica sólo tiene el nombre, pero no es criminología tal como se ha entendido hasta ahora, sino que bajo su ropaje aparece, en última instancia, una actitud política frente a la dogmática penal".

80 BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Lecciones de Derecho Penal, Parte General,* Edit. Trotta S.A., Madrid, 2006, p. 38.

LEGALES EDICIONES

del derecho penal a suprimirlo, a plantear medidas alternativas al mismo, a interpretarlo del lado de los desvalidos, etc.

A mi juicio, quien mejor resume las ideas de la Criminología Crítica es el Profesor Felipe Villavicencio, quien señala, resumidamente, lo siguiente: "De las diferentes corrientes criminológicas que arribaron a América Latina, diversos estudios sobre criminología tomaron el camino de las teorías de la sociedad conflictiva en el sentido de la Criminología crítica, pero adecuada a las peculiaridades propias de los países de nuestro continente. Si bien es cierto, los inicios de la criminología en Latinoamérica estuvieron vinculados al planteamiento de la criminología clásica, ello no ha desaparecido por completo, no obstante la Criminología crítica vino a rechazar esta explicación y centrar su objeto de estudio en el proceso de criminalización y en el enfoque crítico de los diversos niveles del control social, entendiendo que el Derecho Penal es sólo un factor del proceso de criminalización, y esto se observa desde la década de los ochenta (...). De manera que sus postulados no son teorías de la criminalidad sino de la criminalización. El objeto primario de la investigación criminológica no es, por tanto, el comportamiento del autor, sino el de los organismos del control social. Así, la criminología crítica sustituyó el método causal-explicativo por un método socio-político".[81]

Este concepto de la Criminología va más allá de la concepción más estrecha en cuanto "investigación empírica del delito y la personalidad del autor"; en un doble sentido, por un lado, incluye los aspectos empíricos del proceso de criminalización y, por el otro, extiende la criminología al control y a la persecución del delito. Esta ampliación del concepto de la criminología y el interés fundamental que despierta se han debido especialmente al desarrollo de la teoría del *labeling approach*[82].

81 VILLACENCIO TERREROS, Felipe, *"Presentación"* al Libro de GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio; *Criminología*, Edit. Fondo Editorial del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales del Centro de Educación Continua, Lima-2008, p. XXXVI.

82 MAURACH, REINHART, actualizado por ZIPF, Heinz; *Derecho Penal. Parte General 1*, traducción de la 7ma edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson,

LEGALES EDICIONES

Si bien esta perspectiva adicional no reemplaza al aspecto etiológico, al menos amplía y profundiza la imagen de la criminalidad y acerca a la criminología, a partir de estos planteamientos, a los problemas del procedimiento penal y la aplicación del Derecho penal, así como a planteamientos político-criminales. Especialmente, el proceso de socialización, el crecimiento del individuo hacía el interior de su entorno social y de los sistemas normativos existentes en aquél, han pasado a constituirse en el centro de la reflexión criminológica.[83]

Sabido es que la Criminología crítica, después de la caída del muro de Berlín, naufraga sin salvación[84]. No obstante los desesperados intentos de sus náufragos, los neorrealistas de izquierda, asidos a una nueva tabla de carnéades: el abolicionismo. La Criminología crítica, cargada de axiologicismo, y politizada, hizo suyo el método macrosociológico histórico materialista, pero sin manejarlo, ya se había debilitado por un verbalismo falto de contenido objetivo y de realismo.[85]

Sin embargo, el profesor Zaffaroni es quien ha insistido la existencia –o persistencia– de una Criminología aplicada desde el margen. En efecto, señala el profesor argentino que "Hace mucho que venimos insistiendo en la necesidad de teorizar la criminología desde un margen que obviamente, en nuestro caso es el de América Latina. Hemos llegado a la conclusión de que esa criminología, orientada a preservar la vida humana, debe ser

---

Edit. Astrea, Buenos Aires, p. 46. En otras palabras, "al punto de partida tradicional, en el sentido de deducir las causas de la criminalidad a partir de la personalidad del infractor, de su entorno personal y de sus condiciones sociales de existencia, se han agregado investigaciones que se remiten al influjo del proceso de criminalización desde la creación de la norma penal, hasta su imposición por las autoridades encargadas de la persecución penal, especialmente por la vía de la recepción del *labeling approac*".

83 MAURACH, REINHART, actualizado por ZIPF, Heinz, p. 48.

84 Este punto: HULSMAN, Louk; *El Poder Punitivo del Estado,* Edit. Juris, Rosario, 1993, p. 07, ha señalado que: "Se ha hablado mucho acerca de una crisis en la criminología radical; la verdad es que la crisis está en la corriente principal o hegemónica de la disciplina. Irónicamente, fue esta profunda crisis y las soluciones a la misma –tema principal en la agenda de la nueva criminología– lo que dio origen a la criminología radical".

85 Véase, en este sentido: VILLA STEIN, Javier; *Derecho Penal. Parte General,* Edit. Grijley, Lima, 2008, p. 18.

LEGALES EDICIONES

principalmente preventiva de masacres. Hablaremos largamente sobre la necesidad de contener al poder punitivo para lograr ese objetivo. La cautela en su ejercicio es la única solución cercana y, por ello, sin perjuicio del ilustre antecedente que referimos y de donde tomamos en nombre, hablaremos de una criminología cautelar.[86]

## 5. EL DELITO DE CUELLO BLANCO

Su primera formulación tuvo lugar con Edwin Sutherland, quien en 1939 desarrolló su teoría del delito de cuello blanco, al que definió como el delito cometido por una persona de respetabilidad y estatus social alto en el curso de su ocupación. Tuvo el mérito, hasta ese momento inédito salvo alguna ocasional referencia en otros autores que no tuvieron, empero, mayor trascendencia, de vincular dos nociones que hasta entonces se consideraban como pertenecientes a dos mundos separados y opuestos: clase alta y criminalidad. Luego, Sutherland dio a conocer su obra en 1950, poco antes de fallecer, en una versión autocensurada, que omitía capítulos y fragmentos donde los consorcios, objetos de investigación, eran presentados con nombres y ape-

86 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La palabra de los Muertos,* Edit. EDIAR, Buenos Aires, 2011, p. 2. Este mismo autor señala que: **La criminología teórica es casi toda central.** Es fundamental destacar en primer término que casi toda la criminología teórica proviene de los países o regiones que han dominado el planeta y, además, esa es la criminología que se difunde en las academias de los países marginales o periféricos del poder mundial. Es natural que los criminólogos de los países centrales analicen, legitimen, deslegitimen o critiquen al poder punitivo que se ejerce en sus sociedades y no en otras que les son por completo ajenas o incluso exóticas. Nosotros, en nuestro margen, hacemos lo mismo: pocos de ustedes seguirán dedicarse todo el curso a explicar legitimar o criticar el poder punitivo de Uganda.

**La criminología central es provinciana.** Pero al mismo tiempo, este localismo o provincianismo de la criminología teórica pierde de vista los caracteres universales del poder punitivo. Dicho más claramente: la cuestión criminal en los países de jardines ordenados y geométricos se ocupa del control social punitivo en conflictos propios de esos países. Pero esos países pueden tener los jardines ordenados porque hay otros muchos donde fueron arrasados y que, por ende, padecen una conflictividad que les es propia, pues en esos jardines conviven plantas originarias y malezas, aunque a veces también hay flores exóticas cuya belleza envidian los jardineros geómetras. Los jardines ordenados y los arrasados no son independientes sino interdependientes. No conviene olvidarlo. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *"La palabra de los Muertos",* Edit. Ediar, Buenos Aires, 2011, p. 03).

LEGALES EDICIONES

llidos. El enorme poder que detentaban, forzó la autocensura del autor. Recién en la edición de 1983, la Universidad de Yale dio a conocer la "Uncut versión", o sea, la versión sin cortes, que aquí presentamos, por primera vez en español, a nuestro público lector.[87]

El concepto de cuello blanco proviene de una investigación empírica realizada por Sutherland sobre novecientos ochenta decisiones tomadas por diversos Tribunales y Comisiones en contra de setenta de las grandes empresas comerciales e industriales de los Estados Unidos, con relación a una serie limitada de infracciones a normas concernientes a la actividad económica, constituidas por violaciones a la prohibición de actividades monopólicas, a las leyes contra la falsa publicidad, a las leyes sobre patentes, derecho de autor y marcas de fábrica, y a las leyes sobre relaciones laborales. El trabajo de campo verificó una cantidad importante de sentencias y decisiones condenatorias sobre este conjunto de empresas, que lo llevó a la conclusión de que las corporaciones cometen delitos en una proporción que es parangonable en cantidad y en calidad a las del delito convencional[88].

Esto representa un problema para definir el delito, que comprende dos interrogantes ¿Puede aplicarse el término "delito" a la conducta en la que se basaron tales decisiones? Y de ser así ¿Por qué generalmente no se aplica y por qué los criminólogos no consideraron al delito de cuello blanco en forma semejante a cualquier otro delito? La primera pregunta es de contenido semántico; la segunda requiere una explicación o interpretación.[89]

---

87 SUTHERLAND, Edwin; *El delito de cuello blanco*, Edit. B de F, Buenos Aires, 2009, p. 01. Se ha señalado que se dictaron 980 decisiones en contra de las 70 mayores corporaciones industriales y comerciales, con un promedio de 14 decisiones por corporación y, aunque todas ellas establecieron que las empresas habían actuado ilegalmente, sólo 158, o sea el 16%, fueron adoptadas por tribunales penales y determinaron *ipso facto* que la conducta había sido delictiva. Puesto que no toda conducta ilegal es delictiva, estas decisiones pueden servir como parámetro del comportamiento delictivo sólo en la medida en que pueda demostrarse que en las restantes 822 sentencias la conducta fue tanto ilegal como delictiva.

88 VIRGOLINI, Julio; *La Razón Ausente*, Edit. Editores del Puerto; Buenos Aires, 2005, p. 160.

89 SUTHERLAND, Edwin; *"El delito de cuello blanco"*, Edit. B de F, Buenos Aires, 2009, p. 63.

LEGALES EDICIONES

Debemos de advertir que conjuntamente con la aparición del término "*white collar crime*" (delito de cuello blanco) aparecieron conceptos íntimamente relacionados a la expresión propuesta por Sutherland, así destacan la "delincuencia de cuello azul"[90] y la denominada "delincuencia de caballeros"[91].

## 6. DE LA CRIMINOLOGÍA "CLÁSICA"-REACCIONARIA A LA CRIMINOLOGÍA "MODERNA"-PREVENCIONISTA

Como es sabido la Criminología "clásica" contempló el hecho punitivo como un enfrentamiento formal-simbólico y directo de dos rivales directos –el Estado y el sujeto infractor– que luchan entre sí en solitario, como una lucha entre el bien y el mal; pugna, claro está, sin otro final imaginable que el incondicionado sometimiento del vencido a la fuerza victoriosa del Derecho (penal y procesal penal). En otras palabras, el modelo criminológico, *la pretensión punitiva del Estado, esto es, el castigo del culpable, polariza y agota la respuesta al suceso delictivo*.

Recientemente el Profesor español García Pablos de Molina ha mencionado que la Criminología, a la que muy bien tilda de "moderna", debe tener una imagen más compleja del suceso delictivo de acuerdo con el rol activo y dinámico que atribuye a los protagonistas del mismo (delincuente, víctima, comunidad) y la relevancia acusada de los muy diversos factores que convergen e interactúan en el "escenario" criminal. Subraya García Pablos de Molina el trasfondo humano y conflictual del delito, su aflictividad, los elevados "costes" personales y sociales de este

90 La delincuencia de "cuello azul", denominada también "delincuencia ocupacional", se refiere a la criminalidad cometida durante el ejercicio de una actividad laboral no profesional. En principio, existe la impresión de similitud entre los conceptos "*white collar*" y "*blue collar*", empero, las divergencias entre ambos conceptos han sido correctamente graficadas por Roberto BERGALLI: "las expresiones de *White Collar* (Cuello Blanco) y *Blue Collar* (Cuello Azul), son utilizadas para denominar a los empleados y trabajadores respectivamente, es decir, en el primero, a los trabajadores no manuales, y, en el segundo, a los trabajadores manuales".

91 La "delincuencia de caballeros" ("*Kavaliersdelikt*") es la categoría referida a la criminalidad cometida por personas de nivel social elevado, aunque el ilícito penal no se vincule a la actividad profesional realizada por el agente.

LEGALES EDICIONES

doloroso problema, cuya apariencia patológica, epidémica, en modo alguno puede mediatizar el sereno análisis científico de su etiología, de su génesis y dinámica (diagnóstico), ni el imprescindible debate político-criminal sobre las técnicas de intervención y control de aquel[92].

Todo esto lleva a considerar que no sólo se perciba de una Criminología *"reactiva"*, es decir, que proyecta su horizonte de conocimiento a resolver –de la mano del Derecho penal– inmediatamente situaciones conflictivas y alarmantes, sino también, se debe pregonar una Criminología de corte *"preventiva"*, es decir, que proyecte su horizonte de conocimiento en activar y a la vez gestionar –de la mano de la Sociología– mecanismos primariamente sociales de aseguramiento convivencial de todas y cada una de las personas, enmarcadas concretamente en la Educación, en la Política, en la Familia, en fin en todos los estamentos sociales de una Nación. En este nuevo modelo teórico (preventivo), el castigo del infractor no agota las expectativas que el suceso delictivo desencadena. *Resocializar* al delincuente, *reparar* el daño y sobre todo *prevenir* el crimen son objetivos de primera magnitud. Sin duda, este es el enfoque científicamente más satisfactorio, y el más acorde con las exigencias de un Estado "Social" y Democrático de Derecho.[93]

## 7. SOBRE LA VICTIMOLOGÍA Y LA VICTIMO-DOGMÁTICA

El Profesor alemán von Liszt decía que el Código Penal era la Carta Magna del delincuente, en el sentido de que por el hecho de haber cometido un delito aquél no dejaba de ser una persona con derechos, por lo que si era tratado fuera de sus previsiones o padecía más allá de lo estrictamente admitido como sanción penal, el delincuente era en verdad una víctima.[94]

Se presencia un renacimiento posicional de la víctima, que se encontraba olvidada por el Derecho penal (material y proce-

92 Véase, en este sentido: GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2008, p. 510.

93 GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2008, p. 510.

94 Véase, en este sentido: OUVIÑA, Guillermo / LA VITALE, Gustavo; *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 56.

LEGALES EDICIONES

sal) y la criminología, la misma que se canaliza a través de una disciplina científica llamada victimología[95] y su mensaje de la reprivatización de los conflictos. Se trata, en otras palabras, de un rescate o redescubrimiento de la víctima que le correspondió a la Criminología dar el primer paso, a través de la llamada victimología, que más que una nueva ciencia, representó un aluvión político de nuevas propuestas para la cuestión penal, no siempre encaminadas en una misma dirección. En orden de aparición, fue el Derecho procesal penal, la rama del saber jurídico que recogió ese guante y comenzó a discutir los derechos de la víctima en el procedimiento de persecución penal. Una nueva visión de los fines del procedimiento penal, independiente del clásico acerca de la realización del Derecho Penal y orientado más hacia la solución de conflictos sociales graves[96], que están en la base de todo caso penal, posibilitó un cambio pronunciado de su comprensión y de sus instituciones, todavía imperfecto y no finalizado.

---

95 Esta doctrina tiene su origen con el profesor de la Universidad de Bonn y Yale Hans Von Henting, quien en 1948 publico su obra intitulada *The Criminal and his victim*, donde por primera vez en las ciencias penales aparece la víctima como factor criminógeno, así el delincuente y la víctima conforman la pareja criminal. Conocida es la frase de Von Henting cuando decía que las víctimas tienen el delito en sus venas y constituyen la gran "reserva criminal". Más adelante encontramos al jurista Israelí B. Mendelshon y al jurista español Luis Jiménez de Asúa dedicadas al estudio de esta materia. Sin embargo, el movimiento victomológico como doctrina contemporánea se inicia en los 80 cuyo presupuesto y contenido se decanta a favor de una mayor protección de los derechos, intereses y necesidades de las víctimas, centrados su discurso, su estudio en los procesos de victimización que realiza el sistema penal (primaria, secundaria y terciaria, y hay quienes piensan que existe una cuarta victimización pero referida al delincuente –carcelería y post carcelería).

96 En este punto: ORE GUARDIA, Arsenio; *"La víctima en el Proceso Penal Peruano"*, en: Pedro J Bertolino (coordinador), la víctima del delito en el proceso penal latinoamericano; Edit. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 491, sintetiza de la mejor manera la importancia político criminal de la reparación en el proceso penal, y dicho autor señala que ella "... se funda en sus posibilidades recompositivas, atenuantes y hasta preventivas que, según Roxin, se manifiestan en tres momentos. En primer lugar, cuando el autor repara con sus medios el mal causado, momento en el que, independientemente incluso del castigo, víctima y sociedad verán superado el daño social provocado por el delito. En segundo lugar, cuando la exigencia de la reparación obliga al autor a colocarse frente a las consecuencias de su hecho y a considerar los intereses legítimos de la pena. Finalmente, la reparación puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima y con ello facilitar esencialmente la reinserción del primero".

LEGALES EDICIONES

Por ultimo apareció el Derecho penal con tres líneas básicas: a) el estudio de la influencia del comportamiento y de la voluntad de la víctima en la definición del ilícito, con la llamada victimo-dogmática[97]; b) el poder de la voluntad de la víctima sobre la pena estatal, representada por sus facultades para inhibir la actuación del sistema penal total o parcialmente, y c) la configuración de la pena misma o de sus fines, a través, fundamentalmente, de aquello que se ha dado en llamar reparación como tercera vía del Derecho Penal. Aquí se trata, en síntesis extrema, de la primera de esas líneas, de la victimo-dogmática, no sin antes observar la dirección política correcta, a nuestro juicio, de este movimiento.[98]

Como bien señala Cancio Meliá bajo el rótulo de "victimo-dogmática" se han introducido últimamente la idea del "merecimiento de protección" en la discusión, especialmente mediante el establecimiento del así llamado "principio victimológico" como criterio de exención de responsabilidad respecto del autor. Desde el punto de vista metodológico, este principio se configura como máxima de interpretación teleológica de los tipos penales.[99]

## VII. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO PENAL (Y PROCESAL PENAL)

En la sociedad moderna, compete primordialmente al Estado la protección de los Derechos Humanos, en tanto posea el monopolio del poder coactivo, cuya legitimidad se basa, precisamente, en esa protección. La persona humana debe ser objeto de protección de todos los Estados, más aún si éstos son Estados democráticos. Dicha protección que los Estados deben brindar a

97 Los avances de la victimo-dogmática han alcanzado ribetes predecibles como es encontrar en el comportamiento de la víctima una categoría de carácter dogmático que implica considerarlo dentro de la teoría jurídica del delito (o mejor dicho dentro de la imputación objetiva, como la llamada "imputación a la víctima").

98 OUVIÑA, Guillermo y LA VITALE, Gustavo; *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 342.

99 CANCIO MELIÁ, Manuel; *Estudios de Derecho Penal*, Edit. Palestra, Lima, 2010, p. 108.



LEGALES EDICIONES

toda persona, debe orientarse también, a quienes son sometidos al sistema penal en condición de procesados por un hecho delictivo. No cabe duda alguna que la libertad –como derecho humano– constituye piedra angular sobre la cual se construye los demás bienes jurídicos fundamentales, y es que sólo a partir de la libertad personal se puede tener "derechos" hacia los demás.

La naturaleza y contenido del "derecho" de los Derechos Humanos, consiste en la convergencia de los aportes del iusnaturalismo, Derecho Constitucional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es una fuente de Derecho común con el objetivo de otorgarle mayor protección a la persona. Si los derechos humanos son parte de la justicia conmutativa, si el derecho de una persona aparece sólo en la medida que otro lo respete y si esto se logra en un Estado en donde la ley surge de la voluntad de las partes, y donde sea más provechoso aceptar la ley que no hacerlo, es obvio que el derecho cumple una función de suma importancia[100].

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se sitúa en el campo del derecho internacional público[101]. Con la irrupción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se viene a positivizar toda una gran cantidad de principios de los que antes se decía que correspondían a un derecho natural, a un derecho supralegal. Ahora no podemos decirlo, porque, en su gran mayoría, es una cuestión positivizada. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha quedado integrado al ordenamiento positivo fundamental. El Derecho vigente en la Argentina es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; es decir, a través de la reforma constitucional de 1994, se ha establecido un nuevo esquema en las relaciones entre el Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el sistema jurídico interno[102].

---

100 DONNA, Edgardo Alberto; *Teoría del delito y de la pena*, tomo 1, 1996, Buenos Aires, p. 112.

101 Así, HERRENDORF, Daniel E./ BIDART CAMPOS, Germán J.; *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, Buenos Aires, 1991, p. 245.

102 En este sentido: TRAVIESO, Juan Antonio; *Derechos Humanos y jurisprudencia (doctrina y legislación Argentina e internacional)*, Buenos Aires, 1998, p. 31. En consecuencia, la

LEGALES EDICIONES

La referencia precisamente a estos conceptos ha permitido la recepción de nuevos Derechos y garantías en el Derecho argentino que han venido a complementar los ya reconocidos con anterioridad y otros la especificación y desarrollo de los ya existentes en el Capítulo primero de la Constitución nacional. Este es el sistema normativo que proyecta su marco de garantías individuales en lo atinente al Derecho penal material y procesal[103]. Siempre que un ciudadano tiene un Derecho Fundamental –y aquí vendría la diferencia con el concepto de derechos humanos– es porque existe una disposición en el texto del ordenamiento constitucional que confiere reconocimiento positivo explícito o implícito, a tal configuración normativo fundamental. Tanto es la influencia de la doctrina de los derechos fundamentales de las personas en el proceso penal que cualquier vulneración a los mismos con el objeto de preparar un medio probatorio no tiene valor legal en el proceso[104].

Los Derechos Humanos son prerrogativas inalienables, perpetuas y oponibles *erga omnes*, que corresponden a cada una de las personas, por su sola condición de tal, de las que no puede ser privado por la actividad estatal ni por particulares. La noción de Derechos Humanos conlleva ínsita la relación Estado-individuo. Si el último es el titular de los Derechos protegidos, el primero es su garante. El límite al poder del Estado, que buscaron las declaraciones de derechos desde fines del siglo XVIII, se mantiene vigente en la era de los Derechos Humanos[105]. Los

---

reforma constitucional argentina de 1994 en lo referente a la rama punitiva tiene especialmente relevancia el tema de la jerarquización constitucional del sistema internacional tutelar de los derechos humanos por vía del art. 75, inc. 22 de la Constitucional nacional.

103 Así, por ejemplo, en la Exposición de Motivos del Código Procesal Penal de 1991 se decía lo siguiente: "Todos sabemos también que desde que se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos y se suscriben pactos internacionales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, el sistema inquisitivo pierde validez y la tendencia general es adoptar el acusatorio modernizado".

104 Así, lo estipula el art. VIII del Título Preliminar del CPP 2004: "carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona".

105 PINTO, Mónica; *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1998, p. 10.



LEGALES EDICIONES

Derechos Humanos no son sólo una utopía sino un programa de transformación para la Humanidad[106]. Los Derechos Humanos han dejado de ser una cuestión puramente doméstica, como podrían ser doscientos años atrás en el origen del constitucionalismo clásico, para transformarse en una temática que a la vez compromete e interesa al *bien común internacional*, y a su correspondiente ámbito resolutivo, la *jurisdicción internacional*[107].

En el marco de los Organismos de Estados Americanos (OEA), existen dos órganos que llevan adelante la protección de los Derechos Humanos: a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), creada en San José de Costa el 3 de Septiembre de 1979 y b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte Suprema reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos no es la intérprete final de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, se debe tener en cuenta que su función principal es la de "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización

106 Según: CARRIO, Genaro R.; Los Derechos Humanos y su protección, 1990, Buenos Aires, p. 14. Los Derechos Humanos derivan de tres principios y de combinaciones e influencias recíprocas: a) El de inviolabilidad de la persona: no pueden imponerse sacrificios a un individuo sólo en razón de que ellos redunden en benefico de otros individuos; b) El de autonomía de la persona: es libre la realización de cualquier conducta que no perjudique a terceros, por lo que la persecución de planes de vida racionales y de ideales de excelencia racionales tiene un valor intrínseco; c) El de dignidad de la persona: debe tratarse y juzgarse a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades suyas no controlables por ellos. Por su parte: RIGUET/ JIMÉNEZ, 1998, p. 42, ensaya una definición de los Derechos Humanos. Para ellos "...son facultades o prerrogativas de la persona o grupo social que, enmarcados dentro del contexto del Estado de Derecho, regulan la dignidad y existencia misma de la persona humana, permitiendo a sus titulares exigir de la autoridad respectiva, la satisfacción de sus necesidades básicas allí anunciadas".

107 BIDART CAMPOS, Germán / CARNOTA, Wálter F.; *Derecho Constitucional comparado*, tomo II, Buenos Aires, 2000, p. 7. Sobre la problemática entre el Derecho constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, véase: VANOSSI, Jorge Reinaldo A./ DALLA VÍA, Alberto Ricardo; *Régimen constitucional de los Tratados*, Buenos Aires, 2000, sobre todo las pp. 313 y ss. BIDART CAMPOS, Germán; *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, tomo VI, Buenos Aires, 1997, pp. 550 y ss. COLAUTTI, Carlos E.; *Los tratados internacionales y la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 1999.

LEGALES EDICIONES

[de los Estados Americanos] en esta materia"[108]. Así, las interpretaciones que realiza la Corte Interamericana no han de pasar inadvertidas por los tribunales nacionales a la hora de aplicar la doctrina elaborada por la Corte Interamericana, pues ésta no sería válida en caso de resultar contraria con una posición de la Corte Interamericana sobre el mismo tema.

Los Tratados de Derechos Humanos se encuentran bajo jurisdicción de los Estados-partes y contienen obligaciones a cargo de éstos. Las obligaciones son de *hacer*: promoviendo el respeto de los Derechos Humanos a través de conductas positivas del Estado. También abarca obligaciones de *no hacer*: protegiendo al individuo a la par que limitan el accionar del Estado[109]. Tanto en uno como otro caso, el Estado ha asumido internacionalmente una obligación y sobre él pesa el deber jurídico de cumplirla; de otro modo el Estado asumirá su responsabilidad internacional. Cuando un Estado viola los derechos reconocidos en la Convención, queda abierta y expedita la posibilidad de que el ciudadano acuse al Estado ante un organismo o ante un tribunal supraestatal por haber violado uno o más de sus derechos reconocidos en la Convención.

Si hacemos una comparación con el Derecho interno, en el que la Constitución escrita de cada Estado ocupa el vértice supremo de un sistema jurídico, podemos decir que el vértice del Derecho internacional público se sitúa junto a los Derechos Humanos integrantes del "ius cogens" –que significa un Derecho internacional inderogable, imperativo, indisponible– y a los principios generales del Derecho internacional[110], que generalmente son dos: el principio de *pro homine*[111] –si hay contradicción se

108 ALBANESE, Susana; "El plazo razonable en los procesos internos a la luz de los órganos internacionales", en: *La aplicación de los Tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 1997, p. 260.

109 GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D.T.; "Consideraciones sobre la responsabilidad internacional del Estado en el ámbito del ejercicio de las libertades y los derechos individuales", en: *Lecciones y Ensayos*, N 56, 1992, Buenos Aires, p. 21.

110 Así, HERRENDORF / BIDART CAMPOS; 1991, p. 247.

111 Como bien expresa: PINTO, Mónica; "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en: Abregú /Courtis (comp.); *La*

LEGALES EDICIONES

preferirá aquel texto que tutela de mejor manera a la persona– y el principio de la *buena fe*. El Derecho de los derechos humanos contiene principios no sólo de interpretación y aplicación, sino también de contenido, que no dependen de la voluntad de los Estados. La diferencia del Derecho de los derechos humanos con el derecho internacional común, está en que la interpretación de los derechos humanos no se limita a comprender el sentido de las normas positivas, sino que apunta igualmente a crear normas a partir de una situación que, en sí misma, no se halla conceptualizada jurídicamente[112]. Por tal motivo, me referiré sólo a tres principios que sirven para fundamentar cualquier medida cautelar:

a) *El principio de progresividad*, que en el Derecho internacional, los derechos humanos han sido reconocidos como un mínimo común aceptado por la generalidad de naciones y susceptibles de expansión, como ha pasado con los derechos sociales, económicos y culturales. La misma Constitución Política del Perú señala en el artículo 3 la cláusula implícita de derechos con potencialidad de crecimiento. Así, se ha dicho que ofrece una "garantía mínima", una suerte de "piso" que no pretende agotar el ámbito de los derechos humanos. El derecho internacional de los derechos humanos reconoce en sus instrumentos, derechos, libertades y garantías mínimas, esto es, una suerte de orden público internacional mínimo. Los Estados signatarios de los convenios internacionales de derechos humanos pueden ampliar este marco mínimo de derechos y garantías en ellos reconocidos, pero nunca reducirlos[113].

---

*aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 1997, p. 163, "El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria".

112 FAPPIANO, Oscar L.; *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, 1997, p. 39.

113 FALCONE, Roberto A.; "La prisión preventiva frente a los tratados internacionales de derechos humanos y la Ley procesal penal", en: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, N 1, 2004, p. 183.

LEGALES EDICIONES

Por ejemplo, el derecho internacional de los derechos humanos a través de su jurisprudencia incorpora doctrina vinculante para los Estados miembros en lo que respecta a la fundamentación del peligro procesal para el dictado de la prisión preventiva. Muchas veces la Comisión Interamericana de Derecho Humanos se desvincula –lamentablemente– de la doctrina liberal que debe inspirar a todo el peligro procesal-cautelar. Así, en lo que respecta a nuestro objeto de investigación el Informe 1/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos incluyó dos nuevos supuestos de peligro que pueden ser neutralizados por la prisión preventiva. El primer supuesto, es el *peligro de reiterancia delictiva*. Se sostiene en el párrafo 32 lo siguiente: "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". Asimismo, en el mismo informe 1/97 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoce otro peligro que puede ser neutralizado por la prisión preventiva. Se habla ahora del *peligro por la repercusión social del hecho*. En el párrafo 36 de dicho informe se dice lo siguiente: "La Comisión reconoce que en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar. Cabe enfatizar para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dura la medida de restricción de la libertad del procesado".

Se puede interpretar que la Comisión ha ido interpretando "progresivamente" la doctrina del peligro procesal, en el sen-

LEGALES EDICIONES

tido que antes se hablaba sólo del peligro de fuga y entorpecimiento de la búsqueda de la verdad. Ahora, se incorporan dos modalidades de peligro, que a mi modo de ver, en vez de progresar involucionamos en el tema de la fundamentación de la prisión preventiva. En este sentido, si bien la Comisión ha implantado esta doctrina jurisprudencial, esto no quiere decir que desconozca principios fundamentales como el respeto a la dignidad de la persona humana y garantías procesales que los mismos instrumentos internacionales reconocen.

b) *El principio de irreversible*, que significa que si un Derecho reconocido como inherente a la persona humana, queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de aquellos derechos, su inviolabilidad debe respetarse. Se vuelve irreversible, y no puede ser derogado por ninguna autoridad. Por ejemplo, aquellos países que abolieron la pena de muerte no pueden reestablecerla. Asimismo, la Comisión Interamericana reconoce la legitimidad de la víctima en el proceso penal como "derecho fundamental", aunque no esté así reconocida explícitamente por la Convención Americana, sino tan sólo por el Derecho interno.

c) *El principio de interacción*, entre el Derecho interno y el Derecho internacional de los derechos humanos, concretamente con el debido cumplimiento por parte de los jueces. El artículo 1.1 de la Convención Americana no acepta ni impone ninguna condición o requisito previo para su aplicación. La falta de reglamentación de las normas del Pacto no obsta al cumplimiento de dicha garantía por parte de los jueces[114].

114 FAPPIANO, 1997, p. 51. MONCAYO, Guillermo R.; "Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los Derechos Humanos en el Derecho Argentino", en: *La aplicación de los Tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 1997, p. 94, dice que: "Podría decirse que así como los tribunales inferiores de la Nación se hallan obligados moralmente a seguir criterios interpretativos de la Corte Suprema ("Fallos", 212.51), particularmente en materia constitucional, y también lo están por la necesidad institucional de respeto y acatamiento de sus decisiones ("Fallos", 239-353; 240-7; 245-429, y otros), los Tribunales de la Nación deberían procurar ajustar la interpretación de las normas de derechos humanos a los criterios de la Corte

LEGALES EDICIONES

La advertencia acerca de la falta de obligatoriedad en la fijación de un plazo no impide que el legislador procesal establezca pautas objetivas. Merece la pena destacar que la interacción entre el ámbito del Derecho externo como interno, entre las obligaciones asumidas por los Estados al ratificar los tratados, se incorpora la necesidad de reconocer a las recomendaciones emanadas de la Corte Interamericana un carácter obligatorio. Los tratados entran a formar parte del derecho interno en un Estado cuando dicho Estado, los ratifica o adhiere a ellos. A partir del acto de ratificación o adhesión, el derecho interno recibe al Derecho internacional en forma directa y automática. No hace falta más.

No hace falta una fuente del derecho interno (la ley) que dé recepción en él al tratado, con lo cual asumo la postura del denominado *monismo*[115] en sintonía con aquella postura que indica un rigor lógico de los ordenamientos jurídicos expresados por Hans Kelsen. En materia de derechos humanos, las obligaciones no sólo encuentran un respaldo constitucional, sino su explicación y desarrollo en el derecho internacional. El mandato imperativo derivado de la interpretación en derechos humanos implica, entonces, que toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales en las que el Perú se encuentra suscrito.

Aunque –como afirma Quiroga Lavié– habría que tener en cuenta que la generación de gran parte del derecho internacional positivo se halla tan condicionada por intereses de sectores, como lo está el nacimiento del derecho interno[116]. Sin embargo,

---

Interamericana o de las jurisdicciones internacionales competentes. Por supuesto, no media delegación o transferencia de funciones judiciales, ni siquiera un vínculo de acatamiento obligatorio, pero sí un voluntario reconocimiento del carácter de interprete auténtico de las normas internacionales que nuestra Corte ha reconocido explícitamente en la Corte Interamericana".

115 Así, HERRENDORF, Daniel E./ BIDART CAMPOS, Germán J.; *Principios de Derechos Humanos y garantías*, Buenos Aires, 1991, p. 256.

116 QUIROGA LAVIÉ, Humberto; Lecciones de Derecho constitucional, Buenos Aires, 1995, p. 113. Por eso este autor prefiere la posición dualista, porque por ejemplo en la Argentina



LEGALES EDICIONES

en definitiva, será el derecho interno de cada Estado el que decida, por ejemplo, entre una doctrina monista o dualista en la incorporación del derecho internacional a su orden normativo: es el Estado el que elegirá si el derecho internacional ingresa automáticamente al orden normativo local o si, por el contrario, resulta en todos los casos necesaria una legislación interna que recepte la normativa internacional para su aplicación local. Pero lo que es cierto es que existe un principio general del derecho internacional que debe respetarse: un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado o de normas imperativas de Derecho Internacional. Este principio ha quedado establecido en los artículos 27 y 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo N° 029-2000-RE de fecha 14 de septiembre de 2000.

Asimismo, la doctrina sostiene que las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (por ejemplo el art. 7 punto 5) resulta *operativa* y no programática y consecuentemente, para tornarla ejecutoriable, no necesita ser reglamentada mediante una ley del derecho interno. Las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos derivadas del art. 1 de la Convención Americana gozan de una presunción de ejecutividad[117]. Por eso existe una permanente relación de ida y vuelta entre el derecho interno y el internacional. Por ese motivo, las reglas de interpretación e integración de los derechos humanos en un Estado democrático gozan de una completitud abarcativa[118]. Por ello, su invocación por la parte en el proceso,

y en gran parte de países el derecho internacional sólo es obligatorio en la medida en que sea compatible con la ley suprema (p. 114).

117 Véase, el fallo "Suárez Rosero" del 12 de Noviembre de 1997 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta Corte dictó sentencia sobre el fondo en el caso "Suárez Rosero" condenando al Estado de Ecuador por diversas violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos relacionados con la detención y posterior encarcelamiento preventivo. El fallo "Suárez Rosero" es un precedente importante y tiene carácter vinculante a los Estados-partes, es un deber ineludible de los jueces aplicarla.

118 GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; En busca de una interpretación constitucional (nuevos enfoques de la reforma de 1994), Buenos Aires, 1997, p. 165.

LEGALES EDICIONES

no es *conditio sine qua non* para su aplicación por el juez, que puede traerla al caso mediante la aplicación del principio *iuria curia novit*[119]. Sin embargo, opino que aunque sea operativa las normas de la Convención no está mal que una ley de derecho interno fije con mayor precisión y alcance los objetivos trazados en la Convención.

119 BOVINO, "El fallo "Suárez Rosero", cit., p. 656.



LEGALES EDICIONES

Capítulo 2

# LA FUNCIÓN POLÍTICO-CRIMINAL

*"Cuando más sean los conflictos de una sociedad derive a su sistema penal, mayor será la incapacidad para resolverlos que con ello ponga de manifiesto, el tiempo que revelara su grado de desintegración comunitaria" (Eugenio Raúl Zaffaroni).*

*"La inflación penal constituye, sin duda, el más claro indicador de esa desintegración comunitaria y del debilitamiento de los vínculos de solidaridad entre los hombres, los que son en definitiva el único puente natural y válido entre las realidades sociales y jurídicas" (Raúl Cervini).*

*"Son irracionales los autores, que actúan con frecuencia por pulsiones y motivos no controlados racionalmente, por no hablar de los casos extremos donde este derecho tiene que lidiar con las expresiones más puras e incomprensibles del mal. Son irracionales las víctimas, que deben ser neutralizadas en su instinto de venganza, para cuyo control el Derecho penal desempeña una función decisiva. Es irracional el legislador, que amenaza con la pena para tranquilizar a las personas de miedos colectivos frente a riesgos supuestos o reales, para obtener el consenso político con leyes publicitarias, y no funda los tipos penales en estudios empíricos relativos a la contención ejercida por otros sistemas alternativos al penal".* DONINI, Massimo; "Principios Constitucionales y Sistema Penal Modelo y Programa", en *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho*, Libro homenaje a Santiago Mir Puig, edit. LA LEY, Madrid, 2010, p. 86.

LEGALES EDICIONES

## I. EL CONCEPTO DE POLÍTICA Y EL MODELO DE ESTADO

La política[1] entendida en su sentido más amplio como el arte de gobernar a los pueblos, se trata de una herramienta que necesitan los hombres para llevar las riendas de una ciudad, o Nación. La actividad política se diferencia de las demás funciones sociales en el hecho de que sobre ella recae la responsabilidad de dirigir lo social[2]. El poder político es el único que puede ejercer sobre la comunidad entera, a diferencia del poder económico, del poder religioso o del poder sindical[3]. La política es la relación entre gobernantes y gobernados y una búsqueda de lo que es bueno para los gobernados.

Asimismo, debemos de señalar que la política normalmente lo realizan los políticos, y los políticos normalmente pertenecen –funcionalmente– al aparato estatal. Por ello, el concepto de política –en sentido público– está íntimamente ligado al concepto de política social, que es la promoción del Estado que está obligado en virtud de lo dispuesto por las normas constitucionales, que es promover la prosperidad general, asegurar la convivencia y vigencia de un orden justo, asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, y la protección y garantía del Derecho a la igualdad de las personas en derechos, libertades y oportunidades. Ahora bien, las políticas públicas siempre son trazadas por el poder, previa evaluación (diagnosis) de los problemas o dificultades en cuanto al establecimiento de los fines (prognosis)[4].

---

1 La política, proviene del griego *πολιτικος* (pronunciación figurada: *politikós*, «ciudadano», «civil», «relativo al ordenamiento de la ciudad»), es la actividad humana que tiende a gobernar o dirigir la acción del Estado en beneficio de la sociedad. Es el proceso orientado hacia la toma de decisiones para la consecución de los objetivos de un grupo. La ciencia de la política es una rama de la ciencia social que estudia dicha conducta de una forma académica utilizando técnicas de análisis político. El término fue ampliamente utilizado en Atenas a partir del siglo V antes de Cristo, en especial gracias a la obra de Aristóteles titulada, precisamente, *Política*. El mismo Aristóteles definía al ser humano como un animal político. También se define como política a la comunicación dotada de un poder, relación de fuerzas.

2 Véase: FERRERO R., Raúl; *Ciencia Política. Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 1984, Lima, p. 41.

3 FERRERO R.; 1984, p. 42.

4 Véase: BARRETO ARDILA, Hernando; "El sistema penal en tiempos de redifiniciones etiológicas posmodernas", en: *XX Jornadas Internacionales de Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 8.

LEGALES EDICIONES

Así como la política influye en la toma de decisiones de algunos elementos que componen la estructura y funcionamiento de un Estado, como puede ser en el ámbito de la planificación familiar, en la economía, en la política exterior, en el medio ambiente y su aprovechamiento sostenible, en el sistema de recaudación tributaria y fiscal, obviamente la política influye también en el campo del Derecho en todas sus manifestaciones posibles: en su forma normativa-legal y en su forma estructural-institucional. En ese sentido, para nadie es novedad que todo el Derecho debe estar ordenado y condicionado en función a lo que se ha decidido por los órganos estatales –en el entendido que sólo hacen política los funcionarios o servidores públicos– que deciden sobre su existencia y aplicación; los políticos deciden –en términos generales– cómo es que debe existir el Derecho y cómo es que debe aplicarse el Derecho en la realidad; en otras palabras, los políticos, o mejor dicho la política es el camino o derrotero por donde va a transitar el Derecho.

Por otro lado, básicamente los políticos o quienes hacen política definen el modelo de Estado de un país. En efecto, el modelo de Estado que debe regir a toda la normatividad penal es el Estado Social y Democrático de Derecho, y que ésta función está fundamentada por la Constitución Política, y en ella se encuentra su justificación política[5]. La tendencia intervencionista del Estado Social condujo en algunos países a sistemas políticos totalitarios, lo que culminó en el período que medió entre las dos guerras mundiales. La experiencia de los horrores

5 Véase: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2009, p. 46. En esta misma lógica se ubica la Exposición de Motivos del Código Penal de 1991, que ha señalado: *"Hasta hace poco la tendencia era la de hacer una reforma parcial del Código Penal; pero desde 1979, con la promulgación de la Constitución Política del Estado, se entendió que había llegado el momento de afrontar la reforma total del ordenamiento jurídico punitivo. Esta empresa debería abocarse no solamente a adaptar el Código Penal al sistema político dibujado por la Constitución sino, también a las nuevas realidades de nuestra sociedad y a los avances que presenta en esta hora la política criminal, la dogmática penal, la criminología y la ciencia penitenciaria.*

*El Código Penal persigue concretar los postulados de la moderna política criminal, sentando la premisa que el Derecho Penal es la garantía para la viabilidad posible en un ordenamiento social y democrático de derecho".*



LEGALES EDICIONES

que ello trajo consigo, primero en la paz y luego con la guerra, hizo evidente la necesidad de un Estado que, sin abandonar sus deberes para con la sociedad, es decir, sin dejar de ser social, reforzase sus límites jurídicos en un sentido democrático. Surgió, así, la fórmula sintética de "Estado Social y Democrático de Derecho".[6]

La política, el Estado y el Derecho es una trilogía concurrente que no debe separarse en ningún momento, y como no podía ser de otra manera, la política debe influir en el sector político-criminal, quizá el sector estatal más sensible y complicado ya que es en torno a la seguridad de la sociedad ante determinada y organizada delincuencia convencional (por ejemplo la criminalidad violenta) o no convencional (por ejemplo la criminalidad de destreza).

La insuficiencia de la práctica política actual para solucionar problemas sociales, es uno de los mayores obstáculos que encuentra el proyecto liberal inconcluso propio del iluminismo. El Estado es actualmente incapaz de dar respuesta a los muchos problemas que la postmodernidad globalizada ha traído en este siglo. El proyecto liberal ha entrado en crisis. La política, por otra parte, también se encuentra dentro de una crisis estructural como actividad destinada al bien público, pues su asiento continúa siendo esencialmente local para la solución de conflicto y, como su lenguaje es el único que podemos utilizar para buscar soluciones a las desdichas y preocupaciones compartidas, existe en la clase política una tendencia natural a encontrar explicaciones y remedios convencionales de corto alcance, puramente efectistas.

## II. LA POLÍTICA Y LAS CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES

### 1. INTRODUCCIÓN

El concepto de política no sólo tiene una fuerte influencia para gobernar una Nación, si también tiene una fuerte influen-

6 Véase: MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General,* Barcelona, 2002, p. 100.



LEGALES EDICIONES

cia para quienes se dedican a legislar, es decir, quienes tienen por mandato constitucional expedir normas jurídicas –aparte de su función de fiscalización– también tiene que saber hacer política, tienen que saber consensuar con los demás miembros del parlamento a efectos de realizar de mejor manera su labor parlamentaria. En ese sentido, la política ingresa precisamente a ese escenario de la expedición de normas jurídicas, y obviamente, ingresa al terreno de las normas jurídico-penales.

Cuando se estudia el Derecho Penal y cuando se le quiere involucrar con determinados conceptos como la política, lo primero que nos viene a la mente es el tema de la política criminal. Pero antes debemos hacer algunas precisiones. El *ius puniendi* del Estado es entendido como la potestad que se manifiesta en el aspecto coercitivo de las normas y, por otro, que es también objeto de la regulación de las mismas, el ejercicio de su poder punitivo está determinado por las opciones sociales y políticas que haya adoptado en relación con la organización de la comunidad en general. Por lo tanto, la política criminal del Estado se halla encuadrada y condicionada por su política social general. En otras palabras, tenemos que precisar que política criminal, como se sabe, se encuentra inserto dentro de la política general del Estado[7].

El término política criminal está indefectiblemente asociado, no en cuanto a su nacimiento sino a su divulgación, al profesor alemán Franz von Liszt, quien a su vez señala como padre del concepto *Kriminalpolitik* a otro profesor alemán, Heinke (1823), aunque hay quien dice que el término fue originalmente utilizado por Kleinsrod ya en 1793 en una obra titulada *Desarrollo sistemático de los conceptos y verdades fundamentales del Derecho*

7 Véase: HURTADO POZO, José; *Derecho Penal. Parte General,* Lima, 1987, p. 58. Asimismo: MIR PUIG, Santiago; *Estado, pena y delito*, Buenos Aires, Montevideo, 2006, p. 3 señala que: "Todo derecho penal responde a una determinada política criminal, y toda política criminal depende de la política general propio del Estado a que corresponde. La política criminal de un determinado país entronca directamente con los principios de su organización política. En los estados constitucionales, la constitución sienta las bases de su política criminal y de su derecho penal".



LEGALES EDICIONES

*penal*[8]. La política criminal es principalmente *política*, no puede ser sino dinámica; y lo es en un doble sentido: históricamente, las decisiones que conforman la política criminal son variables y podemos identificar diferentes etapas históricas en su desarrollo. Por otra parte, tiene también un dinamismo en el presente (que existencialmente no es una simple franja temporal que separa el pasado del futuro, sino el conjunto de nuestro pasado inmediato y nuestras expectativas cercanas) donde se genera lo que podríamos llamar la dialéctica de la *formulación-configuración*[9]. En suma, la política criminal es, valga la redundancia, política, para ser más preciso política pública[10], y el órgano institucional por excelencia que puede llevar adelante políticas públicas, por su necesaria planificación y aplicación armónica y de conducción única a la hora de la toma de decisiones (lo que hace que algo sea política y no otra cosa), es el poder gubernamental y no el legislativo o el judicial[11].

Así las cosas cuando se habla de política criminal la ciudadanía parte de una premisa equivocada ya que tradicionalmente se ha entendido, casi sin dudarlo en el sistema punitivo[12]. La

8 Véase: CIAFARDINI, Mariano; "Política criminal y prevención social del delito ¿Qué es la política criminal?", en: Gabriel I. Anitúa e Ignacio F. Tedesco (Compiladores), *La Cultura penal*. Libro Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler, Buenos Aires, 1999, p. 257.

9 BINDER, Alberto M.; *Introducción al Derecho procesal penal,* Buenos Aires, 1993, p. 44.

10 Véase, en este sentido: PÉREZ ARROYO, Miguel; "Política criminal en la reforma procesal penal peruana de 2004. Una revisión los modelos acusatorios y adversarial", en: Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, p. 231, nos dice que: "Entonces, es "Política criminal" todas las estrategias (por decisión política del Estado), que inciden sobre este aspecto de la vida social de una comunidad (en este caso de la comunidad que la integra –la sociedad peruana–), tanto como lo son las estrategias políticas que tienen que ver con los problemas de salud –políticas de salud–, con los problemas de empleo, etc. Y como todas esas estrategias políticas, la de orden criminal, la política criminal se debe adecuar a un modelo de Estado que la cobije y con la que debe condecir en términos de funcionalidad y coherencia sistémica".

11 Véase: CIAFARDINI; "Política criminal y prevención social del delito ¿Qué es la política crimina?", cit., p. 262.

12 Véase, en este sentido: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Derecho penal económico,* Lima, 2009, p. 37, afirma que: "En puridad, la política penal no puede confundirse con la Política Criminal, la primera es sólo la plasmación de instrumentos legales para la prevención y represión del delito, mientras que la segunda se dirige a construir una sociedad cada vez más justa, conforme a criterios de equidad y solidaridad. En palabras de ROXIN,

LEGALES EDICIONES

política criminal es el conjunto de decisiones y estrategias que el Estado proyecta para reaccionar frente al fenómeno criminal y así preservar los bienes jurídicos, agotando las vías de control social informal y formal jurídicos extrapenales, de ahí que se diga con suma insistencia que la mejor política-criminal es una buena política social (educación, sanidad, empleo, etc.). Por otro lado, es necesario, como anota Silva Sánchez, diferenciar entre praxis de la política criminal y una política criminal teórica. La primera se integra del conjunto de actividades –empíricas– organizadas y ordenadas a la protección de individuos y sociedad en la evitación del delito. La segunda aparece constituida por un conjunto de principios teóricos que habrían de dotar de una base racional a la referida praxis de lucha contra el delito; en donde la clave radica precisamente en determinar qué significa "racional" y cuáles pueden ser los criterios de racionalidad[13].

La política criminal en los últimos años, ha seguido la suerte de una redefinición, en cuanto a los objetivos del Derecho Penal; esto es, se ha producido un desplazamiento de los bienes jurídicos personalísimos (la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, etc.), a intereses jurídicos, que dan la idea de estructuras difusas, pues recogen una protección colectiva[14], llamado comúnmente

---

transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político criminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas de *lege lata* o *ferenda*, es un proceso, cuyos estadios concretos son de igual manera importantes y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo".

13 Véase: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; "Reflexiones sobre las bases de la política criminal", en: *Estudios de Derecho Penal*, Lima, 2000, p. 190.

14 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo 1, Lima, 2010, p. 4. Y esto nos trae como consecuencia una incongruencia en la elaboración de la política criminal del Estado, pues correctamente como da cuenta: CARO CORIA, Carlos; "Prólogo" al Libro de CANCIO MELIÁ, Manuel; *Estudios de Derecho Penal*, Colección de Ciencias Penales N° 2, 2010, Lima, señala lo siguiente: "La importancia práctica de este debate académico es absoluta, cuando vemos, por ejemplo, contradicciones del más alto nivel como la del Tribunal Constitucional que en las mismas decisiones, por un lado, ha declarado que el Derecho Penal del enemigo es incompatible con el modelo de Estado que consagra la Constitución, pero a su vez convalida instituciones lesivas de ese mismo modelo como la reincidencia y la habitualidad, agravantes genéricas que para el citado Tribunal no violan el principio de culpabilidad y son, lejos de ellos, constitucionales". En este mismo sentido nos señala también, en la página 7 de la misma obra, lo siguiente:

LEGALES EDICIONES

"seguridad ciudadana" como bien jurídico tutelado[15]. Por cierto que, siguiendo las tendencias de adelantamiento y expansión

"¿Podemos hablar en la actualidad de una crisis del Sistema Penal, en la procura de la contención y prevención de la conducta desviada (comportamientos socialmente negativos), o es acaso, que la crisis obedece, a las tareas que el legislador le asigna a la violencia institucionalizada, que toma lugar a través de punitivismo, que de forma ciega, se ha patentizado en las continuas reformas legislativas, que nunca cesan en nuestro país. Con ello, lo que queremos decir, que el inicio del Tercer Milenio, nos muestra esa visión antagónica de la política criminal, por un lado se postula el reconocimiento y respeto por las libertades fundamentales y, por otro, se acentúa una inflación punitiva, cargada de una dosis de utilitarismo y de eficacia, manteniendo un discurso dramático de la violencia, que pretende legitimar esta agobiante e irracional neo-criminalización".

15 Podemos citar, en este caso, la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 4 de julio de 2005, Expediente N° 349-2004-AA/TC, en el caso "María Elena Cotrina Aguilar", que ha señalado sobre el bien jurídico "Seguridad Ciudadana", lo siguiente:

"13. Aunque no existe una aproximación conceptual precisa en cuanto a lo que, para la Constitución representa la seguridad ciudadana, sino, básicamente, un conjunto de características o elementos que permiten integrar lo que sería su contenido, esta puede ser catalogada como un estado de protección que brinda el Estado y en cuya consolidación colabora la sociedad, a fin de que determinados derechos pertenecientes a los ciudadanos puedan ser preservados frente a situaciones de peligro o amenaza, o reparados en caso de vulneración o desconocimiento. Derechos como la vida, la integridad, la tranquilidad, la propiedad o la libertad personal, suelen ser los principales referentes que integran el contenido de la seguridad ciudadana en atención a lo que del Estado y la colectividad se espera, siendo evidente que, por sus alcances, se trata fundamentalmente de un bien jurídico de relevancia antes que de un atributo o libertad a título subjetivo.

14. De alguna forma la idea de los bienes jurídicos relevantes se encuentra, pues, asociada al interés general, mientras que el concepto de los derechos se asome 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 para 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 respecto del papel relevante que le toca cumplir y la especial posición que el ordenamiento constitucional le suele otorgar.

15. Cabe precisar que, cuando se trata de bienes jurídicos como los aquí descritos, no resulta extraño, sino perfectamente legítimo el que, bajo determinadas circunstancias; y como se anticipó anteriormente, los derechos puedan verse restringidos en determinados ámbitos de su contenido, a fin de compatibilizar los objetivos sociales propios de todo bien constitucional con los intereses individuales correspondientes a todo atributo o libertad. Naturalmente, no es que los derechos se encuentren posicionados por debajo de los bienes jurídicos y ni siquiera a un mismo nivel o jerarquía, pero es evidente que, ante la existencia de ambas categorías al interior del ordenamiento, se hace imperioso

LEGALES EDICIONES

de la protección penal, podría uno contentarse con utilizar un concepto funcional de bien jurídico (mejor dicho: un concepto elástico y adaptable) y, junto con una creación incontrolada de bienes jurídicos, justificar la intervención penal siempre que se pretenda o reclame un interés público, por ejemplo en el medio ambiente, en la economía (control de las exportaciones), en la educación (control de las drogas) o en la investigación (control de la tecnología genética), etc. Esta tendencia de la política criminal afecta, sin embargo, no solamente a la calidad del contenido (mediante calificaciones amplias) del bien jurídico correspondiente, sino también a la "relación de inmediatez entre la conducta incriminada y a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico "clásico"[16].

El grado de endurecimiento del Derecho penal pasa fundamentalmente por el modelo de Estado que se está ejerciendo en un país. Ninguna rama del Derecho tiene tanta influencia de la forma como se hace la política en un país, ya que por ejemplo la existencia de democracias frágiles ha hecho de las violaciones de Derechos Humanos –utilizando lamentablemente el Derecho penal para ello–, un mal endémico en las sociedades latinoamericanas; sobre todo si tomamos en cuenta la excesiva cantidad de dictaduras militares y golpes de Estado ocurridos durante el periodo 1960-1980 en Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay y Perú, principalmente. En ese período de ausencia democrática fue abandonado a partir de finales de la década de los 70', de ésta manera Ecuador (1979), Perú (1980), Bolivia (1982), Argentina (1983), Brasil y Uruguay (1985), retornaron por la senda democrática[17].

Para von Liszt la política criminal era "la idea fundamental de los principios sobre la lucha contra el delito en la persona del

integrar roles en función de los grandes valores y principios proclamados desde la Constitución. En ese gran reto ponderativo, el juez constitucional ocupa un papel gravitante".

16 Véase: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Lima, 1997, p. 44.

17 Véase, en este mismo sentido: REYNA ALFARO, Luis Miguel; *Comentarios a la Legislación anticorrupción*, Lima, 2002, p. 23.

LEGALES EDICIONES

delincuente llevada a cabo mediante la pena y medidas análogas". De esta manera, surgió la problemática de las relaciones de la aplicación del Derecho penal vigente con los postulados político-criminales (dirigidos a su reforma), lo que dio lugar a una cuestión que se intentó resolver dentro del marco de la estricta separación de política y Derecho, que en su tiempo ya proclamaba la teoría jurídica. La política criminal se debía apoyar necesariamente –tal como lo concebía von Liszt– en las ciencias del ser, es decir, de la "realidad", por el contrario, la ciencia del Derecho penal se debía ocupar de cuestiones del deber ser, si la diferencia básica de ambas formas de pensamiento hacer aparecer al ser y al deber ser, como dos mandos separados, una introducción de la política criminal en la ciencia del Derecho penal era totalmente impropia[18].

La política criminal es ciencia aplicada con la finalidad de controlar el delito, esto es, busca definir las acciones específicas que los distintos, órganos del Estado deben emprender o abstenerse de hacerlo, para lograr una reducción apreciable en el número de conductas criminales que se producen en la sociedad, pero también, de acuerdo con el pensamiento moderno, para prevenir la comisión de comportamientos delictivos y evitar la victimización, al menos, minimizar los daños que las víctimas puedan sufrir a consecuencia del crimen[19]. La política criminal

18 Véase: BACIGALUPO, Enrique; *Derecho Penal. Parte General*, (Presentación y anotaciones de Percy García Cavero), Lima, 2004, pp. 72 y 73.

19 Véase: GONZALES AMADO, Iván; "Criminología y política criminal oficiales en la Colombia actual", en: *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del Fenómeno Delictivo*, Homenaje a Alfonso Reyes Echandia, 2008, Legis Editores S.A., Bogotá, p. 239. La política criminal en Colombia es una política de coyuntura que, al vaivén de las necesidades de orden social, impulsa indistintamente medidas de represión contra el delito, fundada sobre campañas de ley y orden frente a los comportamientos que, en cada época, hacen más visible las necesidades de gobiernos fuertes o coherentes (...) Los modelos de política pública frente al delito, en los últimos años, han optado por la escalada de la criminalización de comportamientos y el aumento de penas para todas las manifestaciones de la delincuencia –convencional u organizada–, así como por la reducción de las alternativas al castigo. (GONZALES AMADO: p. 256). Por su parte, SILVESTRONI, Mariano H.; *Teoría constitucional del delito*, Buenos Aires, 2004, p. 96 nos dice que: "Es preciso determinar el alcance del término política criminal. Si se la entiende como el criterio jurídico emergente de la totalidad de la legislación (con base en la Constitución), la dogmá-

LEGALES EDICIONES

es una actividad crítica y profundamente valorativa que actúa como puente entre las denominadas ciencias empíricas y el legislador, pero que también queda exteriorizada en la labor del intérprete. Son por tanto, certeras las palabras de Gimbernat al afirmar: "que los idílicos tiempos en que lo único que aparentemente importaba era si el dolo pertenecía al tipo o a la culpabilidad se han ido para siempre. Entrando en una nueva época en que la tarea fundamental va a consistir en levantar el telón del Derecho penal para ver qué es lo que verdaderamente ha estado escondido tras el"[20].

En otras palabras, la política criminal entiéndase como aquel conjunto de decisiones y estrategias que realiza un Estado para combatir la delincuencia –convencional o no convencional– de un país; sin embargo, aquél concepto de política más bien lo podemos relacionar con el Poder Ejecutivo, es decir, quién gesta y aplica a la sociedad una política criminal es el Presidente de la República de un país[21]. Con razón sostiene Binder que un mode-

---

tica basada en la ley deberá responder fielmente a los dictados de aquélla. Si, por el contrario, se la entiende como los dictados de la legislación penal contingente de un Estado (de la que debe excluirse la Constitución en cuanto establece garantías limitativas en esa legislación), la cuestión adquiere otra cariz, ya que la "política criminal" debería ser, en este esquema limitada por las garantías constitucionales. La teoría del delito podría ser la herramienta más eficaz para llevar a cabo dicho control". BINDER, 1993, p. 42, nos dice que: "La Política Criminal es, pues, un conjunto de decisiones (técnico-valorativas) relativas a determinados instrumentos. Sus instrumentos son muchos, pero sin duda son los principales las normas penales (que definen las conductas prohibidas y las sanciones a esas infracciones) y las normas procesales (que definen el modo como el Estado determinará que esa infracción ha existido, quiénes serán los protagonistas de ese segundo proceso de definición, quién será el sancionado y cuál será la clase o gravedad de esa sanción)".

20 Véase: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; *Temas de Derecho Penal*, Lima, 1993, p. 85.

21 No es posible determinar quién usó por primera vez el concepto de Política Criminal: algunos autores creen que fue FEUERBACH o HENKE, aunque BECCARIA fue el punto inicial de esta corriente en 1764 con su obra "De los delitos y de las penas". La política criminal se extendió desde Italia con BECCARIA a Inglaterra con BENTHAM, a Francia con BERENGER Y BONNEVILLE y a Alemania con FEUERBACH y Henke. En el año 1889 Fran von Liszt, Van Hamel y Adolfo Prins fundaron la Unión Internacional de Derecho Penal, pero fundamentalmente Fran VON LISZT fue el mentor de la Escuela de la Política Criminal o Escuela Pragmática, Sociológica y Biosociológica y con esta Escuela se inició la política criminal sistemática o científica. Fran von Liszt diferenció la Política Social de la

LEGALES EDICIONES

lo político criminal se construye desde la perspectiva del poder. Quien se disponga a reflexionar sobre el conjunto de decisiones reguladoras de la coerción penal que son admisibles conforme a un determinado conjunto de valores –que él elegirá libremente–, debe pensarse a sí mismo en una situación de poder. Un modelo de política criminal se debe construir como un "debe ser" del poder[22].

La tendencia de la política criminal actualmente se encuentra en el sentido de superar el modelo de garantías penales y procesales penales, adquiridas después de muchos años de debate y esfuerzo, y sustituirlo por otro de seguridad del ciudadano o, al menos, que demuestren esta supuesta seguridad[23]. Eso puede ser visto claramente en los discursos de los políticos y en los debates sobre seguridad pública. También se revela a la hora de la aprobación de nuevas leyes penales imbuidas de carácter represivo con supresión de garantías o ampliación de las conductas típicas.

---

Política Criminal. La primera tenía por objeto la supresión o restricción de las condiciones y fenómenos sociales de la criminalidad, mientras que la segunda se ocupaba de la delincuencia en particular y de que la pena se adaptase en su especie y medida al delincuente, procurando impedir la comisión de crímenes en el futuro. VON LISZT refirió el alcance de la Política Criminal a la apreciación crítica del derecho vigente y a la programación legislativa y a la programación de la acción social. El núcleo de la Política Criminal era la lucha contra el crimen pero no debía quedar restringida al área judicial o del Derecho Penal sino que debía extenderse a los medios preventivos y represivos del Estado". Por su parte: EZAINE, Amado; *Diccionario jurídico. Enciclopedia de la Ciencia Jurídica*, Lima, 1991, p. 1181, nos dice que: "Anárquicamente ha recibido otras denominaciones tales *como política social, política penal y hasta derecho de lucha contra el delito.* Igualmente se discute sobre quién fue el primero en utilizar el nombre de *política criminal* señalándose con tal fin a HENKE, al igual que a FEUERBACH o KLEINSCHROD y aun a su objeto de estudio, afirmando unos que comprenden tanto la prevención como la represión del delito; otros la entienden solo como ciencia auxiliar de la legislación penal (FEUERBACH la entiende como "sapiensa del Estado legiferante"); y, hay quienes como FERRI que su objeto de estudio se extiende hasta la organización de los sustitutivos penales; moderadamente se limita su campo de acción a combatir el delito después de cometido, auxiliando a la tarea legislativa con la crítica a las leyes penales existentes y la propensión a la reforma de las mismas / también se ha discutido en cuanto a sus métodos, predominado en un método lógico-abstracto-deductivo en un primer momento de corte racionalista, hasta el método empirista de la observación en la etapa biológica".

22 Véase: BINDER, 1993, p. 47.

23 Véase: CALLEGARI, Andrés Luis; "Crimen organizada, tipicidad, política, investigación y proceso", en: *Control social y criminalidad organizada*, Lima, 2009, p. 14.

Dicho de otro modo, la revelación de esa nueva legislación muchas veces no demuestra de inmediato este sesgo; sin embargo, nunca se vio una apertura tan grande en los tipos penales, donde el principio de la taxatividad que orientaba el Derecho penal fue olvidado[24]. Así, si de un lado aparecen cada vez más Leyes penales en el sentido de frenar la creciente criminalidad, de otro, aparecen leyes simbólicas, que buscan más una respuesta social o cultural a determinados problemas que propiamente la solución de ellos. La política criminal se rearma: el Derecho penal y las penas se expanden. El Derecho procesal penal se está adaptando a las elevadas exigencias que resulten de eso.

Por otro lado, en el concepto de política criminal deben analizarse complementariamente dos cuestiones puntuales: uno de carácter jurídico-normativo y el otro de carácter socio-empírico; el primero está íntimamente vinculado al concepto del delito o hecho punible, y el segundo que está referido a la criminalidad en una sociedad. El primero –el delito– que normalmente es concebido como conducta humana típicamente antijurídica y culpable, por lo tanto ya valorada en el grado negativo; y el segundo, el de criminalidad que es entendido como expresión cuantificable del delito y otras infracciones menores y que ponen en grave riesgo la existencia de la sociedad en su conjunto por contribuir al incremento también cuantificable de dos efectos que inciden en la conducta social que son el miedo al delito y la inseguridad ciudadana, deben ser combatidas a partir de estrategias de control, prevención y eliminación de ser posible[25].

La formulación de la política criminal nacional ha olvidado plenamente sus bases de orientación y legitimación. Se ha hecho común que el Estado y sus órganos competentes en este dominio ejerzan sus funciones y atribuciones sin reparar muchas veces en la consistencia constitucional y legal de sus decisiones y acciones. Resulta, por tanto, pertinente e indispensable reiterar la

24 Véase: CALLEGARI, "Crimen organizada, tipicidad, política, investigación y proceso", cit., p. 14.

25 Véase: PÉREZ ARROYO; "Política criminal en la reforma procesal penal peruana de 2004. Una revisión los modelos acusatorios y adversarial", cit., p. 231.

LEGALES EDICIONES

plena vigencia de los principios reguladores del control penal y del contenido esencial de sus enunciados programáticos[26].

La irrupción de esa necesidad por la seguridad, que produjo desde hace algún tiempo un cambio de paradigma en el discurso político-criminal y ha tenido su manifestación inmediata en la legislación penal, significa en otros términos que ha ocurrido un cambio del Estado, es decir del "Estado de Derecho basado en libertades y del correspondiente Derecho Penal de la Culpabilidad" se paso al "Estado de la seguridad y al correlativo Derecho penal de orientación preventiva y policial". Por tanto, de lo que ahora se trata es exclusivamente de la efectiva y eficaz protección a la víctima. La sanción penal dejo de dirigir su atención al delincuente en tanto persona resocializable, para pasar a satisfacer la exigencia limitada de seguridad en las víctimas potenciales. Ante la ya aludida sociedad moderna se debe optar por flexibilizar aquellos principios tradicionales del Derecho Penal propio de una política criminal de corte liberal, solo así podrán ser satisfechos los fines del Derecho punitivo. Lo que quiero decir es que el Derecho Penal debe superar su natural tendencia a la hipertrofia (alimentada –aun más– por quienes postulan una vuelta al pasado clásico) con su adecuación a los cambios sociales; tarea que debe de realizarse de manera controlada y acorde con los modelos del Estado de los países que la práctica[27].

El exceso de poder punitivo es la confesión de la incapacidad estatal para resolver su conflictividad social. Nada más cierto en la coyuntura actual de nuestro país. Ante un clima de creciente sensación de inseguridad ciudadana de la que hacen eco diariamente los medios de comunicación social, televisivos, radiales y escritos, a los gobernantes y a la clase política en general no se le ha ocurrido mejor idea que recurrir nuevamente –¡oh bendita panacea!– al Derecho penal vía el endurecimiento de la res-

26 Véase: PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto; *Nuevo Proceso Penal, Reforma y Política Criminal*, Lima, 2009, p. 250.

27 Véase: ALCOCER POVIS, Eduardo; *La inclusión del enemigo en el Derecho penal*, Lima, 2008, p. 11.

LEGALES EDICIONES

puesta punitiva estatal[28]. A nuestro entender un claro ejemplo de esta sintomatología de la deshumanización y recrudecimiento del poder punitivo, ha sido la proliferación e incremento de una severa legislación penal antiterrorista luego de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 a los Estados Unidos de América, el atentado del 11 de marzo de 2004 en la central ferroviaria de Atocha, España, las demostraciones de fuerza de parte del terrorismo el 7 y 21 de julio de 2005 en Londres, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; los atentados el 11 de julio de 2006 en Bombay *(Mumbai)*, India, y más recientemente los atentados del 18 de octubre y del 27 de diciembre de 2007, en Islamabad, Pakistán, que cobrara la vida de más de 130 personas, entre ellas la vida de la ex Primer Ministra de ese país, Benazir Bhutto[29].

## 2. LA POLÍTICA Y LAS CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES EN EL PERÚ

En las dos últimas décadas en nuestro país se han producido y procesado fenómenos delictivos muy graves, como es el caso del terrorismo, la criminalidad patrimonial violenta (asaltos y secuestros) y la criminalidad de la corrupción funcional. Efectivamente, en el curso de los acontecimientos políticos ocurridos en nuestro país en los últimos años, fundamentalmente en el ámbito de la corrupción gubernamental, existen hechos que el sistema penal en su conjunto ha redefinido una vez más la

28 Véase, WELZEL, Hans; *Derecho penal alemán. Parte General*, 11 edición, Traducción en Alemán por el Prof. Juan Bustos Ramírez, editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 17, nos dice que: "Todo el Estado debe aplicar las graves medidas que implica la pena (y la privación de libertad preventiva) en relación con la vida, la libertad y el honor de las personas, solo dentro del Derecho Penal como consecuencia jurídica del delito (principio de la exclusividad de los medios punitivos específicos) para fines extrapenales, por ejemplo para lograr objetivos organizatorios y económicos o bien para combatir convicciones políticas, conmueve la fuerza formativa ética de las normas penales y empuja al Derecho Penal por el camino de la simple medida intimidatoria. Cuando las disposiciones penales constriñen casi todas las actividades vitales, cuando hasta los actos de defensa de la existencia pueden ser punibles, entonces el Derecho Penal padece de exceso de punición".

29 Véase, en este sentido: SUIERO, Carlos Christian; *Política criminal de la Post modernidad*, Lima, 2010, p. 46.

LEGALES EDICIONES

intervención por ejemplo de la víctima en el proceso penal, pero ésta vez circunscripta al ámbito de la criminalidad organizada no convencional, vinculada básicamente con delitos contra la Administración Pública[30].

Por ejemplo, la persecución de estos delitos ha tenido influencia decisiva en la actividad legislativa y en la forma en que los jueces expiden sus resoluciones. Justamente, cuando la potestad punitiva del Estado se desborda es que los jueces deben delimitar a términos razonables y constitucionales el ejercicio del poder penal. La persecución de los delitos mencionados, de clara connotación pública y sobre todo mediática, desnaturalizó, a menudo, los principios de la coerción, tanto en el plano normativo como aplicativo. Se produjo un desborde de la política criminal del Estado en la represión de estos delitos[31].

Ahondando más en este tema, la política criminal en el Perú, en los últimos años ha mostrado una práctica que podemos tildar de "agresiva" en torno a la preservación de bienes jurídicos colectivos, ya que tanto el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo han venido utilizando un concepto omnicompresivo denominado "Seguridad Ciudadana"[32]; y en dicho concepto ingresa todo bien jurídico que a un político se le pueda ocurrir –por ejemplo

30 Véase, en este sentido: ORÉ GUARDIA, Arsenio; "La víctima en el proceso penal peruano", en: BERTOLINI, Pedro J. (Coordinador) *La víctima del delito en el proceso penal latinoamericano*, Buenos Aires, 2009, p. 503. El citado autor en la cita 16 señala lo siguiente: "El 14 de Setiembre de 2002 el Perú, gracias a la denuncia de un grupo de políticos de oposición, presenció el grado de degradación al que había llegado el régimen fujimorista mediante la exhibición de un video que registra una reunión entre el ex asesor Vladimiro Montesinos Torres y el entonces electo congresista Alberto Kouri Bumachar, en la cual el primero le entrega 15,000 dólares americanos al segundo a cambio de sus factores políticos en sede parlamentaria. Sin Embargo, lo del mencionado video, se allano el domicilio del ex asesor presidencial, descubriéndose que este no era el único, sino que existía una gran colección de cintas de video y audio que registraban como altas personalidades políticas, autoridades militares, empresarios y otros personajes públicos se sometían".

31 Véase: ORÉ GUARDIA, Arsenio / LOZA AVALOS, Giulliana; *Las Medidas cautelares personales en el Proceso Penal Peruano*, Lima, 2011, pp. 19 y 20.

32 Como bien expresa REYNA ALFARO, 2002, p. 32, "Entre fines de 1997 e inicios de 1998, se produjo en el Perú un alarmante aumento de la criminalidad organizada y del pandillaje, surgiendo en la colectividad incesantes clamores de seguridad ciudadana, situación aprovechada por el gobierno para tratar de aumentar sus niveles de aceptación popular

LEGALES EDICIONES

vida humana, integridad física, patrimonio, libertad personal, Tranquilidad Pública, etc.

Sin embargo, tampoco debemos desconocer que el artículo 44 de nuestra Constitución Política, precisa que son deberes primordiales del Estado: defender la Soberanía Nacional; garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación[33].

La situación política de la violencia en el Perú es bastante compleja, ya que la violencia es estructural, ayudado por la falta de tradición democrática en el Perú. La función principal de la política penal de emergencia es potenciar la operatividad y eficacia de los órganos de control, fundamentalmente policiales, en la intervención por ejemplo contra el terrorismo[34]. El tratamiento del delito de terrorismo ha incidido fundamentalmente en la sobrecriminalización de las conductas y las penas castigándose con severidad, alejándose de los criterios que inspiraron a la Constitución Política del Perú, artículo 139, incisos 21 y 22, y por supuesto la que inspiraron en su momento al Código Penal de 1991, y parcialmente al Código de Ejecución Penal.

El Estado peruano, como sabemos, encaró el fenómeno terrorista tomando como objetivo un conjunto de medidas que

---

mediante la promulgación de una serie de disposiciones legales referidos a la seguridad ciudadana, en extremo drásticos y radicales, la alarma colectiva...".

33 Véase: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.; "Las libertades fundamentales vs. la seguridad pública (control de identidad policial). Un asunto de política criminal", *Gaceta Constitucional*, tomo 38, Febrero del 2011, p. 42. Este autor señala que: "Vemos, entonces, que en la esfera del sistema penal se produce una relación dialéctica éntre las libertades individuales y los derechos de seguridad ciudadana, desafío difícil de afrontar, pues es muy complicado atemperar las respuestas más adecuadas, sin que ello signifique una absoluta desprotección de los derechos mencionados. Agrega: este autor señala: "Ambos fines del Estado de Derecho –protección– son de naturaleza antagónica y tienen que encontrar un equilibrio que satisfaga, ambos componentes; la prevención general, que en sus distintas formas de aparición sirve a la afirmación del derecho y a su mantenimiento, tiene que estar siempre limitada por la exigencia de libertad ciudadana".

34 Véase: PRADO SALDARRIAGA, Víctor; *Derecho penal y política. Política penal de la dictadura y de la democracia en el Perú*, Lima, 1990, p. 74.



LEGALES EDICIONES

incardinan en lo que denomina un "Derecho penal maximalista", donde los intereses del Estado prevalecen y se sitúan por encima de los derechos y libertades de los ciudadanos; dentro del marco de los fines del Estado, a los cuales persigue llegar, a costa de cualquier precio. La adopción de una "legislación de emergencia"[35] puede provocar la implementación de mecanis-

35 Véase: ORÉ GUARDIA, Arsenio / LOZA AVALOS, Giulliana; *Las Medidas cautelares personales en el Proceso Penal Peruano*, Lima, 2011, pp. 17 y 18 sostiene que: "El modelo de emergencia por definición constituye una respuesta inmediata a un determinado problema social que se presenta también de manera imprevista y que genera una gran afectación al interés público, gran alarma social y alto grado de inseguridad ciudadana. En lo que al proceso penal se refiere el modelo de emergencia privilegia, como no podía ser de otro modo, los valores de orden público y seguridad ciudadana en desmedro del valor libertad". Por otro lado, RIVERA PAZ, Carlos; "Ley penal, terrorismo y Estado de Derecho", cit., passim, sostiene que: "Efectivamente, a inicios de mayo de 1992 el régimen fujimorista promulgó el Decreto Ley 25475, que desde entonces sería reconocido como la nueva ley antiterrorista. Esta ley, a diferencia de las anteriores en el tema, no solo comprendía normas penales sino también normas procesales, normas de organización judicial y normas penitenciarias. En materia penal no solo se tipificó la figura básica del terrorismo, sino también el denominado terrorismo agravado, los actos de colaboración, la asociación ilícita, la instigación y la apología del terrorismo. Además, el Decreto volvió a instalar en nuestra legislación la institución penal de la reincidencia, que había sido proscrita por el Código Penal de 1991. Existe una característica común en la tipificación de las figuras delictivas del Decreto Ley 25475: son tipos penales esencialmente abiertos. La legislación del nuevo régimen se empeñó especialmente en romper las reglas de la precisión y claridad de los tipos penales, con la evidente finalidad de comprender en cada uno de ellos la mayor cantidad de hechos o actos humanos pasibles de ser perseguidos penalmente. Así, tenemos que el artículo 2 del Decreto establece que [comete delito de terrorismo] «el que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o terror en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio o la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años». Como se puede observar, cualquier acto o hecho puede ser considerado delito de terrorismo. Pero no solo debemos referirnos a la existencia de tipos penales abiertos, sino también a la ruptura del principio de legalidad, que siendo un límite impuesto por el propio Estado de Derecho para el ejercicio de su potestad punitiva no se cumplió. Cabe destacar que el Decreto Ley 25475 no solo estableció penas elevadas de veinte y treinta años como mínimos para varios delitos, sino que también reinstaló la cadena perpetua para los delitos más graves. En lo que respecta a los procesos, el mencionado Decreto también transformó radicalmente la situación

LEGALES EDICIONES

mos extra-legales, aún más sórdidos e implacables, que los utilizados por los grupos terroristas; nos referimos a un "Terrorismo desde el Estado", creándose en la lucha antisubversiva grupos paramilitares (como el grupo "Colina" en el Perú), que se utilizan para la guerra sucia contra el terrorismo, grupos que en su contenido no les importa violentar vidas así como transgredir los derechos fundamentales de los ciudadanos[36].

Como es sabido, la influencia de la política es en casi todos los sectores del Derecho y del Derecho penal en particular, sobre todo en la Parte Especial de los delitos, que en algunos casos han sido buenas las decisiones "políticas" que se han tomado a nivel legislativo para la reforma legal de nuestro país; en efecto, después de la dación del Código Penal de Abril de 1991, que era necesario ante la aparición de nuevos fenómenos delictivos, una respuesta de corte punitivo ante el fracaso de los mecanismos de control social formal de corte extra-penal. Así en el campo del Derecho penal patrimonial, por ejemplo, la incorporación del delito de abigeato y sus diversas modalidades típicas (Capítulo II "A", artículos 189-A), y en este mismo rubro se ubica los llamados "delitos informáticos" (Capítulo X) que abarca los artículos 207-A hasta el 207-C del Código Penal; por otro lado, en el campo del Derecho penal de la libertad sexual la incorporación del delito de publicación en los medios de comunicación sobre delitos de libertad sexual a menores (artículo 182-A) o el delito de pornografía infantil (artículo 183-C), entre otros; así también en el Derecho penal de la libertad personal, la incorporación del delito de intervención telefónica (artículo 162 CP).

---

anterior al golpe de Estado, ya que decidió otorgar un poder sin control a la Policía durante la etapa de la investigación preliminar. La norma señala textualmente que la Policía investiga estos delitos «disponiendo que su personal intervenga sin ninguna restricción que estuviera prevista en sus reglamentos institucionales». Por otro lado, concedió a las Fuerzas Armadas facultades para detener a personas presuntamente vinculadas con actos de naturaleza terrorista. La norma también dispuso que, en la etapa de la investigación preliminar, la Policía tenía la atribución de incomunicar al detenido hasta por diez días. Esto fue interpretado por la Policía como una restricción a la posibilidad de que el detenido se entreviste con su abogado defensor".

36 Veánse: PEÑA CABRERA F., Alonso Raúl / FRISANCHO APARICIO, Manuel; *Terminación anticipada del proceso*, Lima, 2003, pp. 406 y 407.

LEGALES EDICIONES

En esta misma línea, podemos ubicar la reforma legal de carácter agresiva y de endurecimiento penal que hubo en los delitos de corrupción de funcionarios públicos, a través de la emisión de la Ley Nro. 28355 de fecha 06-10-04, donde básicamente se reformuló y creó algunos tipos penales (cohecho activo transnacional) y obviamente se incrementó la penalidad de varios delitos de corrupción (entre ellos, el delito de cohecho pasivo, cohecho activo, tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito), que en realidad fue una respuesta "política" a los actos de corrupción que se había iniciado en casi toda la década de los noventa y que recién sale a luz en la década del dos mil –a inicios– a través de la mafia llamada "fuji-montesinista" que abarcó una reforma legal de corte penal material, procesal penal y hasta de ejecución penal.

Ahora bien, las buenas decisiones políticas no sólo han abarcado el campo de la delincuencia convencional o tradicional, sino también –y últimamente– en el campo de la delincuencia no convencional, pues en el Derecho penal ambiental se han creado, a partir de la Ley Nro. 29263 de fecha 02-10-2008 nuevos tipos penales como responsabilidad funcional e información falsa en el delito ambiental, a la vez que se ha mejorado la estructura y clasificación del bien jurídico tutelado de los delitos ambientales; y por cierto algunas decisiones políticas del Estado resultan ser totalmente discutibles –y hasta contradictorias– como por ejemplo la descriminalización en el Código Penal peruano de algunos delitos contra la libre competencia, y que ahora forma parte dichos ilícitos del Derecho Administrativo Sancionador.

La opinión pública quiere ver resultados rápidos y a ello los políticos reaccionan debilitando las garantías relativas a la seguridad jurídica en introduciendo medidas legislativas simbólicas, la inflación penal a partir de las ideologías del "punitivismo" y de las "neo-criminación" la primera de ellas conduce a la incorporación de nuevas figuras delictivas y a la inclusión de nuevas circunstancias agravantes, adelantando cada vez más la barrera de intervención del Derecho penal, previos a un estado real de lesión; mientras que la segunda; mediante el ajuste severo de la dosimetría penal, plantea penas significativamente altas, como

LEGALES EDICIONES

la pena de cadena perpetua, e incluso en el foro político apareció la escabrosa idea de retornar el debate sobre la pena de muerte en caso de los delitos sexuales[37].

En definitiva, la elaboración y ejecución de una política racional y de influencia democrática por parte de un Estado, hace reflejar en el sistema sancionatorio punitivo una respuesta adecuada a los estándares de garantía individual para los imputados y eventualmente a los condenados; sin embargo, y con justa razón, la ciudadanía analiza la siguiente reflexión: de qué sirve crear nuevos delitos en el Código Penal sino lo único que va a provocar es más carga procesal en las Fiscalías y Juzgados penales, si con eso no vamos a generar que los delincuentes vayan a las cárceles de manera inmediata. Con la creación de nuevos tipos penales y re-actualización de algunos lo único que incentivamos es la creación de más procesamientos penales de personas, pero no creamos efectividad real en el sistema penal, ya que para la mayoría de la gente la efectividad hay que medirla cuando el Juez Penal emite sentencia condenatoria con pena efectiva, y luego lo interna en un centro penitenciario. ¿Será correcta dicha apreciación? A mi juicio, esta situación debe cambiar en aras de mantener una línea racional del sistema penal en nuestro país, ya que la efectividad del sistema penal debe estar en perspectiva *ex ante* y no *ex post*.

Es decir, la efectividad debe estar en los medios de control y prevención del sistema social formal, incentivar a las fuerzas del orden a que hagan mejor su trabajo en prevención, mejorar la infraestructura y logística del Poder Judicial, Ministerio Público y el Ministerio de Justicia, etc.; la efectividad del sistema penal debe medirse, en otras palabras, en un estado *anterior* a la simple represión penal, y no en forma posterior, porque si fuera así el sistema penal será visto –lamentablemente– como un instrumento "resultadista" en función a los objetivos que debe alcanzar un Estado –democrático o no–, y no a su función promocional de cara al bien común que debe pregonar.

37 Véase, en este sentido: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; "Las libertades fundamentales vs. la seguridad pública (control de identidad policial). Un asunto de política criminal", en: *Gaceta Constitucional*, tomo 38, Febrero del 2011, p. 45.



LEGALES EDICIONES

En efecto, un político no formado en cuestiones de Derecho penal y procesal penal o simplemente en dogmática jurídico-penal, sólo le interesará quedar ante la Sociedad que lo eligió y dentro de la dinámica del Derecho Penal, sólo la pena estará en su preocupación, soslayando aspectos como la teoría de la ley penal o como la teoría general del delito. Y si le interesa sólo la pena a un político debería al menos adherirse a teorías que estén acordes con nuestro Sistema Jurídico penal (así nuestra Constitución Política, en su artículo 139, inciso 22, señala expresamente que la pena cumplirá funciones de prevención especial, de rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad) concordado con el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal que estatuye prácticamente lo mismo. Sin embargo, el político se adhiere a teorías antidemocráticas que lindan generalmente con las teorías de prevención general negativa, buscando el amedrentamiento de los potenciales delincuentes.

## 3. EL DERECHO PENAL DE EMERGENCIA COMO EXPRESIÓN POLÍTICO-COYUNTURAL DE NUESTRO TIEMPO: EL CASO DEL DELITO DE TERRORISMO

Las legislaciones de emergencia, o llamado también el Derecho penal de emergencia, han venido registrando profundas transformaciones involutivas en relación a la estructura del sistema penal, sus programas normativos y las ideologías que lo legitiman. La producción legislativa de la emergencia ha originado reformas parciales en el campo procesal con una acentuación de su perfil represivo[38]. Por ejemplo, en el campo de la coerción

38 Desde el Derecho penal material, Derecho penal procesal y Derecho penal de ejecución, se trata de poner de relieve desde una visión crítica las causas que producen la "inflación penal" que padecen y reinan no solo en nuestro país, sino casi todo el mundo, el mismo que origina disfunciones político-criminales, dogmáticos, y procesales. Empezaremos con las siguientes interrogantes: ¿Se puede decir que la dación del Código Penal de 1991 fue precisamente la de reducir el uso de violencia del poder punitivo en cuanto a descriminalizar algunas conductas? Entonces ¿Por qué actualmente en nuestro Derecho penal se está percibiendo tendencias que amplían el radio de acción del Derecho penal? En otras palabras: ¿Por qué nuestro Derecho penal actualmente no puede funcionar dentro de un contexto respetuoso de los principios del modelo del Estado Social Democrático de Derecho reconocido constitucionalmente (artículo 3 de la Constitución Política del Perú,

LEGALES EDICIONES

que a la letra señala: *"La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno"*; y el artículo 43 de la misma carta política que prevé lo siguiente: *"La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes"*)? ¿Porque siempre cuando está en juego el intereses de la ciudadanía con el intereses del imputado dentro de un proceso penal, siempre la partida la gana el primero? Para nadie es novedad el hecho que existan determinadas "áreas de influencia" por parte del Legislador patrio donde la Reforma penal y procesal penal resulta especialmente constante y en muchos casos de corte "agresiva", sobre todo cuando se trata de proteger algunos bienes jurídicos valiosos de naturaleza "colectiva", y para ello podemos señalar varios supuestos de nuestra realidad: así por ejemplo la institución de la prisión preventiva en el lenguaje del Nuevo Código Procesal Penal o detención judicial en el lenguaje del inquisitivismo reformado, y su progresivo y desmesurado plazo de duración temporal del mismo en determinados ilícitos penales (v. gr. tráfico ilícito de drogas, lavados de activos, terrorismo, etc.), sino veamos el gigantesco artículo 137 del Código Procesal Penal de 1991, que desde la década de los noventa hasta la fecha viene siendo modificado reiteradamente: así de 9 meses en principio, después se amplío a 18 meses de duración, y hasta se modificó la ley procesal para ampliarlo hasta 36 meses como está regulado actualmente; claro esto sin contar con la complementación –de manera jurisprudencial– que ha realizado nuestro Tribunal Constitucional, a través de la sentencia, primero de fecha 23 de noviembre del 2004 (Expediente Nro. 2915-2004-HC/TC) y luego a través de la sentencia de fecha 27 de Julio de 2006 (Expediente Nro. 7624-2005-PHC/TC) ampliando hasta 72 meses el plazo de duración prisión preventiva siempre que el inculpado represente un peligro para la "seguridad ciudadana", la "soberanía nacional", el "Estado de Derecho" y la "sociedad en su conjunto"; el máximo intérprete de la Constitución nos está señalando que existen determinados delitos complejos donde la fuerza –hasta irracional– del Derecho penal y procesal penal debe ejercerse a su plenitud, con este marco legal de ampliación temporal de la prisión preventiva no hace más que confirmar que entre la pena con declaración de culpabilidad y la prisión preventiva por declaración de peligrosidad procesal, sólo existe una diferencia de corte literal-formal, que ya en el fondo ambas instituciones realizan la misma función en realidad: "privar de libertad a una persona". En esta misma idea de pensamiento podemos citar las instituciones de la "reincidencia" y la "habitualidad" como aspectos agravantes del delito incorporado en el artículo 46-B y C del Código Penal peruano, y también el instituto, nuevamente, de la prisión preventiva incorporado como un peligro de reiterancia del imputado; por otro lado hemos detectado que también las delegaciones de funciones legislativas que permite –constitucionalmente– el Congreso de la República al Poder Ejecutivo para legislar en materia penal, es un claro ejemplo de obtener resultados próximos, a corto plazo utilizando la maquinaria penal, ya que ha permitido regular aspectos muy complejos como el caso de la protección de la "Seguridad Ciudadana" cual bien jurídico de naturaleza omnicomprensivo, pues ha permitido el ingreso de otros sub-bienes jurídicos como la vida humana, libertad personal, patrimonio, etc., que ha permitido ciertos excesos por

LEGALES EDICIONES

personal, se han duplicado los términos automáticos de la excarcelación (v. gr. se aumentó en un tercio la duración del máximo de los términos de custodia preventiva), se introdujeron hipótesis de suspensión de los términos de la excarcelación preventiva (el aplazamiento o la suspensión del proceso por razones atribuibles al procesado y la imposibilidad por fuerza mayor de constituir el colegio judicial o ejercer la defensa, usándose expresiones indeterminadas como, fuerza mayor; para la suspensión de la duración de los términos), se excluyó la posibilidad de conceder libertad provisoria (criticadas desde del garantismo por su automatismo –que viola el principio constitucional de fundamentar las resoluciones– y que prescinde de criterios de evaluación procesal), la reintroducción de efecto suspensivo para actos del Ministerio Público (la ejecución de disposiciones que concedan libertad provisoria se suspende durante el juicio de impugnación)[39].

En esta línea de pensamiento, parte de la política legislativa en materia penal desarrollada en la década de los años 80' se ha caracterizado por un esfuerzo de reforma penal que ha culminado con la expedición de los códigos penal, procesal y de ejecución penal muy cercanos a líneas garantistas, pero al mismo tiempo la formulación de una legislación penal de emergencia altamente sobrecriminalizadora, tendente a enfrentar al terrorismo y al narcotráfico[40].

---

parte del Ejecutivo sobre todo en el tema de los Derechos Fundamentales de las personas. Otro tema donde también se ha mostrado las áreas de influencia del Derecho penal son los llamados "beneficios penitenciarios", ya que cada vez que el Estado ha querido sentir su constante agresividad ha señalado su absoluta prohibición de beneficios penitenciarios para determinados delitos considerados graves para la sociedad como son los delitos de terrorismo, agravantes del lavado de activos, para algunos casos de violación sexual de menores, entre otros, más aún nuestro Tribunal Constitucional se ha mostrado a favor de ésta tendencia señalando que los beneficios penitenciarios se tratan de una prerrogativa del Estado, si quiere la da y si no quiere no la da.

39 Véase: VILLAVICENCIO T. Felipe; *Introducción a la criminología*, Lima, (primera reimpresión) 2000, p. 174.

40 Véase: VILLAVICENCIO T.; 2000, p. 186. El mismo autor VILLAVICENCIO sostiene que: "La doctrina de la "seguridad ciudadana" implica, en este uso, la absolutización del valor "seguridad" frente a delitos contra la propiedad, pretendiendo justificar, mediante esta alucinación bélica, especialmente frente a pequeños delincuentes, las ejecuciones sin

LEGALES EDICIONES

Una prueba palpable de que en nuestro país ha estado marcado desde hace ya algún tiempo por un denominado "Derecho penal de emergencia", que no es sino una expresión de una política criminal de tipo coyuntural para hacer frente a la criminalidad; en otras palabras, se trata de la utilización de un Derecho penal para solucionar *inmediatamente* el problema por ejemplo de la delincuencia patrimonial, sexual, de violencia familiar, libertad personal, etc. En realidad la "emergencia" viene dado por el estado de urgencia de la población en querer solucionar los problemas que suscita la delincuencia; el estado de emergencia delincuencial hace que no se propongan desde el marco político-criminal estudios y análisis serios y consistentes que englobe aspectos sociológicos, económicos, psicológicos, criminológicos, etc., y que muchas veces lesionan garantías y derechos fundamentales de las personas. Una muestra de lo que estamos hablando es el caso del fenómeno terrorista[41].

---

proceso, el asesinato de niños y adolescentes y la práctica de la tortura, de modo análogo a como la seguridad nacional, pretendió justificar las desapariciones forzadas, los homicidios y la tortura en las décadas pasadas, ahora victimizando a un grupo más vulnerable, con su mayor incapacidad para acceder a la justicia nacional y a los organismos regionales y mundiales de derechos humanos. Esta doctrina de la seguridad ciudadana, tiene diferentes orígenes vinculados a varios aspectos del poder: el poder policial en busca de aumento o conservación de su control público, el poder de la comunicación social en procura de audiencia y control a través del terrorismo informativo, el poder político en procura de clientismo y el poder económico no tradicional en busca que sus actividades no sean percibidas como delictivas (pp. 188 y 189). Resulta evidente que el poder de los jueces es escaso y se ve en gran medida debilitado por las diversas limitaciones que tienen para el ejercicio de su actividad. En muchos casos, los jueces carecen de independencia externa e incluso interna en relación a la organización judicial. Además, carecen del poder suficiente para mantener con éxito luchas de poder: por ejemplo, la policía es una institución que ejerce un mayor poder de control, los medios de comunicación pueden desarrollar una actividad de neutralización a través de difamaciones e incluso precriminalizando a un individuo y ridiculizando o condicionando a una autoridad judicial, los políticos suelen hacer blanco en los jueces alegando incompetencia para el ejercicio de la función, etc. En este orden, la actitud de los jueces de optar en su mayoría por la doctrina de la seguridad ciudadana no es más que una actitud de defensa frente a las probables agresiones de otros poderes" (p. 196).

41 Por ejemplo, la incorporación de la pena de cadena perpetua mediante el Decreto Ley 25475 contradice algunos principios limitadores de la potestad punitiva estatal –*ius puniendi*– como son la proporcionalidad de las penas; la culpabilidad, dado que en los casos donde el juez considere responsable a una persona por un delito que contemple la pena de cadena

LEGALES EDICIONES

En efecto, a medida que el fenómeno del terrorismo avanzaba en el Perú, la legislación penal sobre esta materia se va ampliando desmedidamente –tanto en conducta típica y como en sanción penal–, hasta crearse una "nueva" legislación especial en el año 1992; así lo ha puesto de manifiesto Prado Saldarriaga cuando dice que la "...revisión panorámica y general de la política penal del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, vía su producción legislativa, es poco novedoso que podemos encontrar, si comparamos sus líneas de acción con las de los gobiernos precedentes. En efecto, sigue preocupando al Estado la lentitud judicial, *la agresividad del terrorismo*..."[42]. Empero, no sólo desde el punto de vista jurídico-sustantivo sino también jurídico-procesal es que se ha modificado la legislación terrorista en el Perú. Lo único que se conservó desde el Proyecto de Código Penal de 1986 hasta el año 1992 es que el delito de terrorismo se ubica dentro de los denominados Delitos contra la Paz Pública, Delitos contra la Tranquilidad Pública.

Es indubable la gravedad social que ha producido, que viene produciendo, y quizá seguirá produciendo el fenómeno del terrorismo no sólo en el Perú, sino en el mundo. Ello implica elaborar un arsenal de medidas preventivas y regresivas. Al margen de que tiene que cambiarse la estructura injusta de la sociedad peruana, empezando por reformas sociales serias, que tendrían que ir acompañadas por un conjunto de procesos de democratización que incluya a las masas populares, el Legislador tendría que apelar a medidas de carácter penales como medio de control social para que tengan eficacia en la sociedad. Por ello el denominado Derecho Penal antiterrorista es también un Derecho que ampara los bienes jurídicos de la comunidad, que son bienes colectivos. Como puede observarse en nuestro país en la Legislación Penal contra el Terrorismo, específicamente mediante la

perpetua no podrá aplicar otra pena, ni graduar la misma, puesto que estaríamos ante una pena tasada, salvo que concurra alguna atenuante; intervención mínima, esto es, que el Derecho penal solo se aplica para casos extremos, donde otras formas de control social no hayan podido evitar la realización de determinado tipo de conductas.

42 Véase: PRADO SALDARRIGA, Víctor; *Comentarios al Código Penal de 1991*, Lima, 1993, p. 177.

LEGALES EDICIONES

dación del Decreto Ley N° 25475 –Ley de Terrorismo– dado en el año 1992, y otras tantas leyes penales del sector.

El Derecho penal de emergencia patentiza la legislación antiterrorista pretendiendo justificar la suspensión de garantías fundamentales que la formalidad del proceso penal siempre ha amparado al imputado. Resulta importante concebir el modelo de Estado cuando se quiere cautelar determinados intereses, así, la expedición del Decreto Ley N° 25475 fue dado por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, un gobierno como dice el propio nombre de "Emergencia" no sólo en el plano político, social y económico, sino también jurídico. El criterio de eficiencia militar y las leyes penales y procesales de emergencia de ninguna manera legitiman la violación de derechos fundamentales. El Derecho penal antiterrorista es un derecho que si bien ampara bienes jurídicos valiosos como la "tranquilidad pública", también es cierto que esto debe hacerse respetando los derechos de quienes son considerados "terroristas".

## 4. ¿LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL EN LA SOCIEDAD RESULTA SER IRRACIONAL?

El Derecho penal resulta ser un medio adecuado y necesario que sirve precisamente para hacer viable una política criminal eficiente, pero a veces una política criminal sin un marco legislativo coherente hace impropio cualquier estrategia de combate a la delincuencia. Valga la aclaración, que las medidas políticas criminales no sólo es competencia del legislador en plasmar en la ley penal el diseño de la misma, sino de las otras ramas del poder público como del Ejecutivo como es obvio, bien sea en su condición de legislador "extraordinario"[43], reglamento, materia-

43 Desde los años 80, en nuestro país el presidente ha sido quien a promulgado las normas más importantes en el ámbito penal a través de las facultades delegadas como son los decretos legislativos, como es el caso de la Ley Antiterrorista (Dec. Leg. 046 de 1981); Delitos Económicos (Dec. Leg. 123); Procesal Penal Sumario (Dec. Leg. 124); modificatorias al Código de Procedimientos Penales (Dec. Leg. 126); Código de Ejecución Penal (Dec. Leg. 330 de 1985); el Código Penal (Dec. Leg. 635); Código Procesal Penal (Dec. Leg. 638); el Código de Ejecución Penal (Dec. Leg. 654).

LEGALES EDICIONES

lizando sus funciones "ejecutivas", entre otros; y el Poder Judicial mediante el procedimiento de un determinado fallo[44].

Por eso para muchos críticos el Derecho penal es la rama del ordenamiento jurídico que más tiene que ver con la irracionalidad, además de con la violencia y con el mal: irracionalidad de los autores, de las víctimas y del mismo Parlamento que construye las leyes emotivamente, de modo instrumental-simbólico, por razones de mero consenso político o de lucha política, y de este modo sin un examen ni un proyecto científico. El uso político del Derecho penal, desvinculado de los controles de racionalidad y de verificación de la extrema *ratio*, lo ha puesto por ello demasiado libre de perseguir objetivos inconfesables de volverse un fácil *instrumentum regni*.

Este ejercicio punitivo del Estado trae consigo una grave afectación de los derechos fundamentales de la persona. Las penas comportan la privación o la restricción de la libertad, de derechos o del patrimonio. Es por ello, que siempre ha existido la necesidad de establecer límites al poder estatal. Lo que ha conllevado a plantearse criterios claros y precisos sobre la justificación de la pena, poder discernir qué acciones deben ser prohibidas, fijar las condiciones cuya preexistencia permita la imposición de la sanción y la especificación de los casos en que la actividad punitiva es oportuna, necesaria y positiva. Esta compleja problemática, se ha tratado de resolver mediante el estudio del fin y naturaleza de la pena[45]. La pena se refiere al castigo legal establecido para las infracciones previstas en el Código Penal, impuesta por el órgano judicial competente, con una triple función en la actualidad: la preventiva, la protectora y la resocializadora. La pena al constituir uno de los principales instrumentos que utiliza el Estado para exigir el cumplimiento de las disposiciones del

44 Un ejemplo en este punto podría ser cuando el juez exime de responsabilidad penal al encausado por delito de libramientos indebidos en la modalidad de endosar un cheque (artículo 215 inc. 1 del C.P.) que ha sabiendas no tenía fondos, no obstante esto se debió a que al autor en esos momentos lo rodearon circunstancias.

45 Véase: HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, I, Lima, 2005, p. 10.

LEGALES EDICIONES

ordenamiento jurídico, su función no puede encontrarse desvinculada de la función que a su vez cumple el Estado.

En cambio, la política penal se compone por todas aquellas estrategias que se valen del control penal para alcanzar las metas del Estado[46]. En otras palabras, la política penal significa prevenir delitos a través de la pena, que debe ocupar el último lugar en los planes político–criminales del Estado (prevención del delito en general). Quizá no este demás poner de relieve que a mi entender, esta susceptibilidad a la protección penal se debe que el *ius puniendi* es generador de seguridad en la ciudadanía; de esto se colige que en el Perú no hay una política criminal definida solo esta reducido a una política penal improvisada. Y como correlato de lo anterior casi siempre el Poder Legislativo apela a una demagogia, pues no se ha tenido en cuenta que la eficacia para la protección de los bienes jurídicos, no se obtiene a través de unas "excelentes" leyes supraintimidadoras de los marcos penales que expresa una prevención general negativa, so pretexto de erradicar el flagelo criminógeno-delincuencial[47] [48], lo cual nos parece una verdad de perogrullo, sino que la eficacia debe prevenir de las instituciones y operadores sociales (policías, fiscales,

46 Véase: PRADO SALDARRIAGA Víctor; *Derecho penal y política (política penal de la dictadura y de la Democracia en el Perú)*, Lima, 1990, p. 15.

47 Alguien dijo que los que se preocupan únicamente por agravar los castigos, actúan como los malos galenos, que recetan a sus pacientes (yo diría sus víctimas) solo analgésicos y calmantes.

48 En este aspecto también es necesario tener en consideración el doble adjetivo de toda política criminal, es en primer lugar la necesidad del individuo y la de todos nosotros de estar protegidos, no solo de los delincuentes que atacan contra nuestros derechos, y en segundo lugar también tenemos que protegernos del poder punitivo estatal a fin de que respeten las garantías penales y es necesario ir definiendo los límites de su poder. Hasta se dice con frecuencia que estos dos adjetivos son contradictorios, ya que cómo podemos estructurar un sistema penal eficaz, si es respetuoso de las garantías de las personas, hay quienes piensan que un sistema penal es tanto más eficaz, mientras menos derechos y garantías reconoce. Pero no es cierto que los sistemas penales más duros, sean más eficaces en el control de la ciudadanía y no es verdad tampoco que los sistemas más liberales (por ejemplo Holanda, donde casi hay una semi abolición del Derecho Penal), sean menos apremiantes de un estado de necesidad que lo obligaron a no cumplir con su obligación. Esta decisión judicial a mi modo de ver encierra la ejecución de un criterio político-criminal. Ineficaces, porque si algo ha probado la criminología contemporánea en todo el mundo es que no existe esa relación mecánica.

LEGALES EDICIONES

jueces, etc.); que tienen que tener la posibilidad de detectar el delito y procesar penalmente a su autor. En buen romance "más vale prontitud en su persecución que agravar en su represión".

Y porque, además, se ha olvidado que el Derecho penal, aunque parezca paradójico decirlo, resulta ser caldo de cultivo de violencia que se expresa como un circulo vicioso pues su ocupación gira entorno a delitos considerados violentos (terrorismo, robo, secuestro, etc.) y los soluciona también de una manera violenta (cadena perpetua, pena de muerte, etc.). Otro punto que deberíamos que tener presente es la siguiente interrogante que plantearemos, que producirá un poco la sensación que debe tener un carnicero cuando es invitado a hablar sobre la prevención de la enfermedad de la vacas locas o de fiebre aftosa, y ella es: si el Derecho penal ¿puede prevenir el delito?; ¿esa es realmente su función en la práctica? La respuesta es negativa, porque si el Derecho penal fuera perfecto, no habría delitos en el mundo. Por eso quizá se observa una evidente contradicción entre lo que prescribe la Exposición de Motivos del Código Penal de 1991 al asumir una posición retributiva de la pena y el art. IX del Título Preliminar hacer referencia a las teorías prevencionistas de la pena.

A mi juicio creo que no le falta razón a Caro Jhon cuando sostiene que el "Derecho penal no moraliza un pueblo, no hace menos corrupta a una sociedad, no acaba con el hambre y la pobreza, todo lo contrario, el Derecho penal cumple a lo sumo la función de evitar la impunidad de los delitos. Pero esta función del Derecho penal tiene sentido solo en un Estado de Derecho que cuenta con la pena como el único instrumento jurídicamente para hacer frente a la impunidad de los delitos"[49]. Si los políticos tomaran consciencia firmemente de la frase arriba reseñada, creo que en nuestro país no hubieran menos leyes penales de efecto agravatorio (tanto en conducta típica como en penas conminadas) ya que se daría más importancia a las políticas y programas generales de asistencia social y de prevención delictiva a todo nivel (por ejemplo, crear mejores valores y principios

49 Véase: CARO JOHN, José Antonio; *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudio de Derecho penal funcionalista*, Lima, 2010, p. 351.

en el hogar familiar, crear mejores escuelas y colegios y esto de la mano con buenos profesores, capacitar a nuestros policías en prevención y eficacia en contra de la delincuencia, tener una vigilancia en nuestros hogares, etc.).

No es muy bueno que en el Congreso de la República se estén presentando proyectos de leyes de reforma penal –con el único propósito que los Congresistas tengan un excelente récord y queden bien ante la población que los eligió– y que los mismos se aprueben en las respectivas comisiones y en el pleno y sean promulgados por el Poder Ejecutivo, lo único que demuestra esto es la incapacidad e inoperancia del Estado de afrontar eficazmente a la delincuencia –convencional y no convencional– desde la prevención y reacción de la misma, y lo único "a disposición" que encuentran los políticos –ante la amenaza inminente– es reformar inmediatamente las leyes penales para decir que "están haciendo algo" por la seguridad ciudadana.

## 5. EL DEBILITAMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL MÍNIMO: EXCLUSIVA DE BIENES JURÍDICOS, DE FRAGMENTARIEDAD Y DE SUBSIDIARIDAD POR PARTE DE LOS POLÍTICOS

El divorcio entre lo que se pregona en las Facultades de Derecho de las Universidades y lo que se escucha decir de los políticos en los medios de comunicación resulta ser, en la mayoría de veces, evidente. Al parecer los políticos ignoran, o tratan de ignorar, que el Derecho penal está guiado en cuanto a la criminalización primaria de los hechos punibles –gestación de normas jurídicas– se refiere, por determinados principios básicos de intervención penal de carácter mínimo como el de exclusiva protección de bienes jurídicos, el de subsidiaridad y el de fragmentariedad. Normalmente se señala que los bienes jurídicos de naturaleza individual o colectiva no son protegidos por lo general contra toda forma de ataque o lesión, pues el Derecho penal dejaría de ser la última ratio o la última línea de defensa del ordenador jurídico[50].

50 Así, véase el Recurso de Nulidad N° 2090-2005 Lambayeque, de fecha 7 de Junio de 2006, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, que tiene dicho en el Con-

LEGALES EDICIONES

En realidad, el Derecho penal solo protege de manera fragmentaria los bienes jurídicos, interviniendo en las formas más graves e insoportables de lesión que debilitan la confianza en la norma y ponen en peligro la convivencia pacífica[51]. Es decir, primero se crea el delito y después se analiza si dicho delito protege verdaderamente un bien jurídico; primero se crea el delito y luego se analiza si verdaderamente los demás mecanismos de protección extra-penal han fracasado; primero se crea el delito y luego se analiza si el Código Penal está sobredimensionado de delitos en su Parte Especial o en leyes complementarias.

Lo importante desde el punto de vista de la política es que se dé una respuesta rápida y eficaz –de manera legal y punitiva– al problema que se quiere combatir, y una forma de tranquilizar a la ciudadanía es precisamente creando más delitos en el Código Penal, elevar las penas existentes y poniendo rápidamente en la cárcel a los delincuentes, aunque los profesores de las Facultades de Derecho expresan a viva voz y los libros de Derecho penal digan todo lo contrario. A mi juicio, creo que el tema está en la formación que recibe cada uno de los agentes. Así por ejemplo, al político se le forma para defender a la sociedad, en cambio, al penalista se le forma para la aplicación racional del sistema penal. En efecto, y siguiendo al Profesor Silva Sánchez, cuando comenta el Código Penal español de 1995, decía que existe una tensión entre el "legislador claramente maximalista" y el "profesor (contradictoriamente o según los casos) minimalista"[52].

---

siderando Tercero, lo siguiente: *"Que, como está jurídicamente consolidado, el Derecho penal no es el único medio de coacción estatal destinado a proteger bienes jurídicos y su actuación sólo se justifica como un medio complementario o subsidiario del arsenal de medios coercitivos estatuidos por el ordenamiento jurídico porque constituye la última ratio en relación con los demás medios de control social"*.

51 CASTILLO ALVA, José Luís; *Violación sexual en el Derecho penal peruano*, Lima, 2001, p. 22.

52 Véase: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; "Malos tiempos para la Codificación penal en Europa a propósito del Nuevo Código Penal español", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nro. 7/8, Lima, 1999, p. 276. Este autor agrega que la evolución de la Política Criminal "real", que se manifiesta en la legislación positiva de la práctica total de los Estados puede –sin exceso– calificarse de maximizadora, efectista, ineficaz y tendencialmente antigarantista.

LEGALES EDICIONES

Resulta una demagogia por parte de los Partidos Políticos decir que van a reducir la delincuencia en una ciudad, que utilizaran el Derecho penal para esos objetivos. Es que el Derecho penal siempre es utilizado por los políticos para precisamente encubrir determinadas falencias, conocida es aquella frase que el Derecho penal es utilizado como "*prima ratio*"[53] y no como "*ultima ratio*" porque ante la desidia del Estado en no querer asumir en serio las necesidades básicas de la población, y no diseñar un plan estratégico de controlar y prevenir la delincuencia convencional y no convencional, a los gobernantes de turno no le quedan más alternativas que acudir al sistema penal para reprimir con severidad dicha delincuencia.

Y es que política y Derecho Penal a través de la historia han ido siempre de la mano, como dos adolescentes que precisamente "adolecen" de la madurez requerida para hacer frente ante determinadas situaciones conflictivas como la delincuencia, en la cual ninguna de las partes de esta situación conflictiva salga dañada, ni el delincuente ni la sociedad. Pero normalmente ve-

53 Un ejemplo sería el caso del delito de acoso sexual y su incorporación al Código Penal peruano, debo de manifestar mi disidencia por múltiples razones: en primer lugar, desde un criterio de tutela jurídica, ya que el supuesto de acoso sexual se encuentra de alguna manera suficientemente tutelado en otras esferas jurídicas como el campo laboral privado y público, como en el campo de la educación y también en la esfera militar y policial (véase la Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, Ley 27942 y su Reglamento). No resulta atendible la afirmación de que como en otras esferas jurídicas se encuentra tutelado y que faltaría su protección desde el derecho penal, pues eso sería desconocer los principios básicos que impone la *mínima intervención penal*, específicamente el principio de *ultima ratio*, en la medida que sólo el derecho penal debe intervenir cuando los demás mecanismos de protección jurídica o extra jurídica han fracasado en la prevención y represión de las conductas, en este caso de acoso sexual. Por lógica consecuencia, tampoco estamos de acuerdo con la incorporación de los delitos agravados de acoso sexual. También se pretendido incorporar como delito el acoso sexual porque la Ley de Prevención y sanción del Hostigamiento Sexual, Ley 27942 y su reglamento expresa que para la investigación de los actos de hostigamiento sexual se acuda no solo a la vía administrativa, sino también a la *vía judicial*. Sin embargo, cuando la norma sobre Ley de Prevención y sanción de Hostigamiento Sexual, Ley 27942 y su Reglamento aluden a la vía judicial no está diciendo que sea necesariamente la jurídico-penal, que puede encontrarse otras vías distintas a la penal. No se trata de imponer un mandato al legislador para que criminalice todas las conductas que aparecen de manera "implícita" en algunas legislaciones como la Ley de Hostigamiento Sexual.

LEGALES EDICIONES

mos por los medios de comunicación que siempre sale ganando la sociedad porque está el Estado de por medio con su arsenal institucional y legislativo, y el delincuente siempre terminará perdiendo, purgando cárcel hasta por cadena perpetua. Ni que decir de las inconsistencias que presenta el sistema penal cuando de legitimidad y eficacia se trata.

Lamentablemente, con todo lo acotado anteriormente se refuerza aún más la idea peligrosa, del siempre predicado pero nunca realizado "*ultima ratio*" que pasa a ser solo un recuerdo lírico, y al parecer empieza a convertirse en un axioma aquello de *prima ratio*[54]. No cabe duda de que sigue vigente la famosa frase del Fiscal Von Kirschmann, según la cual "cuatro palabras

54 Véase, en este sentido, la resolución expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de fecha 1 de Julio del 2008 de la Corte Suprema de Justicia (R. N° 5080-2007), que en el considerando séptimo ha dicho lo siguiente: "Que, teniendo en cuenta lo antes anotado es preciso indicar, además, que el derecho penal deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando dicha protección puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos, para los derechos individuales, en tal sentido en el análisis del caso concreto debe entrar en juego el principio de subsidiaridad, según el cual el derecho penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. Por otro lado, el denominado carácter fragmentario del Derecho Penal, constituye una exigencia relacionada con la anterior, es decir, significa que el Derecho Penal no ha de sancionar todas las conductas vulneradoras de los bienes jurídicos que protege ni tampoco todos ellos son objeto de tutela, sino solo castiga las modalidades de ataque más peligrosas para ellos –el Derecho Penal protege el bien jurídico contra ataques de especial gravedad– ambos postulados integran el llamado principio de intervención mínima del Derecho Penal, que consiste en que la intervención del Estado solo se justifica cuando es necesaria para el mantenimiento de su organización. Por eso solo debe acudirse al Derecho penal cuando ha fracasado todo los demás controles, pues el derecho punitivo es el último recurso que ha de utilizar el Estado. Ello porque el derecho penal no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino solo las que revisten mayor entidad la potestad de castigar no puede ser ejercida por el Estado de manera ilimitada, pues se caería en el abuso y la arbitrariedad, es necesario imponerle diversos controles, por eso se habla del carácter fragmentario. Ahora bien, debe tenerse en cuenta además, que la doctrina sobre los bienes jurídicos ha alcanzado un desarrollo y ahora esta materia ya no se debe entender desde un punto de vista formal, como tradicionalmente era tratado, sino que resulta necesario también un enfoque desde una perspectiva social, entendiéndose que el Derecho Penal no puede proteger todos los bienes jurídicos, sino los que son realmente relevantes y peligrosos para la sociedad, porque de lo contrario se caería en una exageración. Que, en concordancia con lo expuesto, las diversas irregularidades administrativas que se hubieran cometido en los diversos contratos a favor de la empresa TANS, penalmente no resultan relevantes, puesto que no

LEGALES EDICIONES

del legislador son capaces de deshacer la validez de bibliotecas enteras"; o como diría Sebastián Soler "el mejor Tratado de Derecho no puede derogar a la peor ley". Y esto, de alguna manera, tendría su justificación, en sociedades tercermundistas y dependientes como el Perú, donde la formación académica sobre política criminal no existe, y por ende ha carecido fundamentalmente de la ausencia de interés por reflexionar e investigar de manera científica e integral el estudio de la problemática de la criminalidad nacional[55].

En definitiva, sin la política el Derecho penal fuera algo así como un texto punitivo sin vida propia, un pedazo de papel sistemáticamente organizado en artículos pero inerte. Los políticos, a través de sus opiniones en la prensa, con sus decisiones –acertadas y otras no– en la gestación, interpretación y derogación de las normas penales en el Poder Legislativo, y claro está el Poder Ejecutivo, principalmente a través de sus agencias penales –la Policía– hacen que el derecho penal sea mucho más dinámico y asequible para con la sociedad, que es al final de cuentas donde tiene sus objetivos fijados el Derecho penal (vale decir el llamado principio de protección exclusiva de los bienes jurídicos tutelados es el principal principio que los políticos tratan de res-

existe el derecho administrativo que puede ocuparse de tales situaciones, sin necesidad que estas tengan que ser, necesariamente, consideradas como ilícitos penales".

55 Al respecto: PRADO SALDARRIAGA, Víctor; "Reforma penal ¿Quo vadis, Perú? (Balance critico de un proceso improvisado)", en: PEÑA CABRERA, Raúl (Director), *Debate Penal*, Rev. Cuatrimestral N° 3, 1987, pp. 588-590, afirma que "El jurista peruano es un ente cerrado a la indagación socio-política; es el prototipo del dogmático de los años 50. Para él, el problema penal peruano queda reducido a las incoherencias entre la legislación y las opiniones "ilustradas" de sus autores extranjeros preferidos. Por Tanto, no era del todo sorprendente que la intelectualidad nativa abordase la discusión de la reforma como un balance técnico de "normas buenas y malas"; es decir, que la efectividad político criminal de los proyectos era, en todo caso, un "problema de segundo orden".(...) El "provincianismo intelectual" es también un resultado de nuestra dependencia cultural. La argentinización o europeización de nuestra dogmática y de nuestro dogmático son, pues, efectos del subdesarrollo". En ese sentido HURTADO POZO, José; sostiene "Que esta situación del Derecho Penal peruano, que es parte de la cultura nacional, sea el resultado fatal del estado de dependencia socio-cultural que caracteriza nuestra condición de país subdesarrollado, puede ser discutido. Pero es evidente que en este dominio carecemos, hasta ahora, de fuerza creadora, que las actividades son de naturaleza predominante imitativa y que el impera la improvisación". Ob. cit., pp. 119 y 120.

LEGALES EDICIONES

petar y cumplir a cabalidad, ya que dichos bienes jurídicos son "exclusivamente" de la sociedad, no son bienes jurídicos del delincuente, ya que para la protección de los "bienes jurídicos" del delincuente sólo y únicamente se encarga su abogado defensor, nadie más).

Así por ejemplo, de los delitos económicos, es decir, por ejemplo aquel sujeto que sustrae ilegítimamente la cartera, conteniendo 30 nuevos soles en ella, el autor o partícipe irá a la cárcel por lo menos 10 años según el Código Penal peruano; sin embargo, si determinados agentes económicos (empresarios) se ponen de acuerdo en una licitación para defraudar a otras empresas y pactar precios, y con ello se está afectando el bien jurídico de libre competencia, en consecuencia las empresas involucradas se "sustraen" de manera ilegítima algunos miles de millones de soles a sus peculios, perjudicando a los consumidores, esto al menos en el Perú solo constituye una mera infracción administrativa desde el año 2008 a través de la reforma legal (Ley Nro. 29263) que hubo en los delitos económicos.

Esta incongruencia responde, en realidad, a la influencia de intereses netamente económicos, a un plan de política económica del Estado y no necesariamente a eficacia de perseguir los delitos. Todos sabemos que la reforma legal producto claro está de la vigencia del Tratado de Libre Comercio que el Perú ha firmado con los Estados Unidos de Norteamérica. En otras palabras, al Estado le interesa que las empresas nacionales y extranjeras tengan estabilidad económica por que a través de ellos la gente tendrá más trabajo, en cambio el pobre delincuente de cartera que irá 10 años de cárcel no le interesa, mientras que los empresarios son necesarios para el resurgimiento de la economía peruana, y que en realidad los delitos económicos, como algunos dicen, son "costos inevitables del progreso" de un país, nada mas erróneo.

En otras palabras, los políticos con el lenguaje que manejan hacen que la comunicación a través del Derecho penal sea una comunicación entendible para con la sociedad, ya que a veces los dogmáticos tienen el problema de la abstracción jurídico-penal,

LEGALES EDICIONES

donde sólo ellos entienden las instituciones que estudian y analizan, sin ninguna conexión con la ciudadanía. Por ejemplo en Alemania algunos profesores tuvieron que redactar un Proyecto Alternativo al Código Penal alemán, este Proyecto "alternativo" al Proyecto oficial que se estaba realizando en el Congreso, contenía una idea definida de política criminal, en relación por ejemplo a las penas que deben imponerse a los infractores, y no por ejemplo estar discutiendo la ubicación del dolo en la teoría del delito, discusión entre finalistas y causalistas, que era algo que el Proyecto Oficial estaba realizando.

### Excurso: el concepto de Seguridad Ciudadana y el principio de subsidiaridad en el caso de los delitos patrimoniales en el Perú

En tal contexto, "nuestro" Derecho penal como consecuencia de su conocida función subsidiaria[56] y complementa-

56 En este punto debemos advertir que la protección brindada al bien jurídico-penal es a su vez una protección realizada de *manera indirecta o mediata* a todas las ramas del ordenamiento jurídico, ya que sería contradictorio que por un lado, se proteja la vida y por el otro sería tolerable su extinción. En tal virtud, utilizaremos la denominación: bien jurídico-penal. En este orden de pensamiento, la función que realmente se considera legítima y adecuada al Derecho penal, es la *función instrumental*, la misma que se concibe como medio para la protección de bienes jurídico-penales resultantes de una selección operada conforme a los principios de intervención mínima, que legitima a las normas penales pues consiste en el efecto disuasorio de las conminaciones legales a sus eventuales infractores por la aplicación de la ley. Afirmándose que las controvertidas funciones de carácter *simbólico* (resultado de momentos críticos económicos, sociales o políticos que suelen incidir en la criminalidad "expresiva": terrorismo, narcotráfico; además priman las funciones "latentes" sobre las "manifiestas"), *promocional* (que el Derecho penal debe operar como un poderoso instrumento de cambio y transformación de la sociedad y no limitarse a conservar el *statu quo*) y *ético-social* (el Derecho penal como fuerza creadora de costumbres y un "poderoso magisterio" de *facto*) significa una conculcación a los principios de subsidiaridad –*ultima ratio*– e intervención mínima.

En tal sentido, conforme a los postulados del Derecho penal mínimo que orienta los procesos de criminalización y descriminalización de los Estados modernos, la intervención penal debe presentarse como "ultima ratio", es decir ante el fracaso de los mecanismos de control social extra penales en la protección de los bienes jurídicos fundamentales contra las formas de ataque que revisten mayor lesividad y siempre que la respuesta penal pueda ser eficaz. De otra parte, debe evaluarse desde el ámbito del Derecho penal mínimo la verificación del *principio de utilidad* del Derecho penal, que en algunos casos confirma la inconveniencia de la tutela punitiva, y en otros más bien la confirma, como en

LEGALES EDICIONES

ria dentro del marco del control social formalizado, propugna la existencia de otros sectores jurídicos extra-penales donde la protección de determinados bienes jurídicos también resultaría igualmente eficaz; sin embargo, si bien en principio se podría afirmar que constituiría una forma y manera de racionalizar y limitar la violencia –convencional y no convencional– dentro de una Sociedad, a la vez constituiría un serio problema por la reiterada confluencia normativa-legal que se suscita, ya que citada función subsidiaria y complementaria de la intervención punitiva trae como corolario que existan algunas zonas "límites" de la responsabilidad penal con algunos sectores de la responsabilidad extra-penal.

En ese sentido, existen una dualidad de supuestos concretos de zonas límites dentro del campo del Derecho penal de corte material: así, por un lado, están aquellos delitos donde tienen zonas fronterizas con el *Derecho público administrativo* (que pueden ser de naturaleza disciplinaria y sancionadora) como son los delitos ambientales, delitos socio-económicos, delitos financieros, algunos delitos contra la propiedad intelectual, y delitos contra la libre competencia, etc.; y por otro lado, están aquellos delitos donde tienen zonas fronterizas más bien con el *Derecho privativo civil*. Tanto ha sido la influencia que ha tenido el Derecho administrativo-sancionador con respecto al Derecho penal que no sólo ha condicionado la definición de la tipicidad penal de algunos delitos –a través del tema de la ley penal en blanco o remisiones normativas–, sino que en muchos casos la citada influencia ha condicionado hasta la persecución de la acción penal por parte del Ministerio Público por el tema de la concurrencia previa y oportuna de los llamados "requisitos de procedibilidad" como en el caso de los delitos ambientales.

A mi entender, cuando en algunos delitos sobre todo los patrimoniales hay ciertos límites y hasta confusiones por ejemplo

el caso de los delitos patrimoniales. Con arreglo al principio de utilidad, sólo es permitida la intervención penal cuando resulte útil o eficaz para controlar las conductas lesivas que atentan contra el bien jurídico. En tal orden, la ineficacia del sistema penal en esta materia deriva de las constataciones formuladas por la criminología crítica a partir del estudio del funcionamiento de las agencias de control penal –Policía, Fiscalía, Poder Judicial–.



LEGALES EDICIONES

con el Derecho privado, esto porque existe y debe existir una realidad "previa" de control jurídico que desde años lo ha venido monopolizando el Derecho privado, el cual el Derecho penal no puede desconocer esta realidad y que más bien el esfuerzo sea por coordinar mejor ambas regulaciones y sanciones, ya que si es todo lo contrario, es decir, si el Derecho penal cumpliría una función primaria y pedagógica en términos de regulación y sanción, entonces existiría un completo divorcio entre el Derecho penal y el Derecho privado donde el único perjudicado sería los bienes jurídicos, lo cual debería estar totalmente proscrito de nuestro ordenamiento jurídico.

Como ya es de conocimiento público en nuestro país quizá el delito de robo simple y agravado y el delito de hurto agravado sean los ilícitos donde más carga procesal generan en los Juzgados Penales y Sala Penales con Reos en Cárcel de cualquier Distrito Judicial de nuestro país, porque después del delito de homicidio (en cualquiera de sus formas típicas), donde a la persona se le "trunca" su proyecto de vida existencial, el delito de robo, y en menor gravedad el hurto, sean los ilícitos penales que más impacto negativo generan en cualquier Sociedad (por revestir dentro de su accionar medianas y grandes organizaciones criminales dedicadas la comisión de delitos patrimoniales de apoderamiento violento), porque precisamente le "quitan" sus pertenencia de modo injustificado a la víctima. El truncar la vida de alguien, y el de "quitar" sin Derecho sus pertenencias a alguien tengan el mismo grado de afectación en cuanto a los intereses de la Sociedad se refiere. Es decir, político-criminalmente hablando el homicidio (en cualquiera de sus formas) y el robo (en cualquiera de sus formas) causan la misma sensación de inseguridad en la población; sin embargo, jurídico-dogmáticamente hablando entre ambas figuras delictivas deben existir grandes diferencias no sólo en el aspecto de la estructura típica, sino también en las sanciones penales previstas, situación que en el caso peruano, como veremos más adelante, no se evidencia tal diferencia.

Por otro lado, cuando uno habla del término Seguridad Ciudadana[57] siempre está relacionado con aquellos delitos que afec-

57 Véase, para más referencias sobre el concepto de Seguridad Ciudadana y su impacto en el Derecho penal y Derecho procesal penal, mi trabajo: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; *De-*

LEGALES EDICIONES

tan principalmente bienes jurídicos de naturaleza individual, nos estamos refiriendo a los delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud de las personas (véanse los homicidios en cualquiera de sus modalidades y las lesiones corporales), y obviamente aquellos delitos que afectan a los intereses patrimoniales de las personas, que en este caso serán los delitos de hurto (agravado) y robo (agravado). La influencia de la Seguridad Ciudadana puede verse reflejada –positiva o negativamente– no sólo en el esquema peruano, sino el contexto jurídico-comparado, así, por ejemplo, la Ley Orgánica española de fecha 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introduce numerosos cambios en el Código Penal español de 1995, afectando de forma particularmente intensa a los preceptos contenidos en el Título XIII, dedicado a los "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico"[58]. Por ello no se puede hacer un estudio serio de corte político-criminal y criminológico del concepto de Seguridad Ciudadana, si no se tiene en cuenta los delitos patrimoniales, y quizá ahí radique su enorme agresividad en cuanto a la sanción de estos ilícitos penales (véase la sanción que prevé el delito de robo agravado del artículo 189, último párrafo, C.P., por organización criminal o por muerte o lesiones graves de la víctima).

Se ha dicho que los delitos patrimoniales constituyen el grueso de la carga procesal de nuestros tribunales, inclusive asu-

*recho Penal y Política. La influencia de los acuerdos políticos en las decisiones jurídico-penales,* Lima, 2011, pp. 21 y ss. También puede verse, del mismo autor: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; en la presentación a la obra del Dr. Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, *Los procesos penales especiales y el Derecho penal frente al terrorismo*, Lima, 2012, pp. 13 y ss.

58 Los hurtos son objeto de varias reformas que apuntan en un sentido agravatorio, siguiendo la tendencia iniciada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, en la que se puso de relieve la especial preocupación que manifiesta el legislador por la pequeña delincuencia patrimonial, debido a su incidencia en la sensación de inseguridad de los ciudadanos. En particular, la reforma introducida en el párrafo segundo del art. 234, que regula el delito de hurto por acumulación de faltas, parece pretender únicamente la aplicación de la pena de prisión prevista para el delito de hurto a los "descuideros" y carteristas habituales.

miendo niveles de desbordamiento estadístico y social tolerables (Véase: ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos patrimoniales,* volumen I, Lima, 2000, pp. xxvii y ss.), así lo confirman, por lo demás, las estadísticas del año 2009 propaladas por la Fiscalía de la Nación, de acuerdo con los cuales los delitos contra el patrimonio figuran como los de mayor índice en nuestra capital (nada menos que el 32.5% del total de casos ingresados) y, entre ellos, la estafa ocupa un segundo lugar equivalente al 21% de los casos de este rubro (Véase: MEDINA FRISANCHO, José Luis; *La imputación a la víctima en los delitos de defraudación tributaria. Un estudio sobre el alcance de la autorresponsabilidad de la víctima en las actividades económico-financieras*, Lima, 2011, p. 13).

Un tema que llama poderosamente la atención es que los delitos patrimoniales, o contra la propiedad en su mayoría, siempre vienen acompañados durante el transcurso del proceso penal y hasta en etapa de ejecución penal –específicamente para los beneficios penitenciarios de semi libertad o liberación condicional– del tema de la reincidencia y la habitualidad delictiva, es decir, que muy raras veces el sujeto imputado o condenado, ha cometido un solo delito patrimonial, no viene "limpio" en cuanto a antecedentes judiciales o penales se refieren, pues siempre el sujeto ha cometido dos, tres o más eventos delictivos de la misma naturaleza, o lo más peligroso es que lo cometen con dos o más sujetos, o premunidos de bandas u organizaciones criminales dedicadas a la comisión del delito patrimonial; por todo ello, debe tenerse en cuenta lo argumentado doctrinalmente por el denominado *Derecho penal del enemigo*, propuesto en su momento por el Profesor alemán Günther Jakobs[59], en la cual

59 Véase, para más referencias: JAKOBS, Günther; *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*, traducción de Manuel Cancio Meliá, en: CANCIO MELIÁ / GÓMEZ JARA DIEZ, Montevideo-Buenos Aires, 2006, p. 93. POLAINO-ORTS, Miguel; *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*, Lima, 2009, passim. Inclusive los aportes del Derecho penal del enemigo lo lleve al campo del Funcionario Público y los delitos contra la Administración Pública en el Perú, así véase: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; *En busca de la prisión preventiva*, Lima, 2006, pp. 51 y ss. Sobre el concepto de "enemigo" desde el punto de vista histórico-filosófico, véase el trabajo de: AMBOS, Kai; "Derecho penal del enemigo", traducción de Carlos Gómez-Jara Diez, en: *Fundamentos y ensayos críticos de Derecho penal y procesal penal*, Lima, 2010, pp. 73 y



LEGALES EDICIONES

debe mirarse el aspecto del "pasado" delictivo del sujeto activo para resolver, por ejemplo, situaciones cautelares personales (prisión preventiva, cesación del mismo, libertad provisional, entre otros) dentro del proceso penal de un delito patrimonial; así también debe tenerse en cuenta el Derecho penal del enemigo, para aspectos concretos de cara al final del proceso penal, como es el tema de la determinación judicial de la pena, y hasta los beneficios penitenciarios referidos a delitos patrimoniales.

Por todo ello considero, que no solamente los *delitos de status* (como los delitos de asociación ilícita para delinquir) y los *delitos de posesión* (como los delitos de tenencia ilegal de armas o municiones) pueden ser considerados como manifestaciones concretas del Derecho penal del enemigo[60], ya que también los denominados delitos de apoderamiento (en su versión de robo y hurto) también quedarían incluidos en dicho concepto, no por la acción típica en sí, sino por el "pasado" que enfrenta el imputado-condenado en relación al evento delictivo cometido (varios delitos patrimoniales tentados y/o consumados), pues dicho evento está conectado fáctica y normativamente por el factor de *continuidad delictiva* (reincidencia-habitualidad, véase el artículo 46-A, 46-B del Código Penal peruano) de sus agentes activos de cara precisamente a lesionar o poner en peligro intereses patrimoniales de las personas[61]. Por otro lado, Polaino-Orts señala

---

ss. Asimismo, sobre la inclusión del enemigo en el Derecho penal y sus manifestaciones en el Perú, véase: ALCOCER POVIS, Eduardo; *La inclusión del enemigo en el Derecho penal*, Lima, 2009, pp. 91 y ss.

60 Véase, en este sentido: POLAINO-ORTS, Miguel; *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*, Lima, 2009, pp. 399 y ss.

61 En este punto, existe en la Jurisprudencia penal peruana una irrelevancia en función a los antecedentes penales del imputado, por considerarlo como una manifestación del Derecho penal de autor; así véase la Ejecutoria Suprema de fecha once de mayo de dos mil once, R. N. N° 906-2010-AREQUIPA, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia: *"Quinto: Que, si bien el encausado Ccahuay Lobo registra antecedentes penales por los delitos de robo agravado, abigeato y hurto –ver fojas quinientos cincuenta y cinco–, ello no podría ser considerado como prueba para sancionar al referido encausado; habida cuenta que ello implicaría aplicar un derecho penal de autor y no un derecho penal de acto, tal como lo ha establecido la doctrina al señalar que "el concepto de acción es central en la teoría del delito: el hombre no delinque en cuanto es, sino en cuanto obra"*.

LEGALES EDICIONES

que la pertenencia del autor a una organización criminal o el hecho de que los delitos se realicen en el seno de esa organización es un criterio habilitante para la imposición de una sanción máxima, y una manifestación del Derecho penal del enemigo; y pone como ejemplo la legislación peruana el artículo 189 del Código Penal, que prevé para el robo agravado una penalidad máxima de "cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva o banda"[62]. Como es sabido, el *Derecho penal del enemigo* constituye una anomalía dentro del sistema penal y supone una verdadera contradicción en términos[63]. Su propósito es, como puede reconocerse, demonizar a cierta clase de infractores, en este caso de delincuentes habituales que afectan intereses patrimoniales, conocidos como "carteristas", "robacoches", "robacasas", entre otros, o porque los infractores tienen cortes o tatuajes en el cuerpo; a todo esto nos preguntamos: ¿No volvemos acaso al Derecho penal de autor?[64].

La reincidencia-habitualidad (y hasta la multi-reincidencia) y los delitos patrimoniales nucleares (sobre todo los de apoderamiento como el hurto y el robo) podría decirse, sin temor a equivocarme, que se trata de dos caras de una misma moneda[65], situación que el Estado peruano (a través de políticas criminales y penales) no puede dejar de pasar por alto, en tal línea, el Estado debe decidir hacia dónde va su política en cuanto a de-

62 POLAINO-ORTS, Miguel; "Delitos de organización como Derecho penal del enemigo", en: Günther Jakobs / Polaino-Orts, *Delitos organización: un desafío al Estado*, Lima, 2009, pp. 86 y 87.

63 CANCIO MELIÁ, Manuel; "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", traducción de Manuel Cancio, en: JAKOBS, Günther & CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo, Civitas, Madrid, 2003, pp. 25-26.

64 CANCIO MELIÁ, Manuel; *"¿'Derecho penal' del enemigo?"*, pp. 93-94.

65 Véase, sobre este punto el trabajo de: REBOLLO VARGAS, Rafael; "Reflexiones y propuestas sobre el tratamiento penal y procesal de la pequeña delincuencia patrimonial", en: Abanto Vásquez, Manuel / Caro John, José Antonio / Mayhua Quispe, Luis Miguel (Coordinadores); *Imputación y sistema penal*, Libro Homenaje al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas, Lima, 2012, pp. 539 y ss. Además véase el trabajo de SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; "Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión", en: *Dogmática y criminología*. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía, Colombia, 2005, pp. 567 y ss.

LEGALES EDICIONES

litos patrimoniales se refiere: preferir el bien común, es decir, la Seguridad de todos los ciudadanos, o preferir el bien particular, esto es, tratar de reeducar al penado dentro de un Centro Penitenciario para que dentro de un tiempo vuelva a la Sociedad sin delinquir en lo mismo. En todo caso, los niveles de reincidencia-habitualidad delictiva explican muchas veces las sucesivas e incomprendidas modificaciones legales que han padecido nuestros delitos patrimoniales desde el primer Código Penal que tuvimos en el año 1863, pasando por el segundo Código en el año 1924; modificaciones que se han producido sobre todo, en el delito de hurto (y sus agravantes) y el delito de robo (y sus agravantes), llegando hasta límites insospechados en cuanto a la pena criminal (la debida *anticipación* de la protección penal es una de las características principales del Derecho penal del enemigo), teniendo en consideración los otros delitos donde se protegen igualmente bienes jurídicos igualmente valiosos como la vida humana o la libertad individual, donde la protección penal no es tan semejante.

Por ello, debería pensarse si es conveniente o no, desde el punto de vista de la eficacia político-criminal del Estado, que se incorpore dentro de la Parte Especial del Código, la llamada "Colaboración Eficaz" para supuestos de criminalidad organizada en el ámbito del delito patrimonial, sobre todo los supuestos de apoderamiento, como sí lo hay en los delitos ambientales a través de la Reforma del año 2008. Como es sabido, la expansión de la reglas creadas para enfrentar la llamada «criminalidad organizada» al Derecho penal común, no es reciente ni excepcional en el ordenamiento peruano. Las normas de colaboración eficaz y sus consecuencias premiales son conocidas en nuestro medio sobre todo a raíz de la legislación antiterrorista de los años ochenta[66], cuya principal fuente de inspiración fue la re-

66 Primero a través del art. 85-A del CP de 1924 incorporado por el art. 2 de la Ley N° 24651 de 19-3-87, luego mediante la Ley N° 25103 de 5-10-89, el art. 324 del CP de 1991 y finalmente mediante el D. Ley N° 25499 de 20-6-92, reglamentado por el D.S. N° 015-93-JUS de 8-5-93 y complementado por la Ley N° 26220 de 30-8-94, Vid. PRADO SALDARRIAGA; *Comentarios al Código Penal de 1991,* Lima, 1993, p. 161. Críticamente sobre las actuales

LEGALES EDICIONES

gulación italiana relativa a los *pentiti* o arrepentidos[67]. Aunque suele apreciarse como un instrumento jurídico relevante en la persecución del crimen organizado[68], las críticas contra el modelo penal premial y su expansión al Derecho penal ordinario son el lugar común de la doctrina hispanoamericana, tanto por objeciones de tipo jurídico-material, como por objeciones de orden procesal y constitucional. Esa expansión del régimen premial también se observa en el Perú en los últimos 10 años, no sólo en sectores específicos vinculados a la criminalidad organizada violenta, como el tráfico de drogas (Dec. Leg. N° 824) y las llamadas «normas de seguridad ciudadana» (Dec. Leg. N° 901). Recientemente, a partir del procesamiento del grupo criminal cuya dirección se atribuye a los Sres. Montesinos y Fujimori, se ha implementado un régimen general de colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada a través de la Ley N° 27378 de 21 de diciembre de 2000, cuya vigencia se ha fijado de inicio por dos años y que permite abarcar delitos cometidos en general por organizaciones criminales, delitos de peligro común, contra la administración pública, contra los Derechos Humanos, etc. Asimismo, el régimen premial se extiende a delitos vinculados al Derecho penal económico, como se aprecia en el ordenamiento penal tributario (Dec. Leg. N° 815) o en los delitos concursales (artículo 212 del Código Penal).

## 6. ALGUNAS REFLEXIONES CONCLUSIVAS

El presente apartado pretende concientizar a los penalistas –entiéndase en sentido amplio de la palabra– de la enorme y casi determinante influencia que tiene la política en las decisiones jurídico-penales; cabe advertir que cuando me refiero a las decisiones jurídico-penales me estoy refiriendo básicamente a dos cuestiones fundamentales: en primer lugar, a la función de emanación de las leyes penales que realiza, como función pri-

consecuencias del régimen premial, RIVERA PAZ; *Veinte propuestas de modificación de la legislación antiterrorista,* Lima 1999, pp. 36-38.

67 PEÑA CABRERA; *"Delito de terrorismo"*, Lima, 1992, p. 123.

68 MAPELLI CAFFARENA y otros; *Estudios sobre delincuencia organizada,* Sevilla, 2001, p. 100.

LEGALES EDICIONES

migenia, el Congreso de la República; y en segundo término a la aplicación de dichas leyes ejercitada por los Magistrados en materia penal, máxime si se tratan de Magistrados del Tribunal Constitucional, –que como se sabe también interpretan normas penales y procesales penales– ya que éstos interpretan nuestra Constitución, y que muchos constitucionalistas denominan Carta Política.

En ese sentido, como toda rama del ordenamiento jurídico tiene que estar en consonancia con la norma de mayor jerarquía que tiene como *nomen juris* Carta Política, o sea con la Constitución Política; entonces, el Derecho penal, como parte integrante de dicho ordenamiento jurídico, es una norma en esencia política, y sus interpretaciones –tanto para la creación como para la aplicación– deben responder, en esencia, a una tendencia política por parte de su operador; de ahí que también el aplicador de la norma –penal–, es decir el Magistrado deba poseer una cuota mínima de esa influencia de corte político que le ha propinado el Legislador al momento de crear la ley penal. Sin embargo, la citada posesión que deba tener el Magistrado al momento de aplicar una ley a un caso concreto, no debe ser aplicada de manera mecánica, ya que el Legislador –sobre todo en materia penal– normalmente está guiado por determinadas tendencias político-criminales de resguardo de intereses comunitarios como la "seguridad social o ciudadana", por el contrario el Juzgador más bien debería ser, al momento de redactar sus resoluciones judiciales, un "muro de contención" de esa tendencia político-criminal, y realizar una debida ponderación de derechos involucrados en el caso que pretende solucionar.

El político dedicado o comprometido con el Derecho penal usualmente cumple su labor en tres fases distintas: en primer lugar, sirve de orientación al legislador en la tarea de creación del Derecho penal positivo y de las nuevas instituciones llamadas a luchar contra la criminalidad convencional o no convencional, sea que parta o no de un determinado Derecho positivo. Asimismo en segundo lugar, una vez configurado el Derecho penal interviene en la elaboración dogmática jurídico-penal del mismo. Finalmente, en tercer lugar, critica el Derecho vigente a partir

LEGALES EDICIONES

de los resultados obtenidos por la labor dogmática y fórmula propuesta de enmienda y reforma legales. Es decir, como puede observarse, el político interviene en todo el proceso de elaboración y ejecución del Derecho penal: entonces: ¿Alguien podría cuestionar la influencia que tiene la política en las decisiones del Derecho penal?

La presente investigación pretende contribuir a diagnosticar uno de los problemas centrales del estado actual del Derecho penal, entendiendo por ella en *lato sensu*, es decir por Derecho penal material, Derecho penal procesal y Derecho penal de ejecución, se trata de poner de relieve desde una visión crítica las causas que producen la "inflación penal" que padecen y reinan no solo en nuestro país, sino casi todo el mundo, el mismo que origina disfunciones políticos-criminales, dogmáticos, y procesales. Empezaremos con las siguientes interrogantes: ¿se puede decir que la dación del Código Penal de 1991 fue precisamente la de reducir el uso de violencia del poder punitivo en cuanto a descriminalizar algunas conductas?; entonces ¿por qué actualmente en nuestro Derecho penal se está percibiendo tendencias que amplían el radio de acción del Derecho penal?

En otras palabras: ¿Por qué nuestro Derecho penal actualmente no puede funcionar dentro de un contexto respetuoso de los principios del modelo del Estado Social Democrático de Derecho reconocido constitucionalmente (artículo 3 de la Constitución Política del Perú, que a la letra señala: *"La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno"*; y el artículo 43 de la misma carta política que prevé lo siguiente: *"La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes"*)? Porque siempre cuando está en juego el intereses de la ciudadanía con el intereses del imputado dentro de un proceso penal, siempre

la partida la gana el primero? Estas y otras interrogantes espero sean disipadas a lo largo del presente capítulo.

Por otro lado, para nadie creo que es novedad el hecho que existan determinadas "áreas de influencia" por parte del Legislador patrio donde la Reforma penal y procesal penal resulta especialmente constante y en muchos casos de corte "agresiva", sobre todo cuando se trata de proteger algunos bienes jurídicos valiosos de naturaleza "colectiva", y para ello podemos señalar varios supuestos de nuestra realidad: así por ejemplo la institución de la prisión preventiva en el lenguaje del Nuevo Código Procesal Penal o detención judicial en el lenguaje del inquisitivismo reformado, y su progresivo y desmesurado plazo de duración temporal del mismo en determinados ilícitos penales (v. gr. tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, etc.), sino veamos el gigantesco artículo 137 del Código Procesal Penal de 1991, que desde la década de los noventa hasta la fecha que viene siendo modificado reiteradamente: así de 9 meses en principio, después se amplío a 18 meses de duración, y hasta se modificó la ley procesal para ampliarlo hasta 36 meses como está regulado actualmente; claro esto sin contar con la complementación –de manera jurisprudencial– que ha realizado nuestro Tribunal Constitucional, a través de la sentencia, primero de fecha 23 de noviembre del 2004 (Expediente Nro. 2915-2004-HC/TC) y luego a través de la sentencia de fecha 27 de Julio de 2006 (Expediente Nro. 7624-2005-PHC/TC) ampliando hasta 72 meses el plazo de duración prisión preventiva siempre que el inculpado represente un peligro para la "seguridad ciudadana", la "soberanía nacional", el "Estado de Derecho" y la "sociedad en su conjunto"; el máximo intérprete de la Constitución nos está señalando que existen determinados delitos complejos donde la fuerza –hasta irracional– del Derecho penal y procesal penal debe ejercerse a su plenitud, con este marco legal de ampliación temporal de la prisión preventiva no hace más que confirmar que entre la pena con declaración de culpabilidad y la prisión preventiva por declaración de peligrosidad procesal, sólo existe una diferencia de corte literal-formal, que ya en el fondo ambas

LEGALES EDICIONES

instituciones realizan la misma función en realidad: "privar de libertad a una persona".

En esta misma idea de pensamiento podemos citar las instituciones de la "reincidencia" y la "habitualidad" como aspectos agravantes del delito incorporado en el artículo 46-B y C del Código Penal peruano, y también el instituto, nuevamente, de la prisión preventiva incorporado como un peligro de reiterancia del imputado; por otro lado hemos detectado que también las delegaciones de funciones legislativas que permite –constitucionalmente– el Congreso de la República al Poder Ejecutivo para legislar en materia penal, es un claro ejemplo de obtener resultados próximos, a corto plazo utilizando la maquinaria penal, ya que ha permitido regular aspectos muy complejos como el caso de la protección de la "Seguridad Ciudadana" cual bien jurídico de naturaleza omnicomprensivo, pues ha permitido el ingreso de otros sub-bienes jurídicos como la vida humana, libertad personal, patrimonio, etc., que ha permitido ciertos excesos por parte del Ejecutivo sobre todo en el tema de los Derechos Fundamentales de las personas. Otro tema donde también se ha mostrado las áreas de influencia del Derecho penal son los llamados "beneficios penitenciarios", ya que cada vez que el Estado ha querido sentir su constante agresividad ha señalado su absoluta prohibición de beneficios penitenciarios para determinados delitos considerados graves para la sociedad como son los delitos de terrorismo, agravantes del lavado de activos, para algunos casos de violación sexual de menores, entre otros, más aún nuestro Tribunal Constitucional se ha mostrado a favor de ésta tendencia señalando que los beneficios penitenciarios se tratan de una prerrogativa del Estado, si quiere la da y si no quiere no la da.

En cada proceso electoral que se realiza en nuestro país –o quizá también en otras latitudes– sobre todo para elegir al Presidente de la República o nuestros representantes para Congresistas, vemos a cada instante que el "caballito de batalla" de los políticos o de los Partidos Políticos –presentes y futuros– es ofrecer desde el punto de vista del Derecho penal una doble función: en primer lugar, ofrecer a través de los medios de comunicación

LEGALES EDICIONES

social el agravamiento de las penas para determinados delitos considerados graves y en segundo lugar, ofrecer la creación o ampliación de nuevas figuras delictivas en la Parte Especial o en legislaciones complementarias, y a veces desconociendo –culposa y hasta dolosamente por usar términos penalísticos– elementales reglas dogmáticas de la teoría general del delito, que hacen que la interpretación jurídico-dogmática de los críticos sea algo distante de aquella interpretación que hacen por ejemplo los periodistas, sociólogos, psicólogos, educadores, y hasta criminólogos[69].

Es decir, pareciera que la estrategia de cada político más o menos entrenado, o de cada Partido Político más o menos consolidado, es buscar su "popularidad" o "legitimidad" en el deseo que sienten las mayorías de un país; esto es, su plan de acciones de gobierno normalmente debe estar acorde con las necesidades de las mayorías (la voluntad del pueblo), y lo que quieren dichas mayorías es por ejemplo: más educación, reducir la pobreza extrema, incentivar más puestos de trabajo para la gente, traer más inversiones económicas nacionales y extranjeras, y por supuesto proteger a la Seguridad Ciudadana de la delincuencia; y este tema sí se relaciona íntimamente con el Derecho penal o mejor dicho con el sistema penal, ya que éste es el remedio más contundente –aunque no debería ser así– para combatir la enfermedad llamada delincuencia convencional o no convencional, ya que el problema de la delincuencia como se sabe no es un problema exclusivamente del Derecho penal, sino que el problema de la delincuencia es un tema –como señalan los criminólogos– principalmente de estructura y formación social, de afianzar los llamados controles sociales de naturaleza "informal" en el sen-

69 En este sentido no le falta razón a: TERRADILLOS BASOCO, Juan; *Sistema Penal y Estado de Derecho, Ensayos de Derecho Penal*, Edit. ARA, Lima, 2010, p. 33, cuando ha dicho lo siguiente: "El fenómeno conocido como huida al Derecho penal no sólo revela que el legislador olvida el principio de intervención mínima. Oculta, o pretende ocultar, la dejación estatal en materia de prevención del delito. Siempre es más fácil reformar la norma penal que articular políticas criminales de amplio espectro, y más cuando, por su sentido agravatorio y expansivo, la reforma pueda comportar éxitos electorales. De ahí que la huida al derecho penal aparezca como tentación permanente para el legislador."

tido de revalorar el núcleo de la familia, a la educación en todo nivel, de incentivar los valores morales y éticos de las personas, entre otros. Que, en otras palabras, afianzar los elementos de los controles sociales informales es una tarea principalmente del Estado y no del Derecho penal, pretender que el Derecho penal cumple una labor promocional, pedagógica de incentivar que por ejemplo los integrantes de una familia no cometan delitos, es una tarea que no le compete exclusivamente al Derecho penal (a través de las normas represivas), sino de las agencias estatales de diseñar una política criminal y penal acorde con principios racionalizadores.

Estratégicamente ningún político o Partido Político –estando en plena campaña o ya estando en el Poder– se atrevería a sostener que dentro de su plan de gobierno estaría por ejemplo el otorgar "garantías o determinados beneficios a quienes se ven implicados en un proceso penal o quienes han sido condenados judicialmente", más aún si se tratan de delitos considerados de alta sensibilidad social como delitos de violación sexual de menores, delito de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, entre otros. Y es ahí, a mi juicio, donde existe un distanciamiento inexorable entre los objetivos de la política y los objetivos de un moderno Derecho penal; máxime si la idea actual es encontrar la consolidación de un verdadero Derecho penal de corte Democrático, donde debe primar la libertad e igualdad, valores que están ligados normalmente al imputado/condenado y no con la Sociedad en general.

A todo esto nos preguntamos lo siguiente: ¿Está del todo correcto que el Estado –a través de sus llamados representantes: legisladores, magistrados penales, magistrados constitucionales, las fuerzas del orden, y también el Presidente de la República– estén siempre de la mano o del lado de la Seguridad Ciudadana, o mejor dicho de la Sociedad?; ¿Acaso si están del lado del imputado o del condenado o de una persona involucrada de un hecho punible no estarían haciendo bien su labor ya que representaría una idea de garantismo que debería estar expectorado de la idea de Estado moderno?; acaso la política –porque todos los representantes del Estado por el hecho de estar ahí realizan

política– siempre y en todos los casos tienen que estar del lado de la Sociedad, es decir del lado de la Seguridad Ciudadana, o podría estar en casos sumamente excepcionales del lado también de la persona individual, del imputado o del condenado?; definitivamente aquí como en todos los casos de decisiones estatales dentro de un país, tiene que ver con una idea firme de política, es decir *cómo* se ejerce la política en un país, y sobre todo *quienes* la ejercen.

Casi en el epílogo de esta breve presentación quiero proponer, aún con el riesgo de ser apocalíptico, una conclusión provisional: pienso que el Derecho penal –entendido si se quiere en sentido formal/positivo– existe porque existe una idea aunque sea mínima de política; o dicho de otra forma sin política no existieran por ejemplo las leyes penales o las grandes reformas penales que se han sucedido, que suceden y sucederán en el futuro. En ese sentido, si no hay leyes penales la función de la dogmática jurídico-penal perdería su rumbo o brújula de orientación ya que no tendría un punto de referencia establecido –la ley positiva– para realizar su análisis crítico y sistemático; en realidad, la política es la gran responsable del gran dinamismo que posee el Derecho penal en una sociedad, ya que marca el hilo conductor de la labor de las agencias de control penal, pues es la ciudadanía –y no los penalistas o los dogmáticos– la que realiza el filtro o el "control de calidad" de *cómo* se viene desenvolviendo un Derecho penal en la sociedad, pues es la persona de carne y hueso es la receptora de las leyes penales.

A mi juicio, creo que uno de los grandes problemas del Derecho penal del Siglo XX, en la década de los sesenta, en Alemania[70], fue precisamente querer solucionar los problemas sociales

70 Véase, en este sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *Aproximación del Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 14, cuando refiere lo siguiente: "En realidad, esta "nueva" crisis del Derecho comienza, como tarde, en los años sesenta en el momento en que quiebra de modo aparentemente definitivo el esquema tradicional de un Derecho penal de la retribución. Es entonces, en efecto, cuando se rechaza por muchos sectores que el Derecho penal se justifique por la realización de la justicia, finalidad metafísica que, al excluir de antemano toda constatación empírica, mantenía la incolumidad del mecanismo punitivo, aislándolo del venir social. Tales corrientes adquieren una plasma-

LEGALES EDICIONES

de la delincuencia a través del rigorismo científico de la dogmática jurídico-penal, cuando la gran solución estaba en las decisiones político-criminales del Estado. En suma, es la ciudadanía quien califica el buen estado de salud del Derecho penal de un país, y en eso la política tiene que ver muchísimo, en consecuencia los penalistas o quienes se dedican al estudio del Derecho penal deben tenerlo en cuenta en todo momento. El problema, en definitiva, no está tanto en la existencia de la política ya que en el pueblo o ciudad más pequeño siempre habrá un ápice de política que realizar, porque los representantes del Estado siempre tomarán decisiones, sino a mi juicio, que el problema está –reitero– en *quiénes* realizan o ejecutan la política en un país –si es un demócrata o es un autoritario– o obviamente *cómo* ejercen su política en un país –a través de buenas o malas leyes, a través de buenos o malos jueces, etc.–.

El Derecho penal sin ejercicio político es como un ser en estado vegetativo, sin proyección en la realidad social, el ejercicio de la política hace que el Derecho pena se haga sentir en la sociedad –por ejemplo en leyes, en agencias penales, en administración de justicia, etc.–; por ello la idea de una buena o mala política condiciona excesivamente el ejercicio –bueno o malo– del Derecho penal, o mejor dicho, de las agencias del Derecho penal. En suma, el día que exista una buena y correcta idea de política en el país por parte de quienes tiene la obligación de gobernar el país –desde las distintas áreas del Estado–, ese día el Derecho penal recobrará y será un verdadero instrumento de control social formal más humano y sobre todo más racional.

---

ción espectacular en el Proyecto Alternativo (*Alternativ-Entwurf*) de un Nuevo Código Penal alemán, presentando en 1966 un grupo de profesores alemanes en oposición al Proyecto gubernamental de 1962. En lo que hace a la fundamentación de la pena, se contiene en el Preámbulo del Proyecto Alternativo la ya famosa expresión de que el fenómeno punitivo no constituye un expediente metafísico (ni simbólico, habría que añadir ahora), sino "una marga necesidad en la comunidad de seres imperfectos que son los hombres". En esta misma línea de pensamiento, el profesor SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 15, agrega que a esta crisis se le añade otra, cual es: "En el marco de la ciencia del Derecho penal, la referida crisis comienza en los mismos años, desde el instante en que empieza a ponerse en cuestión el modelo clásico de ciencia deductivo-axiomática, abstracta y, en suma, ajena también a la realidad social del delito".

LEGALES EDICIONES

Por último, permítase someterme a una "confesión sincera" al momento de la redacción –desde el inicio y hasta el final– de ésta entrega académica que hago a la comunidad jurídica de mi país, y es el hecho que en todo momento he sentido la idea de "abandonar" progresivamente el estudio académico del Derecho penal, precisamente por las conclusiones y resultados a las que se ha llegado –o tratado de llegar– en cada Capítulo de la presente obra. A decir verdad era y soy consciente de ello, pues al realizar el balance del Derecho penal peruano: ha sido la de un Derecho penal excesivamente "cruel" desde el punto de vista de las garantías del imputado/condenado, justificando, por decirlo de alguna manera, el *status* de la política criminal –o mejor dicho netamente penal– de un gobierno estatal de turno; sin embargo, ante esta realidad inevitable, debo admitir, que si bien es cierto hay en nuestro país un Derecho penal de corte autoritario, no nos debe desanimar en lo absoluto a quienes nos dedicamos al estudio del Derecho penal, quienes estamos involucrados en esta rama jurídica debemos luchar por limitar, no por extirpar, el Derecho penal, hasta límites tolerables a los derechos fundamentales de las personas, con cierto grado de ponderación con determinados intereses valiosos de la sociedad. El reto quizá sea el de encontrar el justo medio para una adecuada ponderación. Ojalá algunos de las agencias penales logren encontrarlo.

## III. SOBRE LA TENDENCIA "NEO" CRIMINALIZADORA DEL DERECHO PENAL COMO EXPRESIÓN POLÍTICA DEL SIGLO XXI

### 1. APUNTES PREVIOS

Ciertamente el mundo del Derecho no es inerte ni estacionario, ni tiene una existencia coercitiva propia porque no es producto de un trabajo de laboratorio, sino que el derecho es variable y dinámico impuesto por factores extrínsecos de carácter social, político, económico y cultural que van a condicionar la vigencia del sistema jurídico. Como consecuencia lógica e in-

LEGALES EDICIONES

mediata de esta premisa fundamental, se desprende otra premisa que se produce a raíz de la existencia de nuevas tecnologías, producto de la inevitable sociedad de riesgos en que vivimos[71], la intervención del Estado en la economía, etc., que provoca tensión en los cimientos hoy ya no tan rígidos del Derecho penal clásico de corte individualista o liberal-iluminista del siglo XVIII y XIX, desarrollado bajo la óptica de los principios de legalidad, culpabilidad, lesividad y causalidad, no obstante la nueva faceta del proceso evolutivo denominado Derecho penal clásico.

La directriz contemporánea trae consigo toda una tendencia neocriminalizadora que puede definirse como un proceso de creación legisferente de conducta delictiva del cual el Derecho penal no podía desentenderse pues ocasiona grave nocividad social, esto es que debe proteger nuevos valores fundamentales de la convivencia que son objetos de un amplio consenso social, considerados antes inéditos. Así, en el orden numérico de los artículos de la figura delictiva en la Parte Especial de nuestro Código Penal han adquirido positividad delitos como por ej. que atenta contra los derechos intelectuales (Título VII); Delitos contra el patrimonio cultural (Título VIII); Delitos contra el orden económico (Título IX); Delitos contra el orden financiero y monetario (Título X); Delitos contra la ecología (Título XIII); Delitos tributarios (Dec. Leg. 813), entre otros.

En el marco del modelo de política criminal autoritaria, el *neopunitivismo* como corriente político-criminal se caracteriza por el recrudecimiento y exacerbación del poder punitivo en

71 En efecto, como sostiene: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Lima, 1997, p. 24, en el segmento de la parte general "el derecho penal tendría, (...) que responder a riesgos de la vida moderna (p. e. riesgos atómicos, químicos, ecológicos, genéticos) mediante una técnica penal "adecuada", mejor dicho, manipulada (tipos abiertos, ley penal en blanco, tipos abstractos y culposos)...", agrega el mismo autor que el segmento de la parte especial tendría que seguir la misma suerte de adaptación y es así que los "... bienes jurídicos tradicionales como p. e. la "vida", "la integridad corporal" o "el patrimonio" tienen que ser protegidos contra nuevas formas de ataque como la "manipulación genética", "la producción o distribución masiva de productos defectuosos" y "fraudes mediante el uso de computadoras respectivamente".

LEGALES EDICIONES

forma desmesurada, siendo afín, a modelos Político Criminales Autoritarios, como la Administrativización del Derecho penal, el Derecho penal de emergencia, la Tolerancia Cero, el Panpenalismo, la Expansión del Derecho penal o Derecho penal de Segunda Velocidad, El Derecho penal del enemigo o Derecho penal de Tercera Velocidad. Así sus características más salientes son la supresión total de las garantías, mediante la implementación de un Derecho penal simbólico, omnicomprensivo, omnipotente, omnipresente, deshumanizado, nihilista hacia el saber penal y contraselectivo, que amenaza con abarcar todos los rincones de la vida social[72].

Una de las formas del neopunitivimo es el surgimiento del denominado Derecho penal económico y de la empresa, que es la rama del Derecho penal que ha visto la luz a mediados del siglo XX a raíz del entendimiento de que el enfoque económico es aplicable a todo comportamiento humano, incluido aquel trasgresor de las leyes penales. El Derecho penal tradicional ha destacado en nuestro medio en los últimos años sólo los llamados delitos patrimoniales, sin percibir la actuación de la empresa como entidad funcional autónoma distinta de los miembros que la integran y portadora de un rol específico dentro del sistema social y económico; debido a ello es a partir del Código Penal de 1991 que se introduce en nuestra legislación los delitos socioeconómicos[73], cuya proyección todavía se encuentra en giro debido a la poca difusión que estos ilícitos penales han tenido en la doctrina y jurisprudencia nacionales.

Pese a que el Código Penal tiene más de 20 años de vigencia y, nuestra jurisprudencia penal económica ha sido escasa durante todos estos años, diversos casos de notoria relevancia social pusieron de manifiesto las insuficiencias de nuestros operadores

72 Véase: SUIERO, 2010, pp. 53 y 54.

73 El Decreto Legislativo N° 123 de 12 de Julio de 1981 llamado "Ley sobre Delitos Económicos", si bien introdujo en nuestra legislación la nomenclatura, recogía sólo una serie de conductas lesivas a los derechos del consumidor (acaparamiento, especulación, adulteración de productos, alteración de precios) sin llegar a concebir la verdadera dimensión del Derecho penal económico, quedando sesgada a una serie de supuestos que tienen una mejor regulación vía extrapenal.

LEGALES EDICIONES

jurídicos fiscales y judiciales para hacer frente a la criminalidad económica y empresarial. Y es que el estudio de los delitos económicos y empresariales exige una "redefinición o flexibilización de las técnicas clásicas de imputación"[74] instrumentalizadas por el Derecho penal tradicional o "viejo Derecho penal"[75], pero también requiere reglas procesales que aseguren una eficaz y eficiente persecución penal de las conductas lesivas al orden económico y a la actividad empresarial. Al igual que el resto de sociedades capitalistas y globalizadas, la nuestra no es inmune a la presencia de empresarios y agentes económicos que en el curso de la actividad productiva afectan intereses tutelados por el ordenamiento penal.

Esta constatación ha motivado que gran parte de los debates académicos e investigaciones científicas en materia de Derecho penal, se orienten al estudio de temas como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la idoneidad de los tipos de peligro para dispensar tutela a "bienes jurídicos colectivos o supraindividuales"[76], la imputación objetiva y subjetiva de resultados de microlesión, las técnicas de articulación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo frente a la delincuencia económica y empresarial, las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, las dificultades en el acceso a las fuentes de relevancia para el inicio de la investigación penal, los problemas de organización de las agencias de persecución penal, la presencia de prejudicialidades y requisitos de procedibilidad, las estrategias procesales frente al delito económico, la protección cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito, así como los aspectos materiales y procesales específicos de los delitos económicos y empresariales en particular.

74 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, Montevideo - Buenos Aires, 2006, pp. 165-188.

75 Vid. HASSEMER, W. "Viejo y nuevo Derecho penal", en: *Responsabilidad por el Producto en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 15-47.

76 Vid. BUSTOS RAMÍREZ, *Juan;* "Los bienes jurídicos colectivos", en: *Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, N°. 11*, 1986, pp. 147-164.



LEGALES EDICIONES

## 2. ÁREA DE DESARROLLO DE LAS TENDENCIAS CRIMINALIZADORAS DEL DERECHO PENAL: DESCRIMINALIZACIÓN VS. "SOBRE"/"NEO" CRIMINALIZACIÓN

Considero importante poner énfasis en el sentido que las tendencias analizadas se gestan en el marco de un proceso "gris" del Derecho penal que actualmente padece, caracterizado por dos cuestiones que tienen que tenerse en cuenta para hacer viable los objetivos político-criminales y penales. Nunca antes, como hoy, y con mayor intensidad el Derecho penal viene fomentando un discurso confrontacional existente entre el criterio racionalizador del principio de mínima intervención o reducción del ámbito de acción del sistema penal y la necesidad de tutelar nuevos bienes jurídicos colectivos o macro-sociales (libre competencia, medio ambiente, etc.) o de ultraproteger aquellos bienes jurídicos que forman parte del Derecho penal nuclear (vida humana, patrimonio, libertad, etc.) que le da un contenido criminalizador. En este mismo contexto, podemos señalar al Código Penal español de 1995, ya existen críticas por su desmesurada extensión en instrumentos legislativos como los delitos de peligro abstracto o las normas penales en blanco para proteger bienes jurídicos poco precisos o difusos, características de los que los penalistas de la Escuela de Franckfurt llaman "moderno" Derecho penal, excede el marco constitucional respetuoso con los principios básicos del Estado de Derecho[77].

En ese sentido, aunque parezca paradojico, que por una parte, si bien es cierto se ha descriminalizado *de jure* con el caso más conocido como es el de la destipificación[78]. Así algunos delitos

77 Resulta oportuno traer a colación las palabras de GRACIA MARTÍN, Luis; "Política criminal y dogmática jurídico-penal en España", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales N° 2*, Lima, 1993, p. 384, que alude que "la intervención del Derecho Penal en determinados ámbitos se muestra excesiva en el vigente Código Penal español y ello es contrario según la opinión ampliamente mayoritaria en nuestra doctrina, a los principios de carácter fragmentario del Derecho Penal y la pena como última ratio".

78 Sin embargo, también puede descriminalizarse mediante fórmulas dogmáticas que afecten cualquier categoría de la estructura del delito, así a nivel de tipo objetivo puede establecerse restricciones en el bien jurídico, en el sujeto activo (funcionarios públicos,

superfluos o seudo-criminales como por ej. adulterio, riña, piratería y además delitos de bagatela contenidos en el abrogado Código de Maúrtua, también lo es el hecho que al mismo tiempo se está percibiendo una "inflación penal" o "hemorragia legislativa" producido por las tendencias criminalizadoras; todo esto sucede en momentos en que el Derecho penal euro-continental, del cual forman parte los países sudamericanos, en cuanto al diseño político-criminal se enmarca dentro del modelo alternativo de mínima intervención del sistema de control social punitivo; y precisamente Cervini[79] señala que "no obstante, que si bien la tendencia descriminalizadora es abiertamente dominante en el panorama doctrinario, en terreno legislativo, por el contrario, muchos países desarrollados participan actualmente de una orientación crecientemente represiva que se traduce en un aumento de conductas punibles".

Como es sabido, los más autorizados y conspicuos representantes en torno al pensamiento del Derecho penal mínimo son Luigi Ferrajoli quien sostiene que el Derecho penal debe minimizar la violencia y maximizar las garantías, y Baratta quien pregona un redimensionamiento del Derecho penal a raíz que la criminología crítica se transforma cada vez más en cuestionamiento del Derecho penal al cual considera como un sistema dinámico de funciones en el que es posible distinguir tres mecanismos susceptibles de análisis separado: el de su producción de normas (criminalización primaria), el de su aplicación (criminalización secundaria) y el de la ejecución de las penas y medidas de seguridad.

---

etc.), en el sujeto pasivo, en la acción típica ; en el tipo subjetivo tendencias subjetivas específicas; a nivel de antijuricidad ampliando el catálogo de causas de justificación (consentimiento, etc.); a nivel de culpabilidad (o llamado por nuestro Código responsabilidad) aumentado la edad para la inimputabilidad o el conocimiento del injusto (por ej. El error de prohibición o de comprensión culturalmente condicionado).

79 Véase: CERVINI, Raúl; *Los procesos de descriminalización*, Montevideo, 1993, p. 164.; el mismo autor agrega lo siguiente: Se observa así lo que a primera vista aparece –y muchos autores ven– como un fenómeno de abierta contradicción entre los postulados de la doctrina y la actividad legislativa, dicotomía que producen gravemente perjuicios sobre la real capacidad de eficacia del ordenamiento penal contemporáneo." (p. 165).

LEGALES EDICIONES

Las perspectivas minimalistas en cuanto a sus posibles vías o mecanismos orientados hacia la reducción del sistema punitivo, se plantean medidas como la descriminalización, despenalización, la desjudicialización. Para lograr el descongestionamiento tanto a nivel sustantivo como procesal resultara legítimo "huir al Derecho penal" en términos de Claus Roxin cuando los demás mecanismos jurídicos no penales de resolución de conflicto han fracasado, de ahí su naturaleza subsidiaria (*ultima ratio*) que, además implica sustituir la pena por otras sanciones alternativas asimismo existen otros principios básicos que tiene que tenerse en cuenta al momento de la creación legisferante de delitos (criminalización primaria) como son la fragmentariedad esto es proteger solo los ataques más graves a bienes jurídicos más importantes que suele predicarse en la parte especial, y efectividad que resalta la probabilidad.

Ahora, estos principios teórico-doctrinales han quedado allí, en el imperecedero letargo del papel, y a decir verdad siempre ignorados por el Legislador, sin proyección en la realidad de nuestro país, para muestra algunos botones: nuestro Código Penal, promulgado por el Decreto Legislativo, N° 635, vigente desde Abril de 1991 entra en una contradicción interna, porque según propia la Exposición de Motivos, nuestro Código abona y se suscribe a la ideología de la moderna política criminal; es decir, y como no podría ser otro modo, por el Derecho penal de mínima intervención[80]; sin embargo su parte especial y en leyes

80 En la Exposición de Motivos del Código se explica sucintamente el porqué de la reforma afirmando: "Es reconocer que el Código Penal cuya vigencia cesa, constituyó en su época un paso trascendental en relación a las ciencias penales que le antecedieron. Sin embargo el paso irreversible del tiempo, con los nuevos avances doctrinales y la expositiva realidad social del país estremecieron su estructura funcional. El fenómeno criminal con los índices alarmantes y las nuevas modalidades violentistas de la desviación social presionaban por mejores propuestas de reacción punitiva..." (...) *"... debería abocarse no solamente adaptar el Código Penal al sistema político dibujado por la Constitución sino, también a las nuevas realidades de nuestra sociedad y a los avances que presentan (sic) en esta hora la política criminal, la criminología y la ciencia penitenciaria"* (Véase, con mayor detalle: HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho penal. Parte General*, I, Lima, 2005, pp. 127 y 128) las cursivas son mías. Así también: PAREDES PÉREZ, Jorge Martín; *Para conocer el Código Penal*, Lima, 1994, p. 40.

LEGALES EDICIONES

especiales se pone en evidencia una mayor carga criminalizante que el Código Penal abrogado de 1924.

Por otra parte, para nadie es novedad que como conjunto está muy arraigada la "crisis" del sistema penal[81], tanto a nivel del subsistema que está formado por el conjunto de leyes penales, normas procesales, leyes de ejecución y otras disposiciones especiales conexas con el ámbito penal, como también el subsistema institucional de los órganos portadores del sistema normativo, tales como la Policía, el Ministerio Público, El Órgano Jurisdiccional, y también en nuestra realidad el Instituto Nacional Penitenciario (INPE). Ahora el problema hunde sus raíces, con lamentable profundidad, fundamentalmente porque nuestras agencias de control, están igual o peor contaminadas del virus congénito de la crisis, vale decir que la policía sigue manteniendo una formación autoritaria y militarizada, por su parte el Ministerio Público como órgano persecutor del delito y el Poder Judicial como órgano decisor, ambos cumplen el papel de "cómplices primarios" de cualquier estrategia coyuntural-excepcional por parte de los gobiernos de turno.

## 3. ALGUNAS REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Hemos querido plantear uno de los temas centrales en la agenda del Derecho penal, y siguiendo el *iter* argumentativo de nuestro trabajo y haciendo una apretada conclusión de la tendencia "sobre" criminalizadora se ha detectado las siguientes: una de las causas de la existencia de una proclividad, y por ende fracaso del recurso punitivo, es que el Estado ex profesamente distorsiona los conceptos político-criminales y de política penal,

81 En ese sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* Barcelona, 1992, pp. 13 y 14, sostiene que "la crisis, en realidad, es algo connatural al Derecho Penal como conjunto normativo o, como mínimo, resulta, desde luego, inmanente al Derecho Penal moderno, surgido de la ilustración", sigue este autor manifestando que "en ellos, en efecto, antinomia entre libertad y seguridad (expresada en el ámbito penal en la tensión en la prevención y garantías, o incluso, si se quiere, entre legalidad y política criminal) empieza a ser resuelto automáticamente a favor de la seguridad; así se detecta ya un principio de crisis", agrega el mismo autor que "... tal crisis o tensión permanente no constituye, en si, un fenómeno negativo, al contrario, probablemente es este el motor de la evolución del Derecho penal".



LEGALES EDICIONES

reduciéndose en nuestra realidad a esta última, influenciado por actos de venganza colectiva en la ciudadanía y los medios de comunicación; otra causa se debe a la reiterada demagogia, en el sentido que con la agravación de la penalidad se va a eliminar el mal que se quiere atacar, sin tener en cuenta que el Derecho penal es generador de una carga criminógena de violencia.

La "sobre" criminalización transforma el sistema penal hasta llevarlo a una "degeneración" del mismo, pues en su afán de ser operativo y eficaz transgrede garantías y derechos constitucionales (debido proceso, rehabilitación del penado, etc.) que trae aparejadas perniciosos exabruptos, que imposibilita, o cuanto menos perturba grave e insubsanablemente el Estado de Derecho. Es sintomático que a consecuencia de los elevados índices de criminalidad como el narcotráfico, delincuencia urbana, delincuencia económica, crimen organizado se llegue en primera instancia a una criminalización (tipificación) y, en segunda instancia se "caiga" en una sobrecriminalización (que implica sobrepenalización) circunscribiéndose a "ultraproteger" bienes jurídicos de carácter personal-nucleares como la libertad individual, sexual, patrimonial, etc.

En ese sentido también en la tendencia "neo" criminalizadora[82] precisamos las siguientes conclusiones: si bien produce esta tendencia ocasiona un proceso de elefantismo de la legislación penal, hay que tener presente que se debe fundamentalmente a una situación de "constreñimiento ideológico" que se respira en toda la atmósfera del Derecho penal comparado en post de acceder a los nuevos requerimientos que la sociedad inevitablemente plantea. Esta tendencia se caracteriza por tener un trato benigno en la penalidad, y esto, obviamente, favorece la aplicación de una respuesta simbólica, tanto en el plano sustantivo (suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, la exención de pena, la conversión de la pena, la prescripción, etc.)

82 SILVA SÁNCHEZ afirma que "Esta tendencia incriminadora, que es muy pluriforme en su interior y por tanto, difícilmente reconciliable a un juicio unitario, adopta en ocasiones la forma de una legislación claramente simbólica o retórica, sin posibilidades reales de aplicación". V. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Ob. cit., p. 16.

como en el plano procesal (orden de comparecencia, libertad provisional e incondicional, etc.).

No obstante nos preguntamos ¿Cómo se podría frenar la omnipotencia del Estado en cuanto a las decisiones penales? Este desborde legislativo que es un mal patológico pues traspasa los límites racionales se puede frenar en base a una serie e inmediata aplicación del instrumento que lo tildamos de "terapéutico", como es el principio de mínima intervención del Derecho penal, toda la legislación penal (abarcando tanto Códigos penales, leyes especiales, procesales, Código de Ejecución, y leyes conexas), para que no sean consideradas como meras hojas "muertas" en el papel escrito al que todos recurren cual oráculo, debe obtener una real y efectiva armonización con la Constitución como vértice superior del ordenamiento jurídico, que moldea los pilares básicos de estructura y organización de un país, lo que ha venido denominándose la "Constitucionalización del Derecho penal"[83].

Finalmente y desde el punto de vista futurista, consideramos que la frase fatídica de Günther Stratentwert al mencionar que la historia del Derecho penal es la historia de su paulatina desaparición, es demasiado utópico, mas bien y a no dudarlo se puede afirmar que la evolución del Derecho penal estará marcado por que la intervención punitiva se limite a lo mínimamente necesario[84], y que tiene que defenderse a ultranza; no podemos como dicen los abolicionistas plantear la "pena de muerte" al Derecho

83 PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte General*, Lima, 1994, p. 48. "Existe y siempre ha sido así una estrecha relación entre la Constitución y el Derecho penal. El Derecho constitucional y el Derecho penal han Nacido y evolucionado juntos, en efecto, las ideas políticas de la Ilustración marcaron el ritmo de las ideas penales y constitucionales al poner empeño en fijar los límites del poder del Estado. Tal vinculación no es fruto acaso no del coyunturalismo, pues precisamente al derecho penal le cabe la difícil y delicada tarea de emplear el instrumento más temible del poder político, cual es, el recurso de la pena".

84 En la literatura peruana: CARO CORIA, Carlos; "Sistema penal y mínima intervención: de una función simbólica a una función real" en: *Themis. Revistas de Derecho* N° 27-28, Lima, 1994, pp. 184 y ss, plantea como alternativa la aplicación del modelo político criminal de mínima intervención. Su planteamiento central consiste en limitar la actividad punitiva estatal a efectos de dirigirlas únicamente contra aquellas infracciones penales

penal pues la sociedad tendría sus días contados, y con esto no pretendemos que el Derecho penal se ocupe de ilícitos de poca gravedad o de injusto bagatelares, sino que exista una criterio de valorización de los bienes jurídicos al momento de la criminalización de conductas.

Actualmente el Derecho penal se desenvuelva en un contexto en que es insoslayablemente imperativo el afán de amparar nuevos interés, so pena de retroceder en cuanto a la eficacia garantística y quedar perennizado en una función simbólica y demagógica. Efectuar un enfoque integral (multidisciplinario) sobre la realidad delictiva ya que solo así permitirá el desarrollo de una teoría político-criminal tanto formal (en la vía legal) como en la material (en la vía de aplicación) comprometida con una reflexión crítica del *jus puniendi*. Realizar a través de las instituciones competentes, una debida capacitación permanente a los operadores jurídicos (policías, fiscales, jueces) de los nuevos avances de la ciencia jurídica penal como es el Derecho penal de riesgos (peligro), el Derecho penal victimal, entre otros que tienen un amplio espectro para la solución de casos, y que tienen que ser aprovechados.

Todos estos planteamientos necesitados de una profunda evaluación, formaran parte del núcleo del debate jus-penalista, que apunta a que exista en el plano de la legislación penal leyes indeterminadas con términos vagos de difícil interpretación, de cláusulas generales en los conceptos típicos, dejando al juzgador un amplio margen de discrecionalidad. Este momento los profesores Hassemer y Muñoz Conde la denominan "hacia una tendencia a la desformalización del Derecho penal", es decir un debilitamiento del principio de legalidad, que puede suponer una merma cuando no eliminación de las barreras infranqueables que según advierte von Liszt a principios de siglo, que en el Derecho penal debía operar una política criminal demasiado pragmática e inclinada a resolver por la vía más rápida el conflicto que más preocupa.

LEGALES EDICIONES

que ocasiones un mayor gasto o costo social. Solo en este sentido el sistema penal cumplirá una función real y no simbólica.

## IV. LA INFLUENCIA DE LA POLÍTICA EN LAS DECISIONES JURÍDICO-PENALES

### 1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS: EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LAS TENDENCIAS SOBRE CRIMINALIZADORAS

El "Derecho penal del enemigo", también llamado "Derecho penal de tercera velocidad", o "Derecho penal del crimen organizado", o "Derecho penal de emergencia", o el "Derecho penal máximo", "Derecho penal de aseguramiento", son algunas de las denominaciones comúnmente utilizadas para designar una misma tendencia legislativa en el Derecho penal contemporáneo. Esta forma de Derecho penal es, ante todo, una criatura del legislador, no es producto de la dogmática ni creación de algún penalista, como muchas veces se ha querido sostener especialmente desde la difusión del discurso sobre el "Derecho penal del enemigo", del cual no pocas veces reniegan los penalistas, tildándolo de tendencia autoritaria, fascista, antidemocrática y hasta nacional-socialista[85].

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[86]; es decir, un

85 Véase: MUÑOZ CONDE, Francisco; *De nuevo sobre el "Derecho penal de enemigo"*, Buenos Aires, 2005, pp. 69 y ss.

86 El Derecho penal tenía que ejercer un sistema de garantías mínimas para la persona que es objeto de imputación, esto es, lo que en su momento von Liszt decía la "Carta Magna del delincuente", ahora sin embargo, se sostiene que el Derecho penal es la "Carta Magna de la víctima", en vista de una política criminal de corte emergencial, casi improvisada. Con este lenguaje –adelantando la punibilidad, combatiendo con penas elevadas, limitando las garantías procesales–, en términos de Jakobs el *Derecho penal de los enemigos*, es decir, el que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo. Puesto que el Estado –continúa el citado autor– no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos. Particularmente en los estudios de Günther Jakobs sobre el llamado Derecho penal del enemigo, descuidando fundamentar sobre los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia constitucional para la aplicación del control de constitucionalidad difuso, los mismos que aparecen ampliamente desarrollados por la Sala en la resolución preceden-

LEGALES EDICIONES

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

---

te. El llamado Derecho penal del enemigo no es una norma o principio constitucional con el cual realizar el control de constitucionalidad, esto es, verificar si una norma legal colisiona o no con la Constitución. Por cierto, desde una perspectiva científica no dudamos del rigor o seriedad de las exposiciones teóricas y constataciones y críticas que aparecen en los estudios y obras citadas por los abogados defensores. Sencillamente, consideramos que una incidencia de control difuso debe cumplir con los requisitos legalmente establecidos, sino lo hace la petición debe ser desestimada, pues los jueces resolvemos conforme a derecho y no de acuerdo a los conocimientos sobre el estado de las ciencias sociales, la filosofía o la política penal, que en todo caso sirve como descripción o explicación de los fenómenos pero no como premisa mayor de todo razonamiento jurídico. Decir que no se ha superado el carácter de derecho penal del enemigo no es desarrollar un análisis de cara al convencimiento de los jueces para que inapliquen una norma por incompatibilidad con determinada norma Constitucional. Menos aceptable es que se pretenda con la invocación al Derecho penal del enemigo la inaplicación de una Sentencia del Tribunal Constitucional como la de tres de enero de dos mil tres, expediente N° 010-2002-AI/TC, caso: "Marcelino Tineo Silva", ¿cuál es la norma constitucional que permite tal solución? por cierto que ninguna, porque por más que una sentencia que resuelve sobre la constitucionalidad de una norma legal realice una interpretación, tal doctrina jurisprudencial no se convierte en una norma con rango de ley, en la medida que lo que se ha fijado es un criterio uniforme de atribución de significado de una norma en un determinado sentido. Basta revisar la sentencia del propio Tribunal Constitucional donde desarrolla sobre el sistema de fuentes en el Perú.

STC 0003.2005-PI/TC (Fundamentos 16 y 17): "(...) 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".

STC 0019.2005-PI/TC (Fundamentos 30-33) "Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-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 44 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".

LEGALES EDICIONES

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. Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático. No obstante, ello no quiere decir tampoco que el Derecho penal constitucional se convierta en un Derecho penal "simbólico", sino que debe responder 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– 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.

Esta realidad legislativa, la del Derecho penal del enemigo, tiene para Jakobs tres características: a) el amplio adelantamiento de la punibilidad con penas que no se reducen proporcionalmente con dicho adelantamiento[87], en este ámbito la perspectiva del ordenamiento penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro) y no retrospectiva (el hecho cometido); b) el in-

87 Actualmente no puede sostenerse un *Derecho penal de ánimo,* que está cercano a un Derecho penal de autor. En el derecho penal de autor, la pena se vincula directamente a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción: "culpabilidad por la conducción de vida". El derecho penal de autor genera la reacción penal en base a determinadas cualidades de la persona de las que muchas veces no es responsable en absoluto. El Derecho penal peruano, en algunos casos, es un derecho penal de acto porque sólo el comportamiento humano traducido en actos externos puede ser calificado de delito y motivar una reacción penal. Sin embargo algunos tipos se construyen en base a determinadas actitudes o comportamientos habituales del autor pero siempre que se traduzcan en actos externos: el "proxeneta", el "usurero", o en este el "rebelde". Querer reprimir penalmente sólo los estados de ánimos de las personas es como pretender reprimir sólo el ánimo de lucro en los delitos de robo y hurto y no el apoderamiento de las cosa mueble total o parcialmente. En otras palabras, lo que garantiza un derecho penal de acto en el delito de robo y hurto por ejemplo, es que se desplace del ámbito de dominio de su dueño la cosa mueble.

LEGALES EDICIONES

cremento notable de las penas, de modo que esa anticipación de la barrera penal no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena, y, c) la relajación o supresión, incluso, de ciertas garantías individuales de orden procesal[88], cabiendo añadir también la flexibilización de las garantías que deben regir la ejecución penal.

Así, "la esencia de este concepto de Derecho penal del enemigo está en que éste constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos que nada significa, ya que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental, de determinadas fuentes de peligro especialmente significativas. Con este instrumento, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos"[89]. De allí que la pena no persiga la reinstauración de la norma, la pena no significa nada, sólo tiene como fin el aseguramiento cognitivo, contrafáctico o coactivo de la norma[90].

Más próximas al Derecho penal del enemigo se encuentran ciertas manifestaciones de lo que se ha venido llamando ideología de la emergencia. Especialmente desarrollada en la lucha contra el terrorismo, vendría a cerrar filas en torno al modelo de Estado que pasa a ser objeto de adhesión incondicionada, con la consiguiente identificación del discrepante, incluso del violentamente discrepante, como el otro, el distinto, el terrorista que, con su mera existencia, legitima toda actuación del poder estatal, por desmesurada que sea. Y hay que convenir que la más grave de las lacras que en nuestros sistemas penales ha dejado el terrorismo, es la de la desmesura[91]. Tal discurso cala irremediablemente en la funcionalización política del Derecho penal. No pretendemos negar con ello la necesidad de que el Estado pueda procurar una

88 Ibid., pp. 40 y ss.

89 Véanse: CANCIO MELIÁ, Manuel/FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo; "¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de Günther Jakobs. Estudio preliminar", en: *La pena estatal: significado y finalidad*, Madrid, Civitas, 2006, p. 62.

90 Véase: JAKOBS, Günther; *Derecho penal del enemigo*, cit., p. 21.

91 Véase: TERRADILLOS BASOCO, Juan; *Sistema Penal y Estado de Derecho. Ensayos de Derecho Penal*, Lima, 2010, p. 218.

LEGALES EDICIONES

mejor seguridad co-existencial de los comunitarios, donde ha de imperar el respeto por los derechos del prójimo, de configurar modelos valiosos de comportamientos; sino de poner en relieve, de mostrar que tan equivocado está el Parlamento Nacional, cuando cree que con una mayor dureza punitiva va a poner coto a esta irrefrenable criminalidad, que cunde en las ciudades de todo el territorio nacional.

En primer lugar, entendemos por sobre-criminalización a todo un proceso por parte de todos los gobiernos de turno de resolver determinadas situaciones conflictivas-coyunturales a través de estrategias punitivas, optando por dos modalidades concretas:

a) por la creación de nuevos delitos en la Parte Especial de los Códigos penales o leyes penales especiales (por ejemplo: el delito contable, lavado de dinero o de activos, abigeato, información privilegiada, etc.) o en la Parte General (por ejemplo nuestro actual delito masa –artículo 49, último párrafo, CP–) ya sea en Código Penal o en leyes especiales, o
b) agravando la penalidad de los delitos ya existentes.

Definitivamente en el Perú se ha hecho una práctica constante sobre todo ésta última opción, yo diría hasta institucionalizarse, sino basta constatar que a partir del Decreto Legislativo N° 25475 de fecha 06-05-92, referido al delito de terrorismo, se ha venido modificando reiteradamente el Código Penal, luego durante el año 1994 se promulgaron leyes modificatorias que agravan la penalidad para los delitos de robo, hurto, violación sexual, tráfico de menores, secuestros, entre otros.

## 2. LAS FACULTADES LEGISLATIVAS DELEGADAS DEL PODER EJECUTIVO COMO UNA PRÁCTICA USUAL EN MATERIA PENAL

Conforme lo prescriben los artículos 104 y 101 inciso 4 de la Carta Magna[92], no pueden delegarse en el Poder Ejecutivo las

92 Art. 101.4) de la Constitución: "(...) No pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República".



LEGALES EDICIONES

mismas materias que son indelegables a la Comisión Permanente, vale decir las relativas a reforma constitucional, aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República. El literal 1 del artículo 76 Reglas Especiales, del Reglamento del Congreso de la República establece expresamente que, las proposiciones presentadas por el Presidente de la República pueden versar sobre cualquier asunto y de manera exclusiva le corresponde la iniciativa en legislación delegada. La iniciativa legislativa se adecúa a lo dispuesto por los artículos 76 inciso d) y 81 inciso f) del Reglamento del Congreso de la República[93] al precisar la materia específica de la delegación y el plazo de la autorización.

Landa Arroyo[94] considera que: "El monopolio de la legislación corresponde al Congreso, en tanto el poder constituyente ha dispuesto que la legislación sea competencia básica de la asamblea de representantes elegidos por el pueblo para ejercer dicha función. Sin embargo, subsidiariamente, el Congreso puede delegar una parte de su competencia legislativa al Poder Ejecutivo o a la propia Comisión Permanente en la materia y plazo definidos en la ley autoritativa, según los artículos 104 y 101.4 de la Constitución. El control parlamentario de los decretos legislativos tiene otra problemática menos compleja que el control de los decretos de urgencia, pero no por ello menos importante. Porque los parámetros de control son más precisos,

93 Art. 76.d), Reglamento del Congreso: "Las proposiciones de ley autoritativa de legislación delegada deben precisar la materia específica de la delegación y el plazo de la autorización. No puede proponerse ley autoritativa de legislación delegada en materias relativas a reforma de la Constitución, aprobación de tratados internacionales y leyes orgánicas, ni la Ley de Presupuesto ni de la Cuenta General de la República".

Art. 81.f), Reglamento del Congreso: "Leyes autoritativas de legislación delegada; pueden ser aprobadas para autorizar el ejercicio de la función legislativa al Gobierno mediante decretos legislativos o a la Comisión Permanente mediante la aprobación de proposiciones de ley, con las limitaciones establecidas en el segundo párrafo del inciso 4) del artículo 101 y en el segundo párrafo del artículo 104 de la Constitución Política. Deben indicarse la materia específica de la delegación y el plazo de la misma".

94 Dr. César Landa, Consultor, Programa de Fortalecimiento Legislativo del Congreso de la República, Universidad del Estado de Nueva York, USAID - PERU, Facultades Legislativas del Poder Ejecutivo.

LEGALES EDICIONES

pues no se realizan en función de conceptos abiertos, como sí sucede con los decretos de urgencia. Antes bien tienen como presupuestos habilitantes una *materia específica* y un *plazo determinado* que los define el propio Congreso en la ley autoritativa".

Sin embargo, es necesario señalar que la propia Constitución ha señalado los mecanismos de control que deberá ejercer el Congreso de la República al disponer en el citado artículo 104 de la Carta Fundamental que el Presidente de la República[95] dé cuenta el Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo. En este sentido, el artículo 90 del Reglamento del Congreso[96] establece los requisitos y procedimientos a seguir para el indicado control parlamentario de la delegación de fa-

95 "Ley N° 29158, LOPE, Artículo 11.- Facultad normativa del Presidente de la República: Corresponde al Presidente de la República dictar los siguientes dispositivos:

1. Decretos Legislativos.- Son normas con rango y fuerza de ley que emanan de autorización expresa y facultad delegada por el Congreso. Se circunscriben a la materia específica y deben dictarse dentro del plazo determinado por la ley autoritativa respectiva. Son refrendados por el o los Ministros a cuyo ámbito de competencia corresponda.

Los Decretos Legislativos entran en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria del mismo Decreto Legislativo que postergue su vigencia en todo o en parte. Los Decretos Legislativos relativos a tributos de periodicidad anual rigen a partir del uno de enero del año siguiente a su publicación".

96 "Artículo 90 del Reglamento del Congreso de la República:

El Congreso ejerce control sobre los decretos legislativos que expide el Presidente de la República en uso de las facultades legislativas a que se refiere el artículo 104 de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas:

a) El Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los decretos legislativos que dicta en uso de las facultades legislativas, dentro de los tres días posteriores a su publicación.

b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto legislativo y a más tardar el primer día útil siguiente, el Presidente del Congreso envía el expediente a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso o a la que señale la ley autoritativa, para su estudio.

c) La Comisión informante presenta dictamen, obligatoriamente, en un plazo no mayor de 10 días. En el caso que el o los decretos legislativos contravengan la Constitución Política o excedan el marco de la delegación de facultades otorgado por el Congreso, recomienda su derogación o su modificación para subsanar el exceso o la contravención, sin perjuicio de la responsabilidad política de los miembros del Consejo de Ministros. (Inciso modificado. Resolución Legislativa del Congreso N° 011-2001-CR, publicada el 13 de octubre de 2001)".

LEGALES EDICIONES

cultades. Al respecto, Landa Arroyo precisa que los decretos legislativos están sometidos a los siguientes controles específicos: "*Control de contenido*, para verificar su compatibilidad con las expresas disposiciones de la ley autoritativa, asumiendo que existe una presunción *iuris tantum* de constitucionalidad de dichos decretos. *Control de apreciación*, para examinar si los alcances o la intensidad del desarrollo normativo del decreto legislativo se enmarca en los parámetros de la dirección política que asume el Congreso en materia legislativa. *Control de evidencia*, para asegurar que dicho decreto legislativo no sólo no sea *violatorio* de la Constitución por el fondo o por la forma, sino también que no sea incompatible o no conforme con la misma".

Asimismo, Eguiguren ha señalado sobre el control que debe ejercer el Poder Legislativo lo siguiente: "2.- La Constitución establece que los decretos legislativos están sujetos a control parlamentario; por ello, en el último párrafo del artículo 104 se dispone que el Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso de cada Decreto Legislativo. Sin embargo, la norma constitucional no precisa los alcances de este procedimiento de dación de cuenta para el control parlamentario de los decretos legislativos. No obstante, el Reglamento del Congreso, en su artículo 90, se ocupa de ello, y lo concibe como un procedimiento de control posterior a la expedición y publicación directa de los decretos legislativos por el Poder Ejecutivo. Ni la Constitución o el Reglamento del Congreso mencionan la posibilidad de un control parlamentario previo a la publicación y vigencia de los decretos legislativos."[97] Por otro lado, los profesores Francisco Fernández Segado[98] y Domingo García Belaúnde[99] se han mostrado críticos

97 Ver: http://www.redge.org.pe/sites/all/files/EGUIGUREN%20INFORME%20OXFAM%20-%20DECRETOS%20LEGISLATIVOS%20Y%20TLC.pdf.

98 *El Nuevo Ordenamiento Constitucional del Perú, Aproximación a la Constitución de 1993, ver en: http://*docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:HwxJrDyQ45QJ:www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/3/REPNE_084_027.pdf+delegacion+de+facultades+legislativas+an%C3%ADbal+quiroga&hl=es&gl=pe&pid=bl&srcid=ADGEESi0O6Y52QOQRUv5w2TxNcaij1KqXrcRO-1PWiW4nm5rbydUO5xjhPptX0kVyZzLe-YrwGBccm8GL12mCzPsZSJVIUIknXlQC0IBk7l-v38HkHlIHG0k3809LUurec5_NYlgcFW6X&sig=AHIEtbRjObreY6JxPps4vFCWITQ5oZJ4tw.

99 *Funciones Legislativas del Ejecutivo Moderno, El Caso Peruano*, ver en: http://www.bibliojuridica.org/libros/2/899/17.pdf.

respecto a la práctica de la delegación de facultades legislativas, reclamando un mejor control por parte del Poder Legislativo. Para los constitucionalistas Enrique Bernales Ballesteros y Marcial Rubio Correa[100], la dación de cuenta de los Decretos Legislativos no es un mero procedimiento, sino el sometimiento de la legislación producida por el Ejecutivo, al escrutinio y la eventual corrección del Legislativo.

Además de lo expresado, el control de la legalidad y constitucionalidad de los Decretos Legislativos también puede ser ejercido por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional[101], según sus propias facultades constitucionales, como sería en una acción de inconstitucionalidad y en el control difuso, por ejemplo. Se sostiene en la iniciativa legislativa presentada por el Poder Ejecutivo que el conflicto en el que las Fuerzas del Orden enfrentan la violencia interna de las organizaciones de narcotráfico

---

100 *Gobierno: Relaciones Parlamento Ejecutivo,* ver en: http://www.fabiolamoralesc.com.pe/pdf/CURSO_IV_LECCION_3.pdf.

101 Exp. N° 047-2004-AI/TC (http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html): "2.1.3.1.1.5. Decretos Legislativos 25. Esta forma normativa de fuente con rango de ley está prevista en el artículo 104 de la Constitución, que establece: "El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente. Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley. El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo".

El decreto legislativo tiene al Poder Ejecutivo como órgano productor. Sin embargo, el Congreso de la República también tiene una intervención indirecta, toda vez que fija la materia y el plazo de la delegación. Como ya se precisó anteriormente, los artículos 104 y 101, inciso 4, de la Constitución establecen que el Congreso de la República no puede delegar al Poder Ejecutivo las materias relativas a reforma constitucional, aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.

Por ello, la regulación a través de este tipo normativo, el decreto legislativo, está limitado directamente por la Constitución y también por la ley autoritativa. Podía darse el caso de que el Congreso de la República delegue una materia prohibida, con lo cual no sólo será inconstitucional la ley autoritativa, sino también el decreto legislativo que regula la materia en cuestión. De otro lado, también puede darse el caso de que la ley autoritativa delegue una materia permitida por la Constitución y, sin embargo, el decreto legislativo se exceda en la materia delegada, con lo cual, en este caso también se configurará un supuesto de inconstitucionalidad por vulneración del artículo 104 de la Constitución".

LEGALES EDICIONES

o de terroristas en el Perú, exige una normatividad que pueda regular el empleo legítimo de la fuerza en la ausencia relativa o general del Estado en ciertos ámbitos del territorio nacional, así como en la presencia correlativa de grupos armados privados o mercenarios, relacionados al crimen organizado, cuyo accionar se prolonga en el tiempo, y que corresponden a diversos factores, en una relación asimétrica y clandestina de violencia y de intenso conflicto que afectan o desestabilizan la seguridad, bienes y derechos de la población y del Estado.

En tales circunstancias extraordinarias, precisa que es necesario actuar con rapidez dictando medidas normativas en lo relativo a la seguridad nacional que asegure un marco de intervención armada en el legítimo ejercicio de la función constitucional asignada tanto a las Fuerzas Armadas como a la Policía Nacional, que comprenda la protección de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce. Conforme se tiene expresado, la habilitación subsidiaria de facultades legislativas al Poder Ejecutivo, comprenderá modificaciones a la legislación penal, procesal penal, de ejecución penal, administrativa y conexa en materia de terrorismo y tráfico ilícito de drogas; así como la regulación de los límites de la acción e intervención armada que tenga como finalidad cumplir con la misión de seguridad y defensa que le corresponde a las fuerzas del orden, en particular la que define y precisa los tipos delictivos de las nuevas modalidades delictivas que surge de la estrecha colaboración que se da actualmente entre el narcotráfico y el terrorismo.

En cuanto a la solicitud de facultades legislativas delegadas en el ámbito de la delincuencia común, de lucha contra el Narcotráfico, Terrorismo, y Crimen Organizado, sobre seguridad ciudadana, defensa nacional y orden interno, en dichos ámbitos debe respetarse el denominado "principio de reserva de la Ley penal"[102]; en el sentido que el dictado de las normas jurídicas que

102 Este principio, también se utiliza como sinónimo de *principio de reserva* (legal), en el sentido que el único que está facultado para crear ilícitos penales es el Poder Legislativo y no el Ejecutivo ni el Judicial. Se trata, entonces, de una exigencia de seguridad jurídica (conocer anteladamente los delitos, contravenciones y sus correspondientes penas).

LEGALES EDICIONES

restringen derechos fundamentales como son las normas penales (por ejemplo la imposición de penas privativas de libertad, y en el procesamiento penal circunscrito a la restricción de algunos derechos, como el mandato de detención) debe estar únicamente "reservado" al Poder Legislativo, en este caso al Congreso de la República, como órgano encargado de expedir las leyes en cumplimiento los cánones y garantías que exige el dictado de una norma penal.

Al respecto debemos mencionar a los Profesores Muñoz Conde y García Arán quienes señalan que: "Cuando se dice que la ley penal debe ser "escrita" se está expresando, en primer lugar, que el Derecho penal es exclusivamente Derecho positivo, lo que excluye la posibilidad de que mediante la costumbre o los principios generales no escritos se esclarezcan delitos y penas. Lo que se pretende con ello es reservar al poder Legislativo la potestad para definir los delitos y las penas: en el esquema propio de la división de poderes, sólo el Legislativo como representante de la voluntad popular se encuentra legitimado para decidir qué con-

---

Además, se trata de una garantía política (en el sentido que el ciudadano no podrá verse sometido por el Estado y por ende los jueces a sanciones que no admita el pueblo). Al respecto, la Constitución Política del Perú de 1993 ha regulado la formulación tradicional del principio de reserva en el art. 2, numeral 24, literales "b" y "d". Debemos mencionar que el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado –de manera indirecta– por el respeto al principio de reserva de la LEY PENAL. Efectivamente a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 23 de Noviembre de 2004, Exp. N° 2758-2004-HC/TC Lima, en el Caso "Luis Guillermo Bedoya de Vivanco", ha dicho lo siguiente: *"En la STC 0010-2002-AI/TC, este Tribunal sostuvo que el principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal* (lex praevia), *la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito* (lex scripta), *la prohibición de la analogía* (lex stricta) *y de cláusulas legales indeterminadas* (lex certa). *Este Tribunal considera que el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica".*



LEGALES EDICIONES

ductas debe perseguir el Estado mediante el instrumento más grave de que dispone, esto es, la sanción penal"[103].

En primer lugar, es de destacar que tanto el texto constitucional como el C.P. no regulan de manera expresa el principio de la reserva de la ley, sino que se limitan a enunciar el principio de legalidad de los delitos y de las penas. Si bien se nos puede objetar que una mención de ésta índole es ociosa ya que un principio está contenido en el otro; tal premisa no es del todo cierta, pues resulta irrebatible que para la plena vigencia del principio de reserva se requiere la expresa mención de la jerarquía y rango de la ley que crea delitos y penas, requisitos que clamorosamente se echan de menos en nuestro Derecho[104]. Solamente una norma legal emanada del Parlamento tiene la suficiente legitimidad como para restringir gravemente los derechos individuales de las personas; y de esto se trata en el caso de las leyes penales. Recién tras una amplia discusión pública, transparente, entre los representantes del pueblo, deberían estos poder imponer el ejercicio de *ius puniendi* contra las conductas más graves que atentan contra los intereses más urgentes de los ciudadanos[105].

El problema planteado no dejaría de ser una cuestión meramente académica, teórica, si no tuviera enormes implicancias prácticas. Al no respetar el "principio de reserva" de la ley penal, el Poder Ejecutivo tiene manos libres para configurar el Derecho penal a la medida de sus propios intereses. Estos pueden ser buenos, loables, pueden incluso coincidir con el bien común, pero tienen el defecto de no estar sometidos a ningún control democrático. Y este defecto es decisivo, pues permite el abuso de po-

103 Véase: MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes; *Derecho Penal. Parte General,* Valencia, 2002, p. 101. La reserva de ley, en este punto, no sería la garantía formal del respeto de una regla mayoritaria y de la proveniencia de la regla de un órgano político cualificado, sino que sería una reserva en sentido más sustancial: el respeto de un procedimiento que garantice el conocimiento y la formación del proyecto legislativo. (MASSIMO DONINI, *El Derecho Penal Frente a los Desafíos de la Modernidad*; 1ª Edición, ARA Editores E.I.R.L., Perú 2010, p. 406).

104 Véase: CASTILLO ALVA, José Luis; *Principios de Derecho Penal. Parte General,* Lima, 2004, p. 46.

105 Véase, en este sentido: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; "Principio de reserva de la ley penal versus autoritarismo estatal", disponible en: *http://www.derechoycambiosocial.com/rjc/Revista12/reserva.html.*

der con fines políticos y de grupos de poder haciendo tabla rasa de otros principios del Derecho penal de indiscutible importancia, en especial de los principios de "lesividad" y de "mínima intervención". Efectivamente también en el Derecho comparado se puede observar la vigencia del principio de reserva de la Ley penal como da cuenta el profesor Manuel Abanto Vásquez.

- En la doctrina española solamente hay discusión en cuanto a los límites de la exigencia de "ley orgánica" para legislar penalmente: parte de la doctrina considera que, para dotar mayores garantías democráticas, toda ley penal debe estar contenida en una ley orgánica (votada por la mayoría legal de parlamentarios), mientras que otra doctrina restringe el requisito de ley orgánica a las leyes que contengan penas o medidas de seguridad que restrinjan derechos fundamentales (libertad individual, igualdad) o estén implicados bienes jurídicos fundamentales (para las demás leyes penales debería bastar una ley formal simple)[106].
- También en Alemania, donde en general se interpreta el término "Ley" utilizado por la Constitución en el sentido más amplio, hay consenso en la doctrina, sin embargo en que tal "ley" solamente puede ser una "formal" (emitida por el Parlamento) cuando la ley penal contenga penas privativas de libertad, pues "las intervenciones en la libertad solamente deben poder ser emprendidas mediante una expresión jurídica decidida por el Parlamento Federal o un Parlamento regional siguiendo el procedimiento establecido para la labor legislativa"[107].

## V. EL PODER LEGISLATIVO, LA POLÍTICA Y LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

El Derecho penal, entendido de manera objetiva, existe en la medida en que existe un Estado, o mejor dicho un Poder del

106 Véase, en este sentido: ABANTO VÁSQUEZ; "Principio de reserva de la ley penal versus autoritarismo estatal", disponible en: *http://www.derechoycambiosocial.com/rjc/Revista12/reserva.html.*

107 Véase, en este sentido: ABANTO VÁSQUEZ; "Principio de reserva de la ley penal versus autoritarismo estatal", disponible en: *http://www.derechoycambiosocial.com/rjc/Revista12/reserva.html.*

LEGALES EDICIONES

Estado que las crea (Congreso de la República) y otro Poder de Estado (Poder Judicial) que las aplica. Y en todo este recorrido existen los académicos, que son quienes interpretan y analizan críticamente el Derecho penal a través de las tendencias doctrinales más actuales, aplicando el método más racional a los casos penales. El recorrido muchas veces que realiza una norma penal –o cualquier norma– desde el momento en que nace, se aplica y se deroga, en muchas ocasiones se debe a la influencia que tiene la política no sólo del Derecho penal, sino en cualquier parcela del Derecho.

En consecuencia, la pregunta que debemos hacernos es la siguiente: ¿Un parlamentario tendrá que saber todas y cada una de las tendencias dogmáticas que están presentes en la dogmática penal al momento del debate y la votación de las normas penales?; en principio debo precisar que sí debería saberlo, al menos deberá tener un conocimiento mínimo. Por ello, en el presente trabajo no vamos a desarrollar aquella política criminal realizada por el Poder Ejecutivo, ya que está más bien vinculada a la Teoría del Estado, sino que el presente trabajo se decanta por aquella política que realiza el Poder Legislativo, en su ámbito más importante, cual es legislar, en una parcela del Derecho: el Derecho penal.

Un profesor alemán, von Kirchmann, decía con gran elegancia que unas cuantas palabras del legislador puede llevar miles de libros de una biblioteca a la basura; esta frase si bien es cierto resulta breve; sin embargo, encierra un enorme significado en el mundo jurídico, sobre todo en el Derecho penal, pues las decisiones legislativas están motivadas en su mayoría por intereses de carácter político-coyuntural y no tanto por cuestiones técnico-jurídico, y en este juego dinámico de los operadores jurídicos (legisladores, jueces, fiscales, policías) quien tiene el poder de cambiar las decisiones judiciales o fiscales, es definitivamente el legislador. Y un concepto que tiene aquí cobra especial importancia es el de política criminal, donde al parecer quien tiene la facultad de crear las normas penales es quien tiene la especial responsabilidad de asumir una opción político-criminal, de hecho la creación o modificación de una norma penal tiene en sus

LEGALES EDICIONES

raíces el modelo de cómo el Estado ejecutará la persecución y represión de los delitos.

Ahora bien ha sido una práctica constante en el Perú que quien haya asumido la responsabilidad de reformar el sistema penal (legislación penal material, procesal penal y ejecución penal) no haya sido el Congreso, sino más bien el Poder Ejecutivo a través de las facultades delegadas que esta respaldado constitucionalmente, y eso habrá que decirlo. Así como la política influye en algunos elementos del Estado como puede ser la economía, el medio ambiente, el sistema de recaudación, también debe influir en el sector político-criminal, quizá el sector más sensible en torno a la seguridad de la sociedad que el Estado pretende cautelar. En consecuencia la pregunta que debemos hacernos es la siguiente: ¿A quién le corresponde la función de diseñar dicha política criminal? En realidad, al menos en el Perú en los últimos años, ha sido compartido el diseño político-criminal ya que ha sido el Poder Legislativo a través de las normas jurídicas y el Poder Ejecutivo a través de sus agencias penales.

Un aspecto que debemos tener en consideración es que la Parte Especial de los Códigos Penales es donde se encuentra la mayor dinámica y conocimiento de los agentes jurídicos (principalmente de jueces, fiscales y abogados). Con esta apreciación no estamos señalando que sea un graso error de apreciación; por el contrario, si esto es así, los intérpretes debemos poner el máximo esfuerzo en realizar una labor seria en el marco exegético de la ley penal de la Parte Especial, obviamente a través de los instrumentos y métodos que la Ciencia Penal considera como válidos actualmente. Ahora ésta realidad también les alcanza a quienes tienen la misión de crear, interpretar y derogar las normas penales, es decir los legisladores penales.

Efectivamente si vemos el actual Código Penal peruano de 1991, por citar un ejemplo, y pasamos revisión a los procesos de reformas desde hace algún tiempo atrás de nuestro Código Penal –independientemente del régimen estatal: si es democrático o si es autoritario–, ha sido principalmente en la Parte Especial donde se han concentrado la mayor cantidad de modificaciones

LEGALES EDICIONES

y ampliaciones, es decir, en la Parte de los delitos y las faltas, y no tanto en las reglas de la Parte General. Sin embargo, debemos tener en consideración –siguiendo a Villa Stein– que una hipertrofia de la Parte Especial, solo fomenta el terror penal, la represión y el abuso jurídico por decir lo menos. Doctrinariamente la Parte Especial del Derecho penal se encarga de estudiar sistemáticamente, con criterio metodológico y jurídico, además cada una de las conductas que constan los tipos penales, revisando con particular cuidado el bien jurídico que se pretende tutelar con cada uno de ellos[108].

Esto se debe quizá a que la parte de los hechos punibles –delitos y faltas– sea la parte más directa y efectiva donde el Estado puede ejercer su *ius puniendi* estatal, ya que aquí el Estado casi de manera "directa" se comunica con el potencialmente delincuente; en ese sentido, le diría algo como que si cometes tal o cual delito sufrirás una pena de cárcel de 10, 15 o 20 años, con lo cual el delincuente lo pensará más de una vez si lo comete o no; mientras que en la Parte General el Estado tendría que buscar "intermediarios" –abogados o juristas especializados en la materia– para que le traduzcan al delincuente el lenguaje normativo tan difícil de la Parte General del Código Penal, por lo que la comunicación no sería tan efectiva de cara al objetivo que se pretende conseguir, evitar los delitos y las faltas.

Además, como el Estado siempre busca amedrentar o coaccionar psicológicamente a los delincuentes, siempre su objetivo ha sido consolidar una postura de prevención general –de corte negativo– a través de las penas de privación de libertad conminadas en los delitos y las faltas, y esto únicamente se puede conseguir en la Parte Especial de los Códigos Penales y no en la Parte General. Como puede verse, la política ha hecho que el Estado siempre tenga una metodología de trabajo en torno al tema de *cómo* encarar un proceso de reforma penal, asumiendo, como es lógico, la protección de interés valiosos de la comunidad, agravando los delitos y las faltas, y poniendo su máxima atención en

LEGALES EDICIONES

108 VILLA STEIN, Javier; *Derecho Penal. Parte Especial I-A*, Lima, 1997, p. 23.

determinados delitos de la Parte Especial donde la sociedad se muestra más sensible: violación sexual de menores, delitos donde exista criminalidad organizada, prolongación de la prisión preventiva para los delincuentes peligrosos, la reincidencia y habitualidad, la prohibición de beneficios penitenciarios para los delitos sensibles para la sociedad, entre otros.

En ese sentido, la política hoy por hoy no cuenta con un respaldo teórico serio en las currículos de las Facultades de Derecho de las Universidades del Perú; es más en algunas Universidades del país se ha quitado aquella frase: "Ciencias Políticas" pensando quizá que dicha frase no tiene nada que ver con el Derecho, y que quizá algunos todavía piensan que la influencia de las Ciencias Políticas tergiversaban las decisiones eminentemente jurídicas; nada más erróneo, ya que la política debe ser estudiada de manera más profunda y crítica para precisamente evitar excesos en personas, como es el Derecho penal que su objetivo principal es la sanción punitiva, teniendo como protagonista la privación de la libertad individual.

Existen cosas que un dogmático penal no lo puede hacer de manera efectiva como si lo puede hacer un político. Un dogmático penal puede realizar un gran trabajo intelectual sobre el proceso de reforma de un determinado Código o legislación; sin embargo, sólo quedará ahí, en el papel de los Tratados y artículos para los académicos del Derecho; en cambio, el trabajo que realiza el político –por ejemplo un parlamentario– es un trabajo mucho más eficiente desde el punto de vista de reformar cualquier defecto o deficiencia que exista en el sistema legal en cualquiera de sus áreas.

Así por ejemplo, en Europa, algunos doctrinarios estaban discutiendo sobre si las personas jurídicas tienen responsabilidad penal de manera directa, y quienes decían que si se podía hacer se quedaba ahí en meras apreciaciones teóricas; sin embargo, a través de la influencia de la política, los países miembros de Europa –es decir sus representantes políticos– se reunieron y recomendaron a todos los Estados que en sus respectivos Códigos penales se consagre de manera expresa la responsabilidad

LEGALES EDICIONES

penal de manera directa de la persona jurídica. Algo que desde hace cien años estaban discutiendo los doctrinarios, la política cerró el debate en poco tiempo. Hoy por hoy es una realidad progresiva ya en países de Europa Central, y me atrevería a decir que la opción de considerar responsables penalmente a los entes colectivos, no es porque los más representativos dogmáticos se pusieron de acuerdo en que ahora los entes colectivos tienen capacidad de acción, capacidad de culpabilidad y capacidad de pena; sino fundamentalmente –y debo ser honesto en esta apreciación– porque existen imperiosos intereses político/económicos que condicionan las decisiones jurídico/penales, y que la política debe solucionar de manera inmediata y efectiva.

Con estos breves ejemplos, comprobamos que el Derecho no es más que un instrumento legitimador de las decisiones que se toman en un Partido, al final de todo, el Derecho penal como parte del Derecho, no es más que eso, una suerte de vehículo utilizado por todos políticos, más un si están en el Poder de un país, ya que el poner en práctica toda la maquinaria penal, es poner en funcionamiento un instrumento intimidante y coactivo, una suerte de prevención general negativa como decía el profesor Franz von Liszt. La política es el arte de hacer realidad todos o parte de los sueños de la población cuando ésta clama justicia.

Así las cosas, si la población quiere seguridad ciudadana porque se encuentra convulsionada por una ola de delincuencia, el Poder Político tiene que realizar acciones represivas de inmediato, y en esa perspectiva si podemos poner presos perpetuos a los terroristas que matan o causan zozobra a la gente, está todo bien desde el punto de vista de eficiencia del Derecho penal, si podemos agravar la pena a determinados delitos denominados "área de influencia" de los políticos (véase por ejemplo: robo agravado, violación sexual de menores, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, corrupción de funcionarios públicos, entre otros), también está todo bien, ya que eso le reditúa en su legitimidad política. Al final de todo este breve ensayo, llego a la conclusión que la finalidad de los políticos es proteger los intereses colectivos o comunitarios (por ejemplo: "Tranquilidad pública", "Administración pública", "Derecho penal de menores", etc.), o si le

LEGALES EDICIONES

quieren llamar "intereses comunes" y la finalidad de los estudiosos y analistas del Derecho penal, es de alguna manera, proteger los intereses individuales, siendo en la medida de lo posible buscar el garantismo de los imputados.

Pero, hoy por hoy, en el desempeño de esa labor legislativa, no cabe la menor duda de que nuestro Poder Legislativo ha cometido algunos excesos en un afán criminalizador que, movido por diferentes impulsos, ha dado lugar a la creación de tipos penales o a la modificación de otros donde se pone de manifiesto una marcada ausencia de sometimiento al principio de protección de bienes jurídicos, en cuanto límite, a su vez, del *ius puniendi* ejercido a través del imperio de la ley. Ejemplos son el delito de tráfico de influencias, concebido como un acto preparatorio de un eventual delito de corrupción, que pasa a ser sancionado como una figura autónoma, si bien plantea problemas de definición en orden al bien jurídico protegido; y en épocas pasadas, el delito de terrorismo que surgió a modo de figura marcadamente represora bajo la cual quedaban aglutinados diferentes tipos penales, de muy distinta condición y contenido sobre la base exclusiva del empleo de armas de fuego para su ejecución y la participación de varios sujetos, sin que pudiera determinarse cuál era el objeto específicamente materia de protección en este tipo penal, hoy ya derogado.

Si el ciudadano curioso cayera en la tentación de asomarse al panorama que hoy ofrecen las estrategias político-criminales, no dudaría en considerar a esa persona como el reino de la paradoja. Conviven, por ejemplo, opciones decididamente expansionistas con otras puramente simbólicas. Incluso para hacer frenar al mismo tipo de criminalidad. Es el caso de la lucha contra la gran delincuencia económica de cuello blanco, ámbito en el que los preceptos penales han recurrido tanto a una generosa criminalización como a la exacerbación de las sanciones, relativizando, simultáneamente los principios garantizadores[109]. Y, sin embargo, un somero vistazo a la realidad carcelaria permite constatar que

109 Véase: TERRADILLOS BASOCO, Juan; *Sistema penal y Estado de Derecho. Ensayos de Derecho penal*, Lima, 2010, p. 15.



LEGALES EDICIONES

ese pretendido impulso criminalizador no supera el plano de los símbolos; el grueso de los habitantes de la prisión sigue estando constituido, como en el siglo XIX, por marginales menesterosos, responsables, en su mayor parte, de delitos de escasa relevancia.

También debemos advertir que en el Perú primero se crean los delitos y después se crean los bienes jurídicos para legitimar dicho delito. El mensaje es claro: procurar perfilar de manera genérica la descripción típica y la sanción en la legislación penal, y después los doctrinarios y teóricos del Derecho penal que se ocupen de dotarle de bases legitimantes a ese delito, pues la ciudadanía lo que pretende de manera inmediata –y con justa razón– es que el delincuente vaya a la cárcel, y no que las bibliotecas se llenen de tratados, manuales y artículos de doctrinarios comentando algún concepto de "bien jurídico" sobre un delito determinado. En mi opinión ambos objetivos son totalmente legítimos dentro de un Estado Social, Democrático y de Derecho, lo que pasa es que la función de los estudiosos del Derecho penal es precisamente de dotar a quienes tienen la obligación y responsabilidad de aplicar la norma penal, quien es el Juzgador, ya que sus decisiones que en muchas ocasiones son de privación de libertad, y necesitan con mayor razón que sus resoluciones judiciales estén motivadas adecuadamente.

Dicho de otra manera, el legislador penal persigue presentarse ante la sociedad como un adalid que resuelve problemas y un protector del ciudadano. Lo que subyace a esta forma de legislar es lo que se ha denominado la huida selectiva hacía el Derecho penal, en el que por lo general se recurre, como ya hemos mencionado, al facilismo de incrementar las penas y los delitos. La inflacionada legislación penal complementaria presenta, a menudo, defectos incluso bajo el perfil de la redacción técnico-legislativa de los hechos punibles. Es muy conocida la burocrática y farragosa técnica de incriminación difusa en este sector: en la parte final de un texto normativo relativo a una cierta materia, el legislador establece que se castiga con una cierta pena la violación de alguna de las numerosas disposiciones normativas que proceden, disposiciones indicadas con el reclamo de números, de artículos y de incisos, sin una clara aplicación de la conducta

LEGALES EDICIONES

incriminada; por lo que frecuentemente el intérprete tiene dificultad para reconstruir la fisonomía de la conducta criminal desenredándola de la mañana de los reclamos normativos[110].

En suma, a través de la política, o la injerencia de la política, podemos saber la *ratio* de las normas jurídicas que expiden nuestros gobernantes de turno. Podemos saber a través de la Exposición de Motivos cuáles fueron los verdaderos motivos y circunstancias por los cuales se expidió una norma jurídica (penal, civil, administrativo, constitucional, etc.); en otras palabras, es averiguar los motivos socio-políticos que condicionaron al Congreso de la República o al Poder Ejecutivo (en función delegada) a la expedición de una norma jurídica en una sociedad: quizá porque en algún momento algunos terroristas estaban siendo excarcelados por cumplimiento de beneficios penitenciarios y hace falta una norma jurídica (penitenciaria) que detenga de inmediato dicha excarcelación (norma jurídica de prohibición de beneficios), o capaz porque los narcotraficantes que estaban siendo procesados sin sentencia de primera instancia y que están siendo excarcelados por cumplimiento del plazo razonable de la prisión preventiva, y en consecuencia hace falta una norma jurídica (de tipo procesal) que detenga de inmediato dicha excarcelación (ampliar el plazo razonable legal de la prisión preventiva), entre otros motivos y causas.

Los motivos y circunstancias de carácter jurídico-legislativo son en realidad decisiones políticas –y por ende públicas– de un determinado gobierno que define hacia donde apunta la política de un gobierno. En suma, a través de los políticos, o mejor dicho, a través de la política podemos averiguar con cierto grado de certeza *hacia dónde va* el Derecho en un determinado país: si

110 Véase: FIANDACA, Giovanni; *El Derecho Penal entre la Ley y el Juez*, traducción a cargo de Karen Ventura Saavedra, ARA Editores, 1 edición, 2010, p. 123. El mismo autor indica (p. 122) lo siguiente: "Otra característica del derecho penal contemporáneo (por otra parte, no solo italiano, el que va subrayado) que invalida la racionalidad, es su crecimiento inflacionario (...) Este es inflacionario, hipertrófico, "embarazoso": pretende sancionar un número excesivo de infracciones, incluso de modesta o mínima gravedad, en los campos de materia más diversos; y, lo que es peor, a menudo prescindiendo de cualquier diseño global y de todo serio cálculo racional en términos de costo y beneficio".



LEGALES EDICIONES

un gobierno –desde sus orígenes o durante su vigencia– es autoritario normalmente sus normas jurídico-penales son también de carácter autoritario, y si un gobierno es democrático –desde sus orígenes o durante su vigencia–, normalmente sus normas jurídico-penales son de carácter garantista en defensa de los derechos del imputado, o quizá tomando una posición neutral o equilibrada en cuanto a la expedición y sanción de las normas jurídicas, que en realidad debería de ser el objetivo ideal.

Si de los políticos es básicamente lo que depende la calidad y cantidad de normas jurídicas de un país, entonces, mucho tiene que ver la preparación y formación que ha tenido un político durante su carrera "política". Así las cosas, un político, entonces tendría que saber casi todas las ramas del Derecho para atender a las necesidades de la sociedad, a su público del cual fue elegido; entonces un político tendrá que saber de Derecho constitucional, de Derecho penal, de Derecho laboral, de Derecho tributario, etc.; pero la realidad demuestra todo lo contrario, un político normalmente no sabe –con grado de especialidad y profundidad– todas las ramas del derecho, lo cual considero que no está mal; hay zonas jurídicas que el legislador desconoce por ejemplo en el ámbito del Derecho penal (imputación objetiva, omisión impropia, actuar por otro, consecuencias accesorias, etc.).

Quizá toda esta problemática se deba a un tema mucho más profundo: que nuestra actual Constitución no exige que por ejemplo nuestros legisladores posean un título profesional o sean personas versadas en su profesión al momento de ser elegidas por el pueblo: basta en líneas generales que sean personas que cumplan con la edad cronológica, que sean peruanos de nacimiento y que tengan sus derechos políticos vigentes. Si cumplen con estos requisitos constitucionales las personas que aspiran a ser políticos –desde el ámbito congresal– estarían en condiciones de realizar política en el Perú. No estoy proponiendo una reforma constitucional en este tema, y que se cambie el modo de elegir congresistas en nuestro país, sólo expongo que el problema y la solución, evidentemente, lo tendrán los políticos.

El legislador, es en esencia, un político, antes que un académico, un legislador está más influenciado por la opinión públi-

LEGALES EDICIONES

ca, que por cuestiones teóricas, el legislador, como todo político se "debe" a su público que lo eligió en un determinado momento, es decir, se debe al clamor popular; en cambio, un dogmático penal se debe a sus convicciones académicas y teóricas, que muchas veces no coincide con las convicciones de un político; y que ironía de la vida, quienes tienen el deber y la obligación –según la Constitución– de legislar en materia penal, es como no puede ser de otra manera el legislador, y hemos dicho que el legislador es en esencia un ser inminentemente político; entonces, es la política, en el mejor sentido de la palabra, quien finalmente decide el nacimiento, la vigencia y la muerte del Derecho penal de un país.

En consecuencia la pregunta que debemos hacernos es la siguiente: ¿A quién o a quienes le corresponden la función de diseñar y aplicar la política criminal? En realidad, al menos en el Perú en los últimos años, ha sido compartido el diseño político-criminal al Poder Legislativo a través de las normas jurídicas y, en esa misma línea, al Poder Ejecutivo a través de sus normas jurídico-penales de forma delegada y también por sus agencias penales (Policía Nacional, Instituto Nacional Penitenciario, entre otras), quienes han tenido la responsabilidad de definir y aplicar la política criminal.

Por su parte, Zaffaroni[111] nos ha dicho que las agencias legislativas, al inflar las tipificaciones no hacen más que aumentar el arbitrio selectivo de las agencias ejecutivas del sistema penal y sus pretextos para ejercer un mayor poder controlador. Para el sistema penal formal no sólo viola estructuralmente la legalidad procesal, sino que también viola la legalidad penal, para lo cual sigue distintos caminos:

111 Véase: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *En busca de las penas perdidas,* Buenos Aires, (segunda reimpresión) 1998, pp. 31 y 32. Este autor nos dice que: "Ante el absurdo supuesto –no deseado por nadie– de criminalizar varias veces a toda la población, es obvio que el sistema penal está estructuralmente montado para que la legalidad procesal no opere, sino para que ejerza su poder con un altísimo grado de arbitrariedad selectiva que, naturalmente, se orienta hacia los sectores vulnerables. Esta selección es producto de un ejercicio de poder que también está en manos de las agencias ejecutivas, de modo que también en el sistema penal "formal", la incidencia selectiva de las agencias legislativa y judicial es mínima".

LEGALES EDICIONES

a) La duración extraordinaria de los procesos penales provoca una distorsión cronológica que da por resultado que el auto de prisión preventiva se convierta en sentencia (porque la prisión preventiva se convierta en pena), la excarcelación o libertad provisoria cumple la función de una absolución y la sentencia formal la de un recurso extraordinario de revisión. Dado que el análisis fino de los límites de la puntualidad tiene lugar recién en el momento de la sentencia formal, el neto predominio de los "presos sin condena" en la población penal de toda la región no solo implica una violación a la legalidad procesal, sino también a la pena.

b) La carencia de criterios legales y doctrinarios claros para la cuantificación de las penas, deja márgenes de apreciación tan amplios y carentes de criterio regulador que, prácticamente, se entrega ese campo a la arbitrariedad, eliminándose la llamada "legalidad de las penas".

c) La proliferación de tipificaciones con límites difusos, con elementos valorativos etizantes, con referencias de ánimo, con omisiones u ocultamientos del verbo típico, etc., son otras formas de debilitar o cancelar la legalidad penal.

d) Las agencias ejecutivas frecuentemente operan al margen de los criterios pautados para el ejercicio de poder por las agencias judiciales, de modo que cuando se produce la intervención de éstas, ya se han consumado efectos punitivos irreversibles sobre la persona seleccionada.

## VI. LA LABOR DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL PODER JUDICIAL

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Ante todo debemos preguntarnos lo siguiente: ¿El Juez Penal también estará influenciado por la política al momento de su toma de decisiones? Ante todo debemos de señalar que tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo tienen ser influenciados por la política, deberían ser influenciados por la política, ya que esos poderes del Estado su razón de ser es hacer, precisa-

LEGALES EDICIONES

mente, política. El problema a mi juicio es ¿qué clase de política realizan los políticos? En el tema criminal, que es el tema que nos interesa, la práctica normativa desde algún tiempo atrás ha sido la de ampliación del poder punitivo desde el ámbito de la legislación y del Poder Ejecutivo.

Ahora bien, y retomando la pregunta inicial que debemos hacernos es: ¿si el Poder Judicial también diseña y aplica algún tipo de política cuando expide sus resoluciones judiciales? A mi juicio, la política no debería estar vedada para los jueces, máxime si son jueces penales, ya que a través de sus resoluciones judiciales expresa una forma de "aplicación" de la ley penal a un caso concreto; en suma, será una aplicación "depurada" y "refinada" del diseño político-criminal elaborado a nivel legislativo. La función del Juez Penal es la de individualizar la sanción como la de decidir sobre la ejecución.

Si un legislador impone que un determinado delito tiene una sanción de diez años de pena privativa de libertad, el Juez Penal, en el marco de un proceso penal, deberá aplicar la sanción en su sentencia condenatoria, y ello convierte al juez en una instancia político-criminal esencial, ya que hace realidad lo que se ha decidido a nivel legislativo. Ciertamente, el juez valora y, al hacerlo, lleva a cabo una auténtica "política criminal". Una política criminal dentro del marco de la legalidad; política criminal conforme a las reglas de la argumentación jurídica; política criminal sometida a las reglas de tutela judicial efectiva y proscripción de la indefensión. Pero política criminal, al fin y al cabo.

En el marco de estas consideraciones, válidas también para lo relativo a la determinación (tanto técnico-jurídica como probatoria) del supuesto de hecho, es significativo el mayor margen de libertad (mayor libertad que algunos han confundido con discrecionalidad) que siempre ha existido a la hora de determinación de las consecuencias jurídicas. Pues bien, dicha esfera de libertad se ve todavía más reforzada en el Código, hasta el punto de constituir uno de los elementos interpretativos esenciales del mismo. Su trascendencia puede advertirse ya en la propia determinación de la pena (posibilidad de recorrer la totalidad del marco típico; reglas en materia de eximentes incompletas, etc.).

LEGALES EDICIONES

A todo esto debemos agregar que el juzgador penal, tendría una labor adicional a la de los demás Poderes del Estado: ser "protector", en la medida de lo posible, de los estándares de garantía –constitucionales y legales– que debe primar en sus resoluciones judiciales; ahora bien, los estándares de garantía normalmente se han entendido a favor del imputado, sin embargo, también debería entenderse a favor de los derechos de la sociedad (ámbito de ponderación de intereses por parte del Juzgador); aunque en muchas ocasiones la labor del Juzgador se adhiere a la labor del Ministerio Público, haciendo fuerza común en contra de los intereses del imputado, lo cual torna en una flagrante violación al principio de igualdad de armas que debe reinar en todo proceso penal de corte democrático. Un juez no debe resolver sus conflictos sociales mirando los diarios y las noticias a cada mañana, sino ceñirse a la Constitución y la ley.

## 2. LA FUNCIÓN ÉTICO-JURÍDICO Y LA FUNCIÓN DE SUBORDINACIÓN-COYUNTURAL COMO RELACIONES DE LA POLÍTICA Y EL PODER JUDICIAL

La política y el Poder Judicial siempre han estado ligados por diferentes motivos y razones, aunque sería un facilismo jurídico señalar que ambos son parte consubstancial de un Estado moderno, y por eso existe dicha ligazón. A mi juicio, la relación entre la política y el Poder Judicial responde a un criterio mucho más profundo que debería de señalarse. Ahora bien, tampoco podemos expresar que la relación de la política con el Poder Judicial consiste en que los Jueces o magistrados salgan a las calles y plazas para ser elegidos como jueces de sus respectivos Distritos Judiciales, ya que eso es hacer política partidaria, y además porque estaría prohibido por la Ley y los reglamentos respectivos, otra cosa es la elección de los Jueces de Paz en nuestro país. En ese sentido, si podríamos realizar una clasificación de cuáles serían los grados de relación –o de complementación– que podría existir entre la política y el Poder Judicial podríamos señalar de dos maneras: una de tipo positivo que podríamos denominar de tipo ético-jurídico y, por el otro lado habría uno de

LEGALES EDICIONES

tipo negativo o también denominado de tipo de subordinación-coyuntural. Vamos a explicar cada uno de ellos.

En primer lugar, existiría una relación de tipo *ético-jurídico*, en la medida que los miembros del Poder Judicial –en cualquier especialidad o grado de jerarquía– ejercen –por ser parte de un Poder del Estado– una cuota de política. Efectivamente, cuando por ejemplo un magistrado asume la Presidencia de una Corte Superior o de su respectivo Distrito Judicial, o de una Corte Suprema, su labor jurisdiccional se relativiza, y más bien acrecienta su labor de dirección y gestión del Poder Judicial, que en otras palabras es realizar política dentro del Poder Judicial en el buen sentido de la palabra; asimismo en el campo específico del Derecho penal y procesal penal podemos citar el siguiente caso: cuando el Estado quiere hace sentir su "presencia" en la población, por ejemplo cuando un Juez Penal competente impone una medida coercitiva de detención a una persona que ha cometido un delito, se trata, en otras palabras, de una forma de ejercer "política" pues todos de alguna manera tenemos que comportarnos de acuerdo a las normas o pautas jurídicas que el Estado nos ha impuesto, nos guste o no nos guste, alcanzando, claro está, el bien común de todos; y éste tipo de relación entre la política y el Poder Judicial podríamos definirla de modo positivo y que tendría que incentivarse no sólo desde el Poder Judicial sino desde otras esferas donde el Estado intervenga (educación, familia, etc.).

Así también, en segundo término, existiría entre la Política y el Poder Judicial una relación de *subordinación-coyuntural,* ya que los gobernantes de turno –del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo– siempre han tenido la voluntad de ejercer algún tipo de relación, o mejor dicho, de influencia, con quienes tienen la obligación y el deber de administrar justicia en una determinada Nación. Lamentablemente es la parte más visible y notaria de la relación que estamos comentando, y en esto ha ayudado –para bien o para mal– los medios de comunicación social radial, televisivo y escrito. En todo caso es la parte que debería evitarse, ya que un Estado (constitucional) de Derecho la autonomía de

LEGALES EDICIONES

los órganos estatales debe prevaler, por ello este tipo de relación podríamos definirla de modo negativo.

En suma, y a modo de conclusión provisional, la influencia debe ser de la siguiente manera: del Poder Judicial hacia la política, en el sentido que los magistrados deben expresar en sus resoluciones judiciales verdaderas, "pautas de conductas", tanto para quienes se han visto involucrados en hechos delictivos y para quienes no lo vuelvan a hacer, como para quienes todavía no lo han realizado, es decir, que las sentencias expresan un modo de comportamiento de la gente, que coadyuve a la política general del Estado. La influencia que no debe ser a la inversa –es decir, de la Política hacia el Poder Judicial– ya que eso supondría un grado de subordinación de los miembros del Poder Judicial hacia los gobernantes de turno, la misma que debería evitarse y erradicarse, pues eso hace que no progresemos como Nación y como país civilizado.

LEGALES EDICIONES

CAPÍTULO 3

# DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

## I. NATURALEZA JURÍDICA, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y LAS FUNCIONES QUE CUMPLE LA DOGMÁTICA EN EL DERECHO PENAL

Como da cuenta Muñoz Conde desde la traducción del Tratado de Edmundo Mezger por José Arturo Rodríguez Muñoz, en 1935, la dogmática jurídico-penal, ha ido creciendo en importancia hasta el punto en que hoy prácticamente no hay un penalista o profesor de Derecho penal que no explique esta materia conforme a su método, más o menos actualizado de acuerdo con las modificaciones que esa dogmática de origen alemán ha tenido en esos últimos cincuenta años[1]. La importancia de la dogmática penal no sólo adquiere un interés teórico, sino que, además, atañe a un problema constitucional, esto es, el derecho de los habitantes a ser juzgados de acuerdo a esas reglas de imputación, que se relacionan esencialmente al derecho constitucional de igualdad[2].

El método dogmático, consiste en un análisis de la letra del texto, en su descomposición analítica en elementos (unidades o dogmas), en la reconstrucción en forma coherente de esos elementos, lo que arroja por resultado una construcción o teoría. La denominación "dogmática" tiene un sentido metafórico, porque el intérprete no puede alterar esos elementos, debiendo respetarlos como "dogmas", tal como le son revelados por el legislador, lo que es un principio básico que debe regir la tarea de la ciencia jurídica: el intérprete no puede alterar el contenido de la ley[3].

---

1 MUÑOZ CONDE, Francisco; "La nueva teoría del delito", en: ROXIN / MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Nuevas tendencias en el tercer Milenio*, Lima, 2000, p. 39.

2 DONNA, Edgardo Alberto; *Teoría del delito y de la pena*, 2, Buenos Aires, 1995, p. VIII.

3 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Lima, 1994, p. 124.

LEGALES EDICIONES

El método dogmático es concebido como un proceso de tres etapas: en primer lugar, determinación de las premisas o de los "dogmas", punto de partida del razonamiento dogmático; en segundo lugar, deducción, con la ayuda del razonamiento "lógico-deductivo", de los conceptos y principios implícitos en los "dogmas" y, por último, formulación de un sistema completo y coherente[4].

4 HURTADO POZO, José; "Responsabilidad y culpabilidad: Reflexiones sobre la dogmática penal", en: *Anuario de Derecho Penal*, 93, Lima, p. 47. Por su parte: ROXIN, Claus; *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*, traducción de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, 1992, p. 35, anota que: "La dogmática jurídico penal es la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal".

En el "pensamiento científico" y "pensamiento dogmático" está el de introducirnos en los postulados del Derecho, su método y caracteres; un primer paso en este sentido es diferenciar Derecho de Ciencia, como en un momento histórico fue preciso separar Ciencia de Religión.

El Derecho moderno como la Religión, a diferencia de la ciencia, tiene como nota distintiva la prohibición de cuestionar sus dogmas. Pero la cultura normativa nace con la organización social que posibilita la vida humana a través de un sistema de renuncias y privaciones (por ej., totemismo, prohibición de incesto) frente a una naturaleza hostil que no se domina, y por eso mismo fuente de malestar y enormes padecimientos. En la prehistoria de la cultura normativa la necesidad domina sus postulados; la resolución de los problemas para la subsistencia se volvieron dogmas y se censuró su violación. Sin embargo, lo que nació como una necesidad `para posibilitar la sociedad humana evoluciona a un sistema normativo más maduro (la ley del Estado, la religión de Estado) que se distingue del período anterior porque las privaciones y renuncias de la cultura normativa son únicamente necesarias para una clase propietaria o con acceso exclusivo sobre los medios de la producción para la vida (otros hombres, recursos naturales, máquinas, conocimiento científico y técnico).

Este pasaje a la Ley, al orden, y por ende a una necesidad dogmática de justificarlo frente a la población humana que lo padece y lo sufre, tiene también como origen una necesidad práctica: la de reparar y compensar mediante ilusiones y fantasías a la población explotada de un conjunto de privaciones que de otro modo no soportaría (S. FREUD, el porvenir de una ilusión, el malestar de la cultura. Para Freud, este "plus" de sufrimiento es socialmente evitable, se compensa mediante ilusiones religiosas o políticas, y lo compara, por su distorsionada imagen de la sociedad, con el delirio aunque califica a este estado de la cultura como de neurosis social). Lo sorprendente del pasaje a la historia moderna de la ley y su dogmática es que sólo fue posible su desarrollo porque la prehistoria de la ciencia y la tecnología permitió un dominio de la naturaleza de tal intensidad que liberó a una parte de la población de la producción para la subsistencia. La prehistoria de la ciencia y de la tecnología que hizo posible, por primera vez, un excedente alimentario, también hizo posible por primera vez la apropiación de sus resultados, y por ende un orden y una ley para esa apropiación. El dogma de la cultura normativa pierde necesidad

LEGALES EDICIONES

natural (biológica) y se convierte en una necesidad social para la clase que domina la organización humana. A esto FREUD llama "plus" en el malestar por la cultura. La dogmática es la justificación de ese "plus" de sufrimiento impuesto por una legalidad religiosa o secular. Sin embargo no hay justificación eficaz sin algún grado relevante de aceptación de la ilusión o la fantasía que siempre dependerá de lo que históricamente más no importe o interese sobre la vida. El pensamiento científico procede de un modo distinto. No justifica una determinada organización social. El pensamiento científico observa, describe, formula hipótesis generales, experimenta y pone a prueba sus postulados para resolver los problemas prácticos que el hombre se plantea ante la naturaleza, aunque esos problemas prácticos tengan origen en los intereses de una clase que domina a otra. Porque experimenta y formula hipótesis, porque para avanzar la resolución de problemas prácticos debe derribar y formular nuevas hipótesis y experimentos, su naturaleza no es dogmática sino abierta a nuevas formulaciones del pensamiento abstracto que se valida en la práctica, en la falsedad de sus postulados. Cuando el pensamiento científico se dogmatiza su avance se detiene. En cambio el pensamiento dogmático avanza fosilizado, esa es su esencia, y cuando evoluciona el salto es hacia una nueva justificación fosilizada más compleja, es decir, para otra sociedad de clase superior. Fue el pensamiento científico el que concluyó que los sistemas religiosos y los normativos constituyen un conjunto de presupuestos que expresan una imagen distorsionada de la realidad natural y social, y que por eso mismo se alzan como un enorme obstáculo para la resolución de los problemas creados por la organización de la sociedad en clases.

Conocer la realidad natural o social para resolver los problemas de la vida humana es lo opuesto al saber dogmático cuyo único título de saber es el interés práctico (dominación) para hacer posible un orden social basado en la explotación económica de la mayoría de la humanidad. La historia de la ciencia tampoco pudo librarse hasta hoy de estas limitaciones sociales, pero aún así, sus avances deben reconocerse en confrontación con los postulados dogmáticos que ocultan la realidad bajo velos ilusorios y fantásticos aceptados por la autoridad de la fe o por la fe en la autoridad.

La dogmática es la metafísica del orden, la justificación de la autoridad cuando el ejercicio de la autoridad no puede aceptarse sino mediante dogmas que hacen tolerable en muchos sentidos las privaciones y renuncias impuestas por la organización social. El razonamiento jurídico es el razonamiento de una élite social con el privilegio de fijar el sentido de la ley, es decir para la justificación de la apropiación de los medios de vida y para la solución de conflictos inevitables que la sociedad de clases plantea en una escala nunca antes conocida (con los textos citados de Freud, sobre ciencia, religión y legalidad, acompañamos un esquema muy ilustrativo de lo que fue el desarrollo del pensamiento dogmático en el derecho romano desde la ley de inhabilitado por su propia esencia para conocer algo). El pensamiento dogmático no persigue conocer la realidad sino conservarla tal cual es evitando cualquier cambio, sancionado los conflictos como violaciones a ese orden sacralizado por la legalidad y aceptado en general.

El dogmático moderno no tiene porqué sentir vergüenza al haber dedicado vida a la dogmática del orden coercitivo y a preservar el calor y la vigencia de una ilusión, de una visión y práctica con efectos narcotizantes de la realidad. Como grupo social se preservó frente a la autoridad y ante la sociedad a través de otra justificación, más bien una autojustificación sobre el propio saber del jurista. Para ello clasificó las ciencias en naturales



EDICIONES LEGALES

y sociales según sea dominante en ellas relaciones de causalidad o de imputación. Este punto de vista lo hizo expreso Kelsen a mediados del siglo pasado para lo que se consideró la ciencia pura del Derecho: la ciencia que regula el comportamiento en sociedad. En sus postulados se reconoce que en la naturaleza rigen relaciones de causalidad, pero los actos humanos están vinculados por relaciones de imputación; que el castigo por un hecho humano no es una relación del tipo causal como describe la física para la relación entre dos cuerpos por efectos de la ley de gravedad y que la ciencia del Derecho emplea un principio que se considera equivalente al de causalidad en la ciencias naturales. Este principio es el de la imputación de una orden cuyo contenido no puede discutirse (dogmas) porque es resultado de una "voluntad general" originaria (la Constitución de un país). Por qué y cuál es el interés de una "voluntad general" que fija un determinado orden y las relaciones de imputación, es una pregunta que queda sepultada por la censura de la dogmática. Es una pregunta extradogmática, que en todo caso queda reservada para el tratamiento de las ciencias históricas, porque el universo de las prescripciones normativas no puede ser atacado, falseado por conclusiones de naturaleza descriptiva del universo científico. La ciencia dogmática se limita a describir cómo debe ser el proceso de imputación de una orden, y nada de lo que ocurra en la realidad le afecta (así, FERRAJOLI, L; *El derecho penal mínimo*). Es decir una doctrina normativa (la dogmática) no puede ser objetada científicamente (es algo parecido a la imposibilidad de objetar la orden que prescribe curar con agua bendita frente a la opinión científica que denuncia una montaña de muertos). Esto es absolutamente falso, no hay sistema normativo (incluso religioso) que para su existencia no dependa de sus condiciones de eficacia material; es decir si es obedecido o rechazado, si hay lealtad o rebelión, no es indiferente para la dogmática jurídica porque no es indiferente, antes que nada, para la clase que domina. Estas autojustificaciones no están destinadas a la sociedad general sino especialmente a las grandes dotaciones de funcionarios de la burocracia moderna y a la formación las XII tablas hasta las codificaciones de fines del siglo XIX, en Peter STEIN. El derecho romano en la historia de Europa (Historia de una cultura jurídica y también una obra sobre el pensamiento dogmático, Legendre; *El amor del censor, ensayo sobre el orden dogmático*). Además incorporamos a la bibliografía un capítulo introductorio de una obra clásica en el que se fijan los postulados de un saber científico (en Jhon D. BERNAL; *Historia social de la ciencia*).

Desde el punto de vista del objeto de interés del razonamiento jurídico uno podría afirmar sin equivocarse demasiado que si la dogmática es la justificación de una autoridad, muchos cambios cualitativos no hubo de tener a lo largo de su historia, a diferencia de lo que ocurrió con la ciencia. La sociedad basada en la dominación y explotación de una clase por otra requiere de dogmática jurídica para la justificación de un orden de clase, y ese orden de clase tiene siempre por objeto regular el comportamiento haciéndolo leal, conformista o, llegado el caso, pasivo frente a la autoridad. El proceso social se hizo más complejo y con ello los mecanismos de dominación a través del razonamiento dogmático y de la práctica legal. Pero el pensamiento dogmático sigue esclavizado a la orden.

La característica sobresaliente de la dogmática de la orden es que no sólo reconoce en la clase dominante el derecho para la apropiación de los medios de vida y la solución para los conflictos que ello genera sino que el orden dogmático es creado por esa misma clase dominante (STEIN, describe el origen del jurista clásico como empleado del emperador

LEGALES EDICIONES

Vives Antón ha dicho que "...para lograr esa interpretación segura y rigurosa, para conseguir que el castigo se imponga donde la ley así lo ha establecido y –"más allá de toda duda razonable"– sólo donde la ley lo ha establecido, los penalistas "teóricos" han levantado trabajosamente un edificio conceptual, la "dogmática" cuya aplicación a las operaciones de subsunción habría de despejar las dudas y vacilaciones que surgen del hecho de que la ley esté formulada a través de ese vehículo impreciso que es el lenguaje ordinario"[5]. En efecto Quintero Olivares / Morales Prats / Prats Canut sostienen que: "La perfección sistemática proporciona una mayor facilidad para conocer las leyes, y así obtener soluciones más justas. Las ventajas del sistema son, pues indudables. Pero el sistema no puede ser un "sistema lógico puro", cerrado a toda consideración metajurídica; esto es, desde otro punto de vista, las ventajas del sistema no pueden conducir a una "supervaloración del pensamiento lógico-sistemático"[6].

El verdadero valor de la función de garantía del Derecho penal depende de la eficacia de la dogmática penal. No se conoce otra forma civilizada de aplicar judicialmente la ley penal si no

---

que continúa como clase privilegiada en las universidades). Pero nada de esto sería posible si la justificación fuera un conjunto de dispartes increíbles. La justificación para ser tal debe ser creída, porque en la creencia descansa la ilusión o la fantasía que compensa las privaciones de la vida (el pueblo no gobierno ni delibera sino a través de sus representantes, la pena es un bien para alguien o para la sociedad, la ley es la representación de la voluntad general, los medios de producción pertenecen a sus propietarios, etc.). La revolución social es aquel acontecimiento en el que un sistema de creencias normativas desaparece porque deja de ser creído, pierde su naturaleza de justificación. A esto último los juristas llaman eficacia y valoran poco (al político moderno es lo único que importa) frente a lo que se considera el requisito "por excelencia" del razonamiento dogmático, la validez, es decir la justificación de porqué la orden debe ser obedecida.

5 VIVES ANTÓN, Tomás; "Principios penales y dogmática penal", en: *CDJP*, N 11, Buenos Aires, 2001, p. 47. CALDERÓN CEREZO, A. / CHOCLÁN MONTALVO, J. A.; *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Barcelona, 2001, p. 33. "La tarea de la dogmática es la interpretación del Derecho penal positivo (el derecho tal como es, a diferencia de la Política Criminal), sobre la base de que las normas no se presentan como un concepto fijo y ajeno a las definiciones del intérprete. La ley penal se constituye, pues, en la base y en el límite de la elaboración conceptual y la ordenación de la materia jurídica que compete a la dogmática".

6 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín / PRATS CANUT, Miguel; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Navarra, 2000, p. 217.

LEGALES EDICIONES

es mediante la dogmática jurídico-penal. Es cierto que la dogmática jurídico-penal se opone a la situación de inseguridad y que prescinde de todo lo que no sea una interpretación correcta de la ley. Habrá que advertir que la labor jurídico-dogmática tiene dos tipos de relaciones: en primer lugar, tiene conexiones con la política[7] y en segundo lugar, tiene conexión con la labor de la jurisprudencia[8]. Es decir, las resoluciones judiciales cumplen un papel semejante al que desarrolla la dogmática penal en la me-

---

7 Al respecto: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; "Todos los jueces son crustáceos. Sobre la dimensión política de la justicia", en *No Hay Derecho*, s. ed., Buenos Aires, 1992, N° 8, p. 3, asume lo siguiente: "La relación entre la dogmática jurídico penal y la política está opacada –pregonaba Zaffaroni– porque es demasiado estrecha, dado que un discurso jurídico penal bien estructurado no es otra cosa que un programa político elaborado con precisión pocas veces vista. ... cada decisión judicial es un acto de gobierno de características particulares...". Cada intento legitimatorio del *ius puniendi* –consciente o inconscientemente– está dirigido al poder político, claro que indirectamente, a través de los semilleros del Poder Judicial (las universidades). Víctor Abramovich decía que: "Todos tienen derecho a opinar sobre la Justicia, pues más allá de los tecnicismos (con los que tradicionalmente se supo esconder de la crítica), el núcleo de las decisiones importa la puesta en juego de principios morales y políticos que cualquier ciudadano está en condiciones de cuestionar y rebatir. Los magistrados deben aprender a convivir, como los mandatarios, con el peso de la opinión pública. Y esto, porque todos los jueces, les guste o no, son políticos. A lo sumo les pasará como al cangrejo, que es crustáceo, pero no lo sabe".

8 BACIGALUPO, Enrique; *Técnica de resolución de casos penales*, Buenos Aires, 2002, p. 63. "En la jurisprudencia los conceptos en los que se basan los fundamentos de las sentencias provienen de la dogmática o se elaboran con los principios de la dogmática. Dicho de otra forma: *también la jurisprudencia es dogmática*. Puede que sea mejor o peor que la elaborada en las universidades, más o menos consecuente, intuitivamente más orientada a la tópica que a un sistema deductivo cerrado".

Como se sabe, los fallos jurisdiccionales son en alguna medida "doctrina vinculante" para los otros fueros judiciales sobre los determinados tópicos de la materia jurídico-penal. Así, como la dogmática penal vive un fenómeno de la **globalización**: lo que se entiende por "dominio del hecho" para la autoría en Alemania, debe ser el mismo concepto que debe manejarse en España, y a su vez debe ser el mismo "dominio del hecho" que se maneja en el Perú. De la misma manera, la jurisprudencia también debe ser **globalizada** en toda su extensión, pero la eficacia de la jurisprudencia comparada debe estar supeditada a varios condicionamientos:

- En primer lugar, que tanto en el país extranjero como el nuestro el delito (o sea tipo penal específico) debe estar **vigente**, o, en todo caso, si ya fue abrogado o modificado en el país extranjero dicho delito, en el país donde se quiere aplicar, es decir, en el nuestro, debe estar vigente;
- En segundo lugar, que tanto en el país extranjero como el nuestro el delito (es decir, tipo penal específico) debe ser **parecido o similar en su redacción típica**. Resultará

dida que ambas con su trabajo buscan determinar el significado de las normas jurídicas, sosteniendo una interpretación en tal o cuál sentido del texto legal[9]. Sin embargo, ello no hace olvidar la diferencia que media entre ambas actividades y en la que la función de los jueces se caracteriza por la aplicación de la ley y por ser decisiones revestidas de autoridad. La tarea del dogmático es plantear posibles soluciones a los problemas jurídicos desde una perspectiva general y del sistema, mientras la posición del juez le confiere el poder suficiente de tomar decisiones para resolver un caso concreto[10].

Gimbernat decía que "La dogmática jurídico-penal, pues, averigua el contenido del Derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba al comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación"[11]. Entonces, más importante a partir de los casos expuestos, para el

impertinente si en el país extranjero el delito es de resultado lesivo, y en nuestro, por ejemplo, es un tipo de peligro abstracto.

9 CASTILLO ALVA, José Luis; *"El uso de los precedentes judiciales en materia penal como técnica de argumentación racional. Su alcance y valor en el derecho peruano"*, disponible en: www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/04noviembre06/castilloalva_prejudic.pdf.

10 CASTILLO ALVA, José Luis; *"El uso de los precedentes judiciales en materia penal como técnica de argumentación racional. Su alcance y valor en el derecho peruano"*, disponible en: www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/04noviembre06/castilloalva_prejudic.pdf.

11 GIMBERNAT, Enrique; "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en: *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1990, p. 158. En este punto se pregunta: DONNA, Edgardo Alberto; *Teoría del delito y de la pena*, tomo 1, 1996, Buenos Aires, p. 132, "...¿y la dogmática penal para qué sirve?. La respuesta más sencilla ya fue dada: para poder lograr que esa pena o esa sanción se imponga justa e igualitariamente". Por su parte: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Política criminal latinoamericana. Perspectivas y disyuntivas*, Buenos Aires, 1982, p. 103, sostiene que "No obstante, no debe pensarse que la dogmática no tiene nada que ver con la seguridad jurídica, puesto que al hacer previsibles las soluciones de los tribunales proyectando jurisprudencia técnica y proporcionando una interpretación que aspira a ser no contradictoria del derecho, cumple una función realizadora del principio republicano (o, al menos debería cumplirla) y resulta de este modo un instrumento necesario para proveer seguridad jurídica".

LEGALES EDICIONES

penalista será ser un "dogmático" que un "legalista", ser más un "conceptualista" que un "positivista".

La dogmática penal con su mezcla de lógica y teleología, de interpretación jurídica obediente y perfeccionamiento jurídico creativo, de sistemática estructuradora y disponibilidad para solucionar problemas que este abierto al sistema, de pensamiento vinculado objetivamente y funcionalismo imputador, de abstracción generalizante que proporciona seguridad jurídica y la pretensión simultánea de justicia individual; esa dogmática es un campo de trabajo magnífico que todavía abre a la ciencia penal. Incluso en el futuro, importantes posibilidades de desarrollo[12].

La dogmática penal alemana recientemente ha elaborado en relación al principio de legalidad, el concepto de *tipo-garantía*, que no es coincidente con otros conceptos de tipo. Gallas define a este *tipo-garantía* como "el que expresa todos los presupuestos de la punibilidad...". Es evidente que los presupuestos de la punibilidad se encuentran sin duda el dolo, la culpa y la culpabilidad. Esto determina que un concepto de tipo penal, debe cumplirse con las funciones de garantía (dolo, culpa, la culpabilidad y las condiciones objetivas de punibilidad)[13]. Respecto al carácter doloso o culposo de la acción, el legislador estaría relevado de la exigencia de estricta concertación que se deriva para él del principio de legalidad.

En tal sentido, los emblemáticos delitos de hurto o de estafa, que bien se entenderían solamente como figuras de realización dolosa, podrían ser incriminados culposamente, con lo cual el Legislador no estaría infringiendo el concepto de *tipo-garantía* que se viene pregonando. Lo que no puede legislar es sobre aspectos "externos" de la acción de una manera general. En esta línea de pensamiento, la omisión impropia, en el contexto que se encuentre tipificada en la Parte Especial, si por ejemplo prevé una modalidad culposa (en el delito de homicidio), no habría

12 ROXIN, Claus; "La ciencia jurídico-penal ante las tareas del futuro", traducción de Manuel Abanto Vásquez, en: *La teoría del delito en la discusión actual*, Lima, 2007, p. 4.

13 BACIGALUPO, Enrique; *Tipo y error,* Buenos Aires, 1999, p. 29.

mayores inconvenientes para no aplicarla, sí las habría si habiendo una figura delictiva dolosa, no se contemplara legalmente una modalidad culposa. Como bien precisa Bacigalupo "... que el legislador está obligado a no dejar indefinido el carácter doloso o culposo de la acción dentro de los aspectos que son alcanzados por el *principio de legalidad*"[14].

La teoría del delito está desarrollada principalmente por la dogmática jurídico-penal (llamada también ciencia dogmática, sistemática jurídica, jurisprudencia, teoría del derecho positivo, entre otros) y ésta encontrará su frontera límite (de aquello que puede ser prohibido y penado por el Derecho penal) en la ley positiva[15]. Las versiones iniciales de la dogmática penal, que hasta el momento son casi las únicas que han tenido difusión y acogida en América Latina, propician también que los "penalistas" se dedicaran exclusivamente a la cuestión normativa (en lo cual, pues, coincidían con la concepción positivista). Desde mediados de los años 70 y en alguna medida hasta la actualidad la labor dogmática ha estado entregada exclusivamente al análisis y mejoramiento técnico-formal de las normas, con base en nociones que oscilan entre el positivismo y la dogmática[16].

El desarrollo y construcción jurídico-penal euro-continental de la teoría del delito, a contrario de lo que sucede en el sistema *common law,* se ha llegado a establecer, con cierta generalidad, cinco escalones *conceptuales estratificados* para afirmar positivamente el hecho punible: el primero, en el nivel básico, están las acciones humanas, en el segundo lugar, se ubica la tipicidad (acciones u omisiones típicas), en tercer lugar, está la categoría de la antijuricidad, en el cuarto la culpabilidad o responsabilidad y finalmente en el quinto se colocan, para algunos autores, las condiciones objetivas de punibilidad. El sustento de cada una de las categorías ha variado de acuerdo a los postulados teóricos

14 BACIGALUPO, 1999, p. 32.

15 MIR PUIG, Santiago; "Revisión de la teoría del delito en un Estado social y democrático de Derecho", en: *Crimen y Castigo*, Cuaderno del Departamento de Derecho penal y Criminología de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, N 1, 2001, p. 133.

16 SANDOVAL HUERTAS, Emiro; *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, 1994, p. 108.



LEGALES EDICIONES

que han ido dominando el sistema dogmático del hecho punible[17]. En suma, la manifestación más característica de la dog-

17 Constituye paradigmas aquella vieja pero nutrida polémica en la dogmática jurídica-penal que existía entre "causalistas" y "finalistas", más concretamente entre los alemanes Edmund MEZGER versus Hans WELZEL, en la que si el delito era objeto de una pura causación de un resultado lesivo o delito era un criterio restrictivo de la capacidad del hombre para dirigirla. Sin embargo el finalismo se impuso, y logró convencer, hasta el punto de ser doctrina dominante, fundamentalmente porque el dolo pertenece ahora al tipo del injusto, del cual constituye elemento esencial del desvalor de la acción. Quizá una de las cuestiones más recientes en la dogmática jurídica-penal euro-continental, sea la *"época oscura"* que abriga en su seno la ciencia del penal, situaciones reflejadas en lo relativo no solamente a la honda *crisis* que esta sucumbido desde algún tiempo; sino también a las incontadas reflexiones doctrinales que hacen alusión a un fenómeno de *expansión del Derecho penal* (legislación penal para ser más exactos), que llevan a una cancerosa deslegitimación del sistema penal en general. Empero, siempre hay una luz al final del túnel, y esto se ve por decirlo cristalizado en el arsenal dogmático-conceptual, esto es el destierro de su rigidez en aplicación a casos prácticos, en la que se asume una marcada tendencia, ya sea mayor o menor hacia la *normativización* o en todo caso una *"renormativización"* de las categorías sistemáticas de la teoría general del delito, es decir en franco proceso de evolución (o consolidación) a las finalidades y valoraciones político-criminales de acuerdo con la función que deben cumplir en la realidad. Esta orientación actual se origina en la década de los 70 hasta nuestros días teniendo su origen en Alemania; dirige su filosofía a que el Derecho Penal no puede construirse en base a elementos ontológicos-prejurídicos sino que propugna a una "renormativización" de las categorías de la sistemática del delito y la orientación de ésta a exigencias político-criminales, no cabe duda que es un desarrollo ulterior del neokantismo. Ha de quedar claro que el factor decisivo en la dogmática dominante viene constituido por consideraciones teleológico-valorativas. Se habla paralelamente de una corriente post-finalista enmarcada en la denominada teoría funcionalista del Derecho penal. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, en Introducción al Libro: *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales*, Berh Shunemann (Comp.), Trad. Silva Sánchez, Madrid, 1991, p. 21, sostiene que "las corrientes funcionalistas no pretenden, en principio, una modificación del sistema de la teoría del delito. Más bien se hallan empeñadas en la atribución de nuevos contenidos a las categorías, con el fin de ampliar su capacidad explicativa de soluciones y su aplicabilidad a la realidad". Sus máximos exponentes son:

- Claus ROXIN que centra su teoría dentro de una concepción teleológica-funcional moderada (Escuela de Munich), ROXIN, Claus; "Acerca de la consolidación político-criminal del sistema de Derecho penal", en: traducción de Manuel Abanto Vásquez, *Dogmática penal y política criminal*, Lima, 1998, p. 27, "...el injusto penal no puede ser caracterizado mediante categorías como la de la causalidad o la finalidad. No es causalmente necesario o causado de manera final, como por ejemplo en la omisión. Y también, donde se presentan estas estructuras, les falta relación con el Derecho penal, de manera que no sirven para caracterizar lo que de una acción típica es penalmente relevante. Más bien, desde el punto de vista de un sistema funcional de Derecho penal, el injusto de la imprudencia y de la omisión es el resultado de una imputación

LEGALES EDICIONES

mática del derecho penal es la denominada teoría general delito o teoría del hecho punible, ámbito en el que la dogmática del Derecho penal alcanza las cuotas más elevadas de abstracción, estudio y desarrollo[18].

A veces se asocia, con razón, el Derecho positivo con la dogmática jurídico-penal[19], que realidad vendrá hacer una de las funciones que realiza la dogmática penal. En efecto, el hecho que determinadas instituciones o categorías del Derecho penal estén en el Derecho positivo-legal, y a veces, lamentablemente, la ausencia en el "texto expreso de la ley" permite sostener que no se hable de una legítima dogmática jurídico-penal[20]. Varios casos no es posible resolverlos si encontramos un texto expreso de la ley, y a veces se debe resolver respetando la voluntad histórica del legislador o el sentido objetivo actual de la ley. Estas ideas –de reemplazar "dogmas" por "ley"– siguen perdurando en nuestro tiempo, que no son más expresiones de aquella dogmática de la teoría del delito de von Liszt, que decía si la ley penal es la

según parámetros jurídicos. Luego, los problemas esbozados tanto de la teoría causal como final de la acción carecen de objeto desde el principio".

- Günther JAKOBS que basa su concepción teórica en un funcionalismo sociológico radical (Escuela de Bonn) y como fruto de estas consideraciones aparece como doctrina dominante la teoría de la imputación objetiva como el eslabón más avanzado en la relación de causalidad. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; "Presentación", en: Gómez-Jara Díez, Carlos (editor), *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*, Lima, 2007, p. 15. "En este foro, especialmente sensible a las construcciones teóricas, se ha venido apelando a ciertas características negativas que, de forma generalizada, se han atribuido a la teoría de sistemas. No obstante, pese a la importante evolución que ha experimentado la teoría de sistemas, no parece que la dogmática penal especialmente la española, haya seguido de cerca este desarrollo, por lo que, hoy en día, se pueden seguir encontrando las mismas críticas que se formularon hace más de veinte años".

18 DE LA CUESTA AGUADO, Paz M.; *Tipicidad e imputación objetiva*, Mendoza, pp. 19 y 20.

19 Véase: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / FEREÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón / GARCÍA RIVAS, Nicolás; *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1996, p. 63.

20 En los comienzos de la aplicación del Derecho codificado, es decir, de la técnica jurídica surgida del Código de Napoleón, sin embargo, se partía de la base de que el juez sólo debía aplicar la "ley" a partir del texto legal: sin interpretarlo, entendiéndolo directamente. En ese sentido se suponía que el conocimiento del significado de las palabras era suficiente para aplicar la ley y que la introducción de una interpretación implica romper con los límites surgidos del principio de separación de poderes.

LEGALES EDICIONES

única fuente del derecho penal, ello significa que cuestiones tales como *si* y *cómo* debe sancionarse, tienen que ser respondidos exclusivamente a partir de la ley.

Sin embargo, para un análisis crítico de permanente elaboración y/o revisión, ya sea de *lege lata* (tal como el Derecho está) o de *lege ferenda* (tal como el Derecho debería ser) de las categorías dogmáticas y de las distintas estructuras típicas incriminadoras, se hace necesario tener una regulación expresa en un cuerpo normativo. Para hacer dogmática (y ella jamás debería ser considerada como conclusión absoluta, sino como modelo para una mejor ordenación del estudio metódico del hecho criminal), el penalista o intérprete ha de partir ineludiblemente de la ley positiva. Precisamente, porque más aún –y no les falta razón a quienes sostienen ésta última posición– en el campo del Derecho penal como en ningún otro campo del ordenamiento jurídico, debe reinar en todas las instancias el ya consagrado *principio de legalidad*, y más concretamente el principio de tipicidad de las conductas.

Una de las actuales características de la ciencia jurídico-penal es que atraviesa por una etapa donde se percibe una mayor flexibilidad de los conceptos dogmáticos que responde a la conjunción de dos tendencias contrapuestas[21]: la necesidad de mantener el pensamiento sistemático aun reconociendo los múltiples defectos del rígido sistema cerrado del delito y por otra, la influencia de la tópica, cuya principal peculiaridad se sitúa en la búsqueda de las soluciones más adecuadas al caso particular a través del pensamiento problemático. El encuentro de estas tesis ha dado nacimiento a una nueva visión teleológicamente orientada a un sistema "abierto" a consideraciones jurídico-valorativas[22]. En esta línea de pensamiento, Schünemann, denomina un

21 LAURENZO COPELLO, Patricia; "El enfoque teleológico-funcional en el sistema del delito: breves notas sobre su alcance garantístico", en: Quintero Olivares, Morales Prats, *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, 2001, pp. 437 y 438

22 En esta línea de pensamiento en nuestro país el profesor CARO CORIA, Carlos; *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Lima, 1999, p. XLIII, ha dicho lo siguiente: "... creo que esas críticas poco pueden afectar a una **dogmática de signo**



LEGALES EDICIONES

sistema abierto para la ciencia jurídico-penal "de modo que el sistema no obstaculice el desarrollo social y jurídico, sino que favorezca o, al menos, se adapte a él, de modo que no prejuzgue de las cuestiones jurídicas aún no resueltas, sino que las canalice para que se planteen en los términos correctos; de modo que garantice orden y ausencia de contradicciones en el conjunto de problemas jurídicos que están resueltos, cada vez para largos períodos de tiempo"[23].

Así, vistas las cosas, existe una profunda "reconstrucción"[24] del sistema del delito en función a parámetros metodológicos, y

---

**funcionalista moderado** que, desde los ya aportes Claus Roxin viene cobrando protagonismo en la ciencia penal alemana y española por su gran apertura a las valoraciones político criminales, es decir un **"sistema abierto"**, no sólo como técnica sino también en sentido humanístico" (las negritas son mías). CARO CORIA, Dino Carlos; *Código Penal & legislación complementaria*, Lima, 2001, p. 46. Asimismo, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; "¿Normativismo radical o normativismo moderado?", en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, N° 5, 2004, p. 79, es quien también se ha adherido expresamente al sistema jurídico del Profesor Claus Roxin para las reglas de imputación penal. Así: "el **"normativismo moderado" de Roxin resulta, en mi opinión, la mejor opción y es preferible al "normativismo radical" de Jakobs** no solamente debido a las implicancias políticas, sino también a la mayor fuerza explicativa del primero a la hora de solucionar problemas particulares de dogmática penal". (las negritas son mías) Enseguida ABANTO VÁSQUEZ asume una postura confrontacional a la tesis de JAKOBS manifestando que "El fascinante análisis de Jakobs no puede servir, en la práctica, de base constitutiva de un Derecho penal enclavado en un Estado social y democrático de Derecho. Ciertamente también puede explicar el porqué de algunas acciones humanas y como la reacción penal se manifiesta dentro de la sociedad (como comunicación). Pero eso no es todo y, ni siquiera es lo principal. La explicación funcional, en el sentido de "comunicación", de reacción, dirigida a reafirmar expectativas normativas –independientemente de sus aciertos explicativos en el ámbito de lo "latente"– no puede ni debe encontrar aplicación práctica".

23 SCHÜNEMANN, Bernd; "Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal", traducido por Jesús-María Silva Sánchez, en: *El Sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones Fundamentales*, Madrid, 1991, p. 35.

24 LAURENZO COPELLO, "El enfoque teleológico-funcional en el sistema del delito: breves notas sobre su alcance garantístico", Cit. "Y no es de extrañar que así sucediera porque la propia naturaleza del nuevo –claramente abierto a juicios de valor– necesariamente conduce a reconocer la relatividad de las "verdades" a las que puede aspirar la Ciencia jurídico-penal y a admitir, consecuentemente, la posible coexistencia de soluciones distintas y no por ello incorrectas para un mismo problema jurídico. Por eso puede sorprender que la creciente aceptación del sistema abierto haya dado paso a una profunda y renovada polémica sobre el enfoque que se considera más adecuado para orientar la construcción del sistema en cada una de sus diversas fases y elementos".

LEGALES EDICIONES

con el método dogmático[25], pero a la vez la aceptación de diversas soluciones de corte axiológico a un mismo problema jurídico, la misma que no hace otra cosa que generar un ambiente de zozobra por la inseguridad e imprecisión jurídica que era precisamente lo que combatía el sistema cerrado, es decir en relación a los límites que impone la función garantista del Derecho penal. Ante tales inconvenientes, se percibe una evidente crisis en el sistema penal en general[26] y también en la dogmática jurídico-penal como técnica[27], y para salvar –si se quiere– esta situación,

25 En las perspectivas actuales de la "dogmática penal", –a la que se le ha dado una connotación peyorativa, o "ciencia del Derecho Penal", poco importa la denominación–, es producto de un proceso de consolidación que asume criterios sistematizadores para una mejor aplicación de las leyes penales a un caso concreto. VILLAVICENCIO, Felipe; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Lima, 1990, p. 29, expresa que la dogmática jurídico-penal "está encargada de formular reglas para la decisión jurídico-penal de un caso a un nivel de abstracción medio. Es pues, el estudio normativo o jurídico del delito; y con ella trabajan la ciencia del Derecho Penal y la jurisprudencia penal". Por su parte, ROY FREYRE, Luis; *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo I, Lima, 1986, p. 31 a 33, distingue entre "una etapa pre-científica del Derecho Penal, con otra etapa en la cual abarca desde la segunda mitad del siglo XVIII hasta fines del siglo XIX. En esta trayectoria la producción científica consigue superar a la legislativa; y una última etapa donde todo lo cual se reintegra para conformar una armoniosa y subyugante construcción teórica que tiene sólidos cimientos en la legislación penal contemporánea".

26 Véase, en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 13 y ss. "La crisis, en realidad, es algo connatural al Derecho penal como conjunto normativo o, como mínimo, resulta, desde luego, inmanente al Derecho penal moderno, surgido de la Ilustración y plasmado en los primeros Estados de Derecho... Sentado lo anterior, se hace preciso señalar que la mención de una crisis "contemporánea" pretende hacer referencia a otros fenómenos superpuestos a aquél (que es, por así decirlo, "estructural")". La crisis contemporánea a la que alude el autor, es una crisis de "legitimación", asimismo, existe una crisis en la llamada "ciencia del Derecho penal" y también una crisis de "legitimidad epistemológica".

27 Se ha cuestionado básicamente su validez científica (epistemológica) que se pueden resumir en dos vertientes: primero se le reprocha su conceptualismo exageradamente abstracto que a la postre a conllevado a una imagen y exposición de pura exégesis, literalmente positivista de la teoría del delito con un método deductivo-axiomático inservible para la solución de casos penales, en otras palabras distante de la realidad; y segundo, se ha cuestionado que es un sistema "cerrado" en el mundo formal de sus normas, es decir no acepta la colaboración de postulados provenientes de la Criminología, de la Política criminal, etc. HIRSCH, Hans Joachim; *Derecho Penal. Obras Completas*, Libro Homenaje, tomo I, Santa Fe, 1999, p. 27, señalaba un serio peligro: "el peligro de que la dogmática pierda, como consecuencia del "sobrecultivo" teórico, el contacto con la práctica y de que así se vuelva a perder lo alcanzado". Sin embargo, BUSTOS RAMÍREZ, Juan; "Política

LEGALES EDICIONES

la dogmática penal tendrá que ir más allá de la pura exégesis lógico-literal de las leyes. Es decir, ir más allá del sistema cerrado que consistía en que el sistema se baste a sí mismo, que no permite modificaciones, a pesar de que aparezca resultados desproporcionados o irracionales en el comentario y elaboración del derecho vigente.

De lo que se trata, en definitiva, es ir más allá del análisis estrictamente jurídico de *lege lata del ius positum* (vía hermenéutica) para convertirse en una dogmática creadora o crítica. Por eso, como bien señala Muñoz Conde, "...la ciencia del derecho penal, si no quiere merecer el calificativo de "reaccionaria", tiene que ser también una *ciencia "crítica" del derecho penal*, obligándose a la crítica del derecho penal vigente desde el momento que lo acepta como objeto de su investigación"[28]. En ese sentido, se acepta una dogmática creadora o crítica, como un sistema abierto de ideas en permanente reelaboración y discusión de sus postulados, cuya principal finalidad debe ser garantizar la dignidad de las personas[29].

El mismo Welzel ya decía lo siguiente en relación a las bondades que puede producir la dogmática en el derecho penal. Así

---

criminal y dogmática", en: *El Poder Penal del Estado - Homenaje a Hilde Kaufmann*, Buenos Aires, 1985, p. 113, sostiene que "En definitiva (...) no se puede hablar realmente de una crisis de la dogmática sino más bien de una revisión de los aspectos que ella debe considerarse en la elaboración de su contenido. Lo que ha llevado a superar el planteamiento dicotómico de la dogmática y política criminal y así evitar caer en una concepción de la dogmática como un sistema cerrado de verdades absolutas, para elevarse a un sistema abierto de conocimientos en continua profundización y reelaboración". Por su parte, HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Lima, 1987, p. 59, después de deducir entre una "mala dogmática" vinculada directamente a un conceptualismo que se distingue por autoritarismo intelectual, su formalismo lógico y neutralismo axiológico, y una "buena dogmática" abierta a las ciencias sociales y a toda discusión de naturaleza axiológica, concluye este autor diciendo que esta distinción no es del todo correcta e impide, por el contrario, un claro planteamiento del problema.

28 MUÑOZ CONDE, Francisco; «*Hacia una ciencia crítica del Derecho penal*», en: DP, N° 5 a 8, Buenos Aires, 1979, p. 35. La función crítica de la ciencia del Derecho penal suele hacerse desde dos vertientes: lo jurídico y lo político. El defecto del primero es incurrir en un "juridicismo exacerbado"; el segundo, el de caer en un "sociologismo" del fenómeno criminal. La solución está –como plantea el autor español– en combinar ambos criterios, evitando los excesos unilaterales.

29 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2006, p. 27.

LEGALES EDICIONES

"... se tomó el camino hacia el "futuro" en forma más rápida y radical de lo que yo preveía. No es dable pensar, en absoluto, –dice Welzel– que podamos contar con seguridad con que la nueva evolución conserve los conocimientos dogmáticos de los últimos cien años. Todo lo contrario precisamente, esos conocimientos dogmáticos a juicio de algunos ponen de relieve el pecado en que ha caído la ciencia del Derecho penal alemán".

La disciplina jurídica del Derecho penal fue cultivada, precisamente en Alemania, como el arte por el arte, el delito no fue considerado como un problema humano o político, sino como problema jurídico. Los efectos protectores del Derecho penal, inherentes al Estado de Derecho, dejaron de ser transcendentes porque ahora se sobreentienden. Detrás de la artística fachada jurídica se escondió la misma hostilidad contra evolución y cambios que por último hizo intimar con el nacional-socialismo la clase media y de los funcionarios. En lugar de las finezas jurídicas dogmáticas, deberían aprovecharse en el futuro los conocimientos científicos racionales de la antropología, de la medicina, de la psicología y de la sociología[30].

Es cierto que el positivismo jurídico se encuentra superado ya desde varios decenios. Pero la mirada de la ciencia se sigue dirigiendo casi por entero a la interpretación del Derecho nacional vigente y a la respectiva codificación que le sirve de base[31]. Este Derecho positivo, que ha decir verdad, es la obra de legisladores de carne y hueso, que pueden ser pasibles de caer en contradicciones, olvidos, aberraciones por utilización equivocada de términos y muchos otros defectos en la elaboración legislativa. Es cierto también que hay que tener en cuenta, como si fuera

30 WELZEL, Hans; "La dogmática en el Derecho penal", en: *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Buenos Aires-Montevideo, 2004, p. 51.

31 HIRSCH, Hans Joachim; "¿Existe una ciencia del Derecho penal nacionalmente independiente?", traducción de Miguel Ángel Boldova Pasamar, en: *Derecho Penal, Obras Completas*, Tomo II, Buenos Aires, p. 41. En el prólogo para la edición española WELZEL, 1956, p. VII, decía lo siguiente: "Es creencia errónea positivista la que supone que el derecho en su integridad es un producto del legislador; que el legislador puede administrar arbitrariamente la materia jurídica y que la dogmática jurídica es, por tanto, sólo la elaboración técnica de esta materia jurídica "causal". "

ayer, aquellas famosas palabras del Procurador del Estado alemán Julius von Kirshmann, cuando en 1847 (sobre la *ausencia de valor de la jurisprudencia como ciencia*), decía con gran elegancia que "tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en papel viejo", como para seguir perfilando la idea de la enorme influencia que ejercía –y ejercita actualmente– el Derecho positivo en la interpretación dogmática. Aunque ésta frase es más cierta para la Parte Especial, campo preferido y "manipulado" por el legislador, que para la Parte General, que ha sido producto de varios siglos de evolución y de depuración sistemática.

El progreso de la dogmática reside en su desarrollo, por ello Roxin ha dicho que "...el legislador ha dejado (y necesariamente tiene que dejar) muchos ámbitos –sobre todo en la Parte General– a la interpretación concretizadora de la doctrina y la jurisprudencia, la dogmática cuenta con muchas posibilidades de desarrollo..."[32]. Además, la Parte General del Derecho penal, aporta más "seguridad jurídica" para una construcción dogmática bien desarrollada por los teóricos, bien asentada entre los operadores jurídicos y bien conocida por los destinatarios de las normas primarias, que cualquier determinación pretendidamente exhaustiva del legislador[33].

---

32 ROXIN, Claus; *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Valencia, 2000, p. 63.

33 BALDO LAVILLA, Francisco; "Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito", en: *Política Criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 396. Por otro lado, la labor de la Parte General del Derecho Penal no sólo es para la Parte Especial sino también para las leyes especiales o complementarias. Así, es de tener presente el art. X del Título Preliminar del Código Penal establece que: *"Las normas generales de este Código son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales"*. Esto es, si existe una ley penal especial como el Decreto Legislativo 813 (Ley Penal Tributaria) que criminaliza las conductas defraudadoras en el ámbito tributario, deberá tenerse en consideración todas las instituciones dogmáticas que actualmente contempla la Parte General del Código Penal de 1991. La Exposición de Motivos de la Ley Penal Tributaria 813 dice: *"La dación de una norma penal especial en materia penal no afecta el sistema jurídico penal, ni procesal penal,* ***por cuanto los principios rectores del derecho penal, así como las garantías contenidas en el derecho procesal penal, son de aplicación obligatoria a todas las normas relacionadas con estas***

LEGALES EDICIONES

Así, el alejamiento del positivismo científico y el viraje hacia el neokantismo, que se inicia al final del siglo XIX condujeron a que también en el Derecho penal, en lugar del método de las ciencias naturales consistente en observar y describir, apareciere de nuevo un método propio de las ciencias humanas consistente en comprender y valorar. El denominado sistema finalista tradicional del hecho punible de Welzel también representó en su momento un avance por dejar atrás al positivismo jurídico[34]. Asimismo autores como Zaffaroni/Alagia/Slokar entienden que la dogmática jurídico-penal y en general el Derecho penal se asiente en una decisión pre-dogmática (o pre-sistemática) para construir los conceptos sistemáticos conforme a un sentido (objetivo político)[35]. Por otro lado, la propuesta metodológica de Roxin emana de una visión de la dogmática jurídico-penal *superadora del modelo positivista*, orientada a poner de relieve los aspectos creadores de la misma, pero en cierta forma *relativista*, en el sentido que se limita a ciertas perspectivas ontologicistas. En esa medida, algunos aspectos "dogmáticos" como la imputación objetiva, delitos imprudentes y hasta los delitos omisivos tienen especial connotación de "supra-legalidad" en su configuración típica.

Ahora, la tesis de la nacionalización de la ciencia del Derecho penal tiene importantes consecuencias de orden práctico y en la que cada ciencia tendrá su propio idioma y sirven para rechazar determinadas posturas. En ese sentido, por ejemplo en España la teoría del "dominio del hecho", considerada para algunos como una imagen ideada por la doctrina alemana para solucionar una regulación legal distinta por completa a la nuestra. Silva Sánchez

---

***materias.*** *Por consiguiente, las disposiciones de esta norma penal especial no alteran el sistema jurídico penal, ni por ende los derechos y garantías de las personas, contenidas en la Constitución Política del Perú"* (las negritas son mías).

34 DONNA, Edgardo Alberto; "La crisis del pensamiento penal y su superación", en: *Nuevo Pensamiento Penal*, Buenos Aires, 1974, p. 68, ha dicho que "Quien se tome el trabajo de leer a Hans Welzel, en las pocas obras traducidas al castellano que se encuentra en plaza, y las pocas sin traducir que están en nuestro país, podrá observar que la preocupación fundamental no es solamente hacer una dogmática mejor que la anterior, *sino superar el positivismo jurídico...*".

35 ZAFFARONI /ALAGIA/ SLOKAR, 2000, p. 76.

LEGALES EDICIONES

ha dicho que: "La dogmática de la teoría del delito no consiste en la sistematización de un Derecho positivo nacional. Triste destino sería el de una pretendida ciencia cuyos productos fueran reducidos a basura por "tres palabras" del legislador de un Estado. Por ello, buena parte de los análisis estructurales que se realizan en la dogmática jurídico-penal poseen validez global, universal. Y otros enunciados son, en todo caso, efectivamente, que no Tiene sentido que *"lo que es verdad a un lado de los Pirineos no lo sea al otro"*[36]. Bacigalupo[37] apunta que el problema de la "nacionalidad" o "supranacionalidad" de la ciencia del Derecho penal debe analizarse desde una perspectiva *a posteriori*, es decir, sin referencia al método del Derecho penal, sino a la existencia de un problema común, respecto de cuyas soluciones cabe una pluralidad de métodos, aunque igualmente científicos.

## II. ASPECTOS CRÍTICOS SOBRE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

La tarea dogmática adquiere especial dificultad porque en Derecho penal se ha institucionalizado la idea de que está prohibida la analogía *in malam partem* y el derecho consuetudinario, por imperio de la ley, con lo cual sus puntos de partida son mu-

36 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; en "Prólogo" al libro de SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo; *¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas,* Madrid, 2004, p. 13.

37 BACIGALUPO, 2002, pp. 45 y 46. Sobre la dogmática supranacional: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *"La política criminal y la teoría del derecho penal ante los aspectos socio-culturales, políticos y jurídicos de la globalización"*, en: Silva Sánchez / Suárez Gonzáles. La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública, Lima, 2001, pp. 70 y ss. MUÑOZ CONDE, Francisco; "La nueva teoría del delito", en: Roxin / Muñoz Conde, *Derecho Penal. Nuevas tendencias en el Tercer Milenio*, Lima, 2000, pp. 40 y 41.

En efecto, en Europa existen –a grandes rasgos– dos sistemas normativos para regular las relaciones entre los autores y los partícipes. Por un lado la mayoría de las legislaciones adopta *mutatis mutandi* un sistema diferenciador de las figuras del autor inductor y del cómplice. Por otro lado, el *ÖStGB* (Código Penal autríaco), 12 y del *Codice Penale italiano*, art. 110, han adoptado un "concepto unitario de autor". El Art. 12 ÖStGB dice: "No sólo el autor inmediato comete la acción punible, sino también todo el que determina a otro ejecutarla y coopera a su ejecución". A su vez el art. 110 del *Codice Penale italiano* dice: "Cuando varias personas concurran en el mismo delito, cada una de ellas sufrirá la pena establecida para éste, salvo las disposiciones de los artículos precedentes".



LEGALES EDICIONES

chos más estrechos que las otras ramas del derecho. ¿La dogmática jurídico-penal es muchas veces el verdadero "verdugo" del principio de legalidad en casos de posición de garantía, deberes de cuidado, etc.?

Así, Schünemann dice lo siguiente: "... una opinión dominante que se haya originado a corto plazo genera inmediatamente una réplica. Finalmente, mediante el elevado grado de diferenciación, la dogmática penal se convierte (vista desde fuera) en una especie de tienda de mercaderías de toda clase, en la que la justicia encuentra en sus interminables estanterías todas las soluciones imaginables, de las que puede hacer uso, en cierto modo, a discreción"[38]. Finalmente, son elocuentes las palabras de Vives Antón cuando dice que "La dogmática actual se construye en términos tales que destruyen cualquier núcleo fijo de sentido que el legislador, por medio del lenguaje común, quiere atribuir al texto de la ley"[39]. En efecto, como sostiene Schünemann "...la evolución dogmática de los últimos años ha tenido un peculiar desenvolvimiento y representa, por así decirlo, una prueba para mi tesis del "excesivo refinamiento" de la dogmática penal en la sociedad posmoderna. En efecto, así como en la sociedad posmoderna no existen conceptos morales, sino que se sostiene todas las posiciones imaginables y, por eso, "todo es posible", también conceptos dogmáticos quedan continuamente en movimiento"[40]. Todavía más elocuente en relación a este tema el autor citado manifiesta una lamentable realidad que padece la actual dogmática jurídico-penal.

## III. ¿DOGMÁTICA PENAL VS. COSTUMBRE JUDICIAL?

Las preguntas con las que quiero comenzar el presente ensayo son las siguientes: ¿Si la dogmática penal está de alguna

38 SCHÜNEMANN; "El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro", cit., p. 31.

39 VIVES ANTÓN, Tomás; "Principios penales y dogmática penal", en: *CDJP*, N° 11, 2001, p. 67.

40 SCHÜNEMANN, Bernd; "El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro", en: Donna, Edgardo Alberto (Dir.), *Revista de Derecho Penal - Autoría y participación II*, Santa Fe-Buenos Aires, 2006, p. 30.

LEGALES EDICIONES

manera "enfrentada" a la labor que realizan los funcionarios del Poder Judicial –y porque no decirlo también para los funcionarios del Ministerio Público–?, ¿No es que acaso tanto dogmática jurídico-penal como la labor judicial y fiscal deben estar en una misma dirección y objetivo: cual es resolver con cierta calculabilidad y racionalidad los casos concretos? Las respuestas a estas interrogantes deben tener unos apuntes previos que merecen tener en cuenta señalarlos.

El Juez, el jurista y el periodista son personas que cumplen cada uno un rol en la Sociedad: el Juez su rol es "juzgar", en cambio la del jurista su rol es de "interpretar", y por último la del periodista su rol es de "informar". De más está decir que estas funciones tienen que tener un común denominador desde el punto de vista de la estabilidad y modelo jurídico, que las funciones deben darse dentro de un Estado (Constitucional) de Derecho donde prime, por sobre toda las cosas, Democracia en la población.

Lo ideal sería que estos roles planteados estén en una misma línea pero que cada uno sirva de complemento al otro: el jurista tendrá que hacer interpretaciones generales y adecuadas –sobre la base de casos concretos– para una mejor aplicación de la norma penal, procesal penal o de ejecución penal; en cambio, el Juez –penal– sobre la base de la interpretación y sistematización hecha por el jurista evaluará en su decisión final –que es la sentencia– cuál será la mejor norma penal para el caso concreto; por último, el periodista como le interesa los casos de la Sociedad y no los casos de laboratorio que elabora el jurista, informará si es que la decisión del Juez estuvo bien o mal; pero debemos tener presente que el periodista juzgará la decisión judicial desde el punto de vista de la legitimidad e intereses de la Sociedad, es decir, de los intereses de la mayoría de la población, y jamás desde el imputado o del procesado.

En suma, el periodista –y entiéndase en el sentido más amplio de la palabra– legitima a través de su información la decisión del Juzgador, por su parte, el Juez legitima el trabajo que realiza el jurista porque si no éste se quedaría en pura abstracción general

LEGALES EDICIONES

su trabajo. El camino a la ansiada "legitimidad" de los roles de estos personajes, porque en realidad todos desean que la Sociedad los quiera y los respete, se vuelve turbulento cuando cada uno de estos personajes –el Juez, el jurista o el periodista– se distancian cada uno por su lado, ya que por ejemplo si el periodista no informa con objetividad por ejemplo una resolución judicial, o un Juez no fundamenta su decisión en la dogmática penal o en las pruebas aportadas por las partes procesales, o el jurista no se capacita adecuadamente o realiza interpretaciones erróneas, al final quien sale perdiendo es definitivamente la Sociedad en general que es donde va dirigido la funciones de cada uno de los personajes nombrados.

Aunque el jurista, es decir, el dogmático penal podría decir, y con justa razón, que su trabajo no va dirigido al común de la gente, sino para gente especializada en el tema que se está investigando, el conocimiento del jurista dedicado al Derecho penal es por profundidad y no por extensión ni complejidad, de tal manera que a quienes va dirigido su trabajo es para los penalistas, y no para el ingeniero, o médico veterinario o médico cirujano. Entonces le da igual al dogmático rotular un caso general o concreto como "auto-puesta en riesgo de la propia víctima en un delito de homicidio" que decir "suicidio".

Tenemos que tener en consideración que la denominada costumbre judicial su fuente de inspiración son normas principalmente *procedimentales* más no normas sustantivas, lo que importa en la costumbre judicial es que el expediente o la carpeta fiscal avance lo más rápido posible de acuerdo a cada uno de los intereses y estrategias trazadas por las partes procesales involucradas (imputado, Ministerio Público, parte civil y tercero civil si lo hay). La vigencia de la dogmática penal como puede verse es casi relativa, por no decirlo nula, y quizá porque sus operadores desconozcan –inconscientemente– la valiosa importancia de la aplicación de la dogmática penal a los casos concretos.

Sólo por citar un caso donde la dogmática penal puede ir de la mano con los medios de comunicación es el caso conocido

LEGALES EDICIONES

de "Gastón" cuando utilizó su arma reglamentaria para repeler el ataque ilegítimo de su agresor, estamos en presencia de una defensa personal del artículo 20, inciso 3, del Código Penal, más aún cuando existe una ley donde se expresa que el Fiscal puede evaluar la situación de legítima defensa y no todo el trabajo lo tiene el hacer el Juez penal, y este caso de "Gastón" como la prensa radial, televisiva, hicieron causa común y hasta en cierto punto condicionar –para bien– la decisión de los Magistrados que en grado de apelación revocaron la decisión de la Juez de primera instancia. Pero aquí los medios de comunicación se "unieron" conscientemente a la dogmática penal no porque los periodistas de un día para otro comprendieran exactamente la teoría general del delito y todas las normas del Código Penal, sino porque, en realidad, se trataba de una *injusticia* de parte de los aplicadores de la ley penal. La injusticia no tiene conexiones o no tiene nada que ver con elaboraciones teóricas ni rigorismos jurídico-dogmáticos, sino con irracionalidades que pasan por el sentido común de la población cuando no se da a cada quien lo que corresponde.

Lo ideal sería que la denominada costumbre judicial desemboque en una adecuada jurisprudencia –ya sea penal, civil, constitucional, administrativa– de calidad y que pueda ser tenida en cuenta por los demás órganos jurisdiccionales, porque el objetivo de toda jurisprudencia es que aplique tantas veces a varios casos parecidos la misma norma penal –o procesal penal–; pero en realidad no es así, la jurisprudencia se puede convertir en una mera costumbre judicial, y ésta última en su afán de alcanzar resultados óptimos en función de datos numéricos y estadísticos de cuántas resoluciones y sentencias se han emitido cada año, caen en automatismos característicos que hacen que lamentablemente desemboque en una jurisprudencia inconsistente sin relevancia en la judicatura, que no aporta nada a la dogmática jurídico-penal, por el contrario lo hacen más confusa e incoherente. En otras palabras, la costumbre judicial como práctica constante en nuestro medio sería la "perversión" y "minimización" de la llamada jurisprudencia penal, y que en todo caso, debería evitarse.



LEGALES EDICIONES

La dogmática penal sin costumbre judicial se vuelve una cuestión meramente teórica, de estudio en las Facultades de Derechos sin mirar a la realidad social; la costumbre judicial sin dogmática penal se vuelve en una cuestión meramente empírica, y quien sale perdiendo será la jurisprudencia. No se trata de una carrera de cien metros planos y que alguien debe ganar, la dogmática penal o la costumbre judicial, sino que ambos llegan a la meta. En otras palabras, la idea es que ambos se complementen para que el Derecho penal, en su configuración más amplia, sea quien gane.

Las diferencias no sólo están en las personas quienes ejercen dicha labor: quien hace dogmática es un jurista, en cambio quien hace la costumbre judicial normalmente es un Juez –o un Fiscal–, lo ideal sería que el Juez también sea un jurista a la vez, sino que las diferencias están entre ambos está en función hacia quienes están dirigidos los trabajos de cada uno: el jurista como su trabajo es teórico-formal y normalmente está dirigido a los estudiosos del Derecho penal, es decir su trabajo está ubicado más bien en las Universidades, ya que; en cambio, la labor del Juez su trabajo está más bien para resolver conflictos sociales, y si es un Juez en materia Penal, su función se simplifica a dos aspectos dentro del proceso penal, que es la parte culminante del mismo: o bien "condenar" o bien "absolver" al procesado, y si el Juez se apoya en dogmática penal bien por él, ya que su decisión estará fundamentada.

Si se llega a la unificación –interna– de la dogmática penal como el de costumbre judicial quienes salen ganando será en primer lugar, la "jurisprudencia" porque será bien fundamentada en las instancias jerárquicas y además porque las decisiones serán totalmente previsibles y calculadas para la Sociedad; y en segundo lugar, también ganará la dogmática jurídico-penal porque se cumplirá uno de sus objetivos: acercamiento del arsenal de la teoría general del hecho punible a la realidad social, aplicando concretamente la acción, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad a los casos concretos. La capacidad de rendimiento de la dogmática penal se puede apreciar en supuestos paradigmáticos en nuestro país como el caso del

LEGALES EDICIONES

*"Taxista"* donde la Corte Suprema de la República aplicó las denominadas conductas neutrales de la complicidad absolviendo de la acusación, o como el caso de *"Alberto Fujimori"* donde la Sala Penal condenó al Ex Presidente aplicando la "Autoría mediata por dominio de la organización"; o en los supuestos de delitos culposos donde generalmente se aplica la teoría o criterios de *"imputación objetiva"* desplazando así la teoría final de la acción: así el riesgo permitido, la disminución del riesgo, el ámbito de aplicación de la norma, el principio de confianza, entre otros.

A mi juicio, la dogmática penal pierde credibilidad y legitimidad porque el lenguaje que debe utilizarse por ejemplo en las resoluciones judiciales –dictámenes fiscales– debe ser lo más simple y comprensible posible, sin caer en exageraciones en el lenguaje jurídico-penal; entonces al final de cuentas nos hacemos la siguiente interrogante ¿La dogmática penal para quien va dirigida?; ¿Para los estudiosos y especialistas en el Derecho penal?, o ¿Para la Sociedad, especialmente para los imputados de pie, o la víctima del delito que sufre el daño del mismo? Una resolución judicial debe entenderlo el justiciable o debe entenderlo solo el abogado defensor.

El nuevo concepto de la costumbre judicial no sólo debe estar abarcado en las fundamentaciones de las resoluciones judiciales de manera constante y coherente, sino que debe abarcar aspectos positivos como lograr una verdadera y eficaz gestión en el ámbito de un Juzgado o una Sala: por ejemplo una buena logística en aspecto material y tecnológico de un despacho judicial, el recurso humano capacitado; y obviamente todo esto debe ir respaldado por el producto final que debe emitir dicho despacho judicial: emitir resoluciones judiciales de calidad.

Al periodista le interesa obviamente la noticia para publicar en su diario, los titulares del día a día, más no le interesa la racionalidad y coherencia teórica que pueda tener una sentencia y cuántos días se ha demorado el Juez en hacerla, al periodista le interesa la primicia de un acontecimiento que cuál es el autor penal.

LEGALES EDICIONES

Existen algunos delitos de la Parte Especial o legislación complementaria que se resuelven en base a "automatismos" del Poder Judicial como son los delitos de omisión de asistencia familiar (artículo 149 del Código Penal), y son varios los factores que ha llevado a que esto sea así: por el alto índice de carga procesal que este delito conlleva, recurrencia en los fueros judiciales, que no está mal que sea así, porque al final de cuentas lo que interesa aquí es que se pague a la víctima, que saber si el delito es de omisión propia, omisión y resultado, o si el delito es de ejecución instantánea o permanente para efectos de la prescripción de la acción penal.

La dogmática jurídico-penal su razón de ser es el estudio de la teoría general delito, es decir, si en un caso puede haber situaciones positivas (si hay tipicidad, antijuricidad, culpabilidad) o situaciones negativas (ausencia de acción, causas de atipicidad, causas de justificación o exculpación); en otras palabras, la dogmática es el estudio teórico y racional sobre las tendencias de la teoría del delito (causalismo, finalismo o funcionalismo radical o moderado) y su aplicación a los casos concretos. En cambio, la costumbre judicial son automatismos que se producen en la labor cotidiana en el Poder Judicial (y también podría decirse al interior del Ministerio Público), que normalmente está ligado a aspectos de gestión y organización de un despacho judicial; sin embargo, de la costumbre judicial lejos de quedarse sólo en aspectos de "administrativos" su influencia ha penetrado a aspectos "jurisdiccionales" y esto socava permanentemente el desarrollo de la dogmática jurídico-penal, porque los casos penales se resuelven aplicando la ley a casos parecidos donde anteriormente se ha aplicado, en otras palabras, se resuelve en base a "precedentes", no estamos señalando que ésta práctica este mal, sino simplemente que la fuente donde emana el derecho penal no es la jurisprudencia sino la ley; a través de la costumbre judicial también ha servido para resolver determinados conflictos en el ámbito penal, es decir, que a través de la costumbre judicial también le sirve de ayuda a los Jueces.

Un tema merece tener en cuenta: cuando un Juez le toca resolver un caso concreto normalmente las decisiones las realizan

LEGALES EDICIONES

en base a "emociones" que enfrenta el Juez como ser humano que es, quizá está embargado de una fuerte carga emotiva que lo obliga o condiciona al juez a tomar una o cual decisión no racional jurídicamente, pero sí una decisión en sentido humanista. Se trata que el Juez tome una decisión al final de proceso penal, y en muy pocas veces quizá su decisión esté amparada exquisitamente en las consideraciones de la teoría general del delito y de la pena, porque lo que más importa es definir su situación jurídica –condenando o absolviendo–, pero que se defina de una vez, máxime si el imputado está privado de su libertad desde el inicio del proceso penal –es decir con mandato de detención–.

Por ello, que una cosa es la función de la dogmática penal aplicado a una resolución judicial con "preso preventivo" y otra cosa es la función de la dogmática penal aplicado a una resolución judicial sin "preso preventivo". Porqué digo esto, porque la función dogmática penal debe tener mayor aplicación –y por ende tener mayor motivación– cuando el imputado esté privado de su libertad durante el proceso penal porque debe tener una mayor motivación fáctica y jurídica, que aquella resolución judicial donde se esté llevando un proceso penal con una persona con comparecencia.

Y cuando el Juez Penal ya le toca resolver en base a la teoría del delito tiene que enfrentar otro "obstáculo": a los medios de comunicación social, cuando el Juez llega temprano a su trabajo tiene que estar viendo cuál es el impacto que ha tenido su decisión en los medios de comunicación, pero no sólo a ellos, sino también en los familiares que en muchas ocasiones condicionan la decisión del Juez, entonces nos preguntamos *¿Qué queda entonces de la Dogmática penal en el quehacer judicial?* Es decir, si por costumbre judicial la dogmática penal pierde su vigencia que ya es mínima o casi nula, además que si a través de los medios de comunicación condicionan psicológicamente la decisión del Juez, y lo hace no en dogmática penal sino en consideraciones de "justicia" y de "reivindicación social", y cuando el Juez ya decide que ahora sí aplicará dogmática en su resolución judicial (autos y sobre todo sentencias) la Sociedad tiene que entender lo que está diciendo el Juez, es decir, el Juez no tiene que utili-

zar frases elaboradas de la dogmática, por ejemplo no tiene que utilizar "auto-puesta en peligro o riesgo consciente de la propia víctima" cuando en realidad podría decirse simplemente "consentimiento" de la víctima; por otro lado, no tendría que decirse "autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder" sino simplemente "autor" intelectual.

En definitiva, y recapitulando todo lo dicho, la destrucción, o mejor dicho la minimización progresiva que enfrenta la dogmática jurídico-penal en países como el Perú que es tributaria del Derecho románico-germánico se debe a un conjunto de factores concretos que vale la pena mencionar: a) la costumbre judicial, b) los medios de comunicación social, c) el Derecho procesal penal, específicamente el Código Procesal Penal del 2004 donde algunos señalan que la teoría del delito debe minimizarse al protagonista principal del sistema procesal, es decir la teoría del caso, d) la propia Sociedad hacen que la dogmática jurídico-penal su vigencia sea casi nula en los ambientes del Poder Judicial –y porque no decirlo en el Ministerio Público–.

En conclusión, la dogmática jurídico-penal si bien su estudio y análisis es obligatoria en las currículas de las Facultades de Derecho, por el contrario, su estudio y análisis es totalmente relativa en los fueros judiciales y fiscales, desde que lo que más importa es el Derecho procesal penal, es decir los plazos legales que deben de respetarse en el procedimiento penal, los plazos legales para la interposición de los recursos impugnatorios debemos de plantear, que la prisión preventiva debe de revocarse pero por aspectos probatorios.

## IV. LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL Y LAS INSTITUCIONES DOGMÁTICAS. ESPECIAL MENCIÓN AL CASO DE LA OMISIÓN IMPROPIA

### 1. INTRODUCCIÓN

La necesidad de regulación expresa de la omisión impropia ha surgido como consecuencia de garantizar el principio de legalidad que de manera contraria, la doctrina ha reclamado que

LEGALES EDICIONES

venía vulnerándose. La incorporación de la omisión impropia al derecho penal codificado significa cumplir con el mandato de legalidad. Se estaría dando cobertura legal a un fenómeno que la jurisprudencia ya venía aplicando desde hace mucho tiempo. Ahora, las diferencias existentes entre una acción y una omisión se remontan a la Sentencia del Tribunal del Reich alemán en la cual se investiga la responsabilidad del fabricante de pinceles que entrega a sus trabajadores pelos de cabra traídos de la China sin desinfectarlos para la fabricación de éstos, lo que les ocasionó infección y sus posteriores muertes. Perdomo Torres considera "... que un Código Penal moderno, que de igual forma se corresponde con un sistema de Derecho penal de las mismas características, no debe contener un precepto como este"[41].

Por el contrario, a mi entender, considero acertado la incorporación de la omisión impropia, pero bajo determinados presupuestos. En esta línea de pensamiento, me adhiero a la opción de la Cláusula cita, ya que por razones, en primer orden, de política criminal, la determinación de la regulación de la omisión impropia en una única cláusula cita en la Parte General del Código Penal, admitirá a su vez obtener una cobertura regulativa amplificadora en cuanto a la punibilidad para casi todos los tipos de la Parte Especial. La opción de considerar lo más conveniente para el tratamiento jurídico-penal de los delitos de omisión impropia, pasa –previamente– también por considerar cuál de las dos partes del Derecho penal sustantivo (Parte General o Parte Especial), es la más importante.

Para algunos críticos (y algunos con razón), por ejemplo no basta con conocer la Parte General para comprender cualquier figura delictiva, porque presenta, según el profesor Alfredo Molinario[42], tres inconvenientes: Uno consiste en que cada delito

41 PERDOMO TORRES, Jorge Fernando; "Algunas consideraciones dogmáticas sobre la regulación de la comisión por omisión en el Nuevo Código Penal colombiano", en: *RPDJP*, 2, Lima, 2001, p. 446.

42 MOLINARIO, Alfredo J.; *Los Delitos*, I, Buenos Aires, 1996, pp. 26 y 27. Este autor cita a Rober Vouin, que dice que en definitiva la Parte General "jamás llegará a enunciar pre-

LEGALES EDICIONES

tiene su propia vida, es decir sus problemas, su función, motivos, finalidades, es decir, que un buen manejo de la Parte Especial puede mostrar que la abstracción o la generalización tiene fallas. Otro, es que la mayor parte del material de la teoría del delito se obtiene mediante generalizaciones operadas a partir del delito de homicidio, sea porque justamente a él se refirió en detalle, sea también porque tal figura resulte mejor para la enseñanza, y que todo el arsenal dogmático sea dependiente de tal figura. Y el tercer inconveniente es la marcada tendencia de algunas mentes ocupadas por los problemas de la Parte General a girar en el vacío. Así, por ejemplo, la tentativa, la definición de la misma aparece en la Parte General de los manuales y tratados, y hasta en el mismo Código Penal, pero poco sirve, sino en tanto y cuanto se la aplique a cada figura. Hay un *typus* que es tentativa de homicidio; otro, tentativa de violación; tentativa de extorsión, etc.

Ahora bien, ello es cierto en la medida que sí, efectivamente, los instrumentos dogmáticos cobran aplicabilidad en tanto resuelvan problemas concretos de la Parte Especial. Hacia tal finalidad debería estar enfocada. Pero no comparto la tesis, en el sentido que se prefiera exclusivamente el conocimiento científico del Derecho penal, a quien solamente domina la "letra" del tipo penal de la Parte Especial. Lo que en todo caso debe existir, –y creo que no hay duda sobre ello–, es una interdependencia entre ambos saberes. Empero, creo que hay que resaltar algo en las elaboraciones dogmáticas, para no caer en el caos interpretativo: una cosa es el lugar de tratamiento jurídico general y otra cosa, es el estudio detallado de las figuras delictivas.

En consecuencia, existirán omisiones impropias de lesiones, omisiones impropias de estafa, etc. pero también debe existir un marco general que defina la omisión impropia, para a partir de allí volcarlo a cada realidad delictiva. Lo contrario, sería soste-

cisamente en qué se distingue cada infracción tomada en particular, de todas las otras. Por el contrario, es tarea del Derecho Penal Especial definir cada calificación especial y concreta, primero en sus elementos constitutivos y después en sus consecuencias de derecho que se deriven".

LEGALES EDICIONES

ner, por ejemplo que en el delito homicidio, los tratadistas dejan expresa constancia que puede admitir la modalidad omisiva impropia, sin embargo, para los delitos contemplados en la legislación complementaria (así por ejemplo en la Ley de Residuos Peligrosos, Ley 24.051 o la Ley para la Violencia en Espectáculos Deportivos, Ley 24.192), se podrá aplicar la omisión impropia. ¿La ley penal prevé alguna opción?, ¿los tratadistas han dicho algo al respecto?.

En esta línea argumentativa y, desde un punto de vista crítico, la opción de adhesión a la cláusula cita no está exenta de algunas interrogantes. Esta postura enfrenta concretamente el inconveniente de saber ¿a qué delitos concretos podrá aplicarse la convertibilidad entre una acción a omisión?; ¿también comprende a las faltas o contravenciones?; ¿a delitos de mera actividad, de peligro abstracto, de medios típicos determinados?; ¿también a delitos que protegen bienes jurídicos colectivos? Lo que sí es seguro, donde sea su ubicación sistemática debe establecerse expresamente determinados parámetros. Así, por ejemplo la doctrina, casi unánimemente, ha dicho que sólo la convertibilidad funciona en aquellas estructuras típicas de la Parte Especial que sean de resultado lesivo. En el caso peruano, la regulación de la omisión impropia se realiza mediante una cláusula cita (art. 13)[43] y así parece ser la tendencia legislativa en el Derecho positivo comparado: en Italia[44]; Alemania[45]; Aus-

43 **CP del Perú**

**Art. 13.-** El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuere propio para producirlo; y
2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

La pena del omiso podrá ser atenuada.

44 **CP de Italia**

**Art. 40.-** "No impedir un resultado que se tiene la obligación jurídica de evitar, equivale a producirlo".

45 **CP de Alemania**

**Parágrafo 13 del StGB** "(1) Quien omite evitar un resultado que pertenece al tipo de una norma penal, sólo será punible de acuerdo con esta ley cuando haya de responder jurídicamente de que el resultado no se produzca y cuando la omisión se corresponda

LEGALES EDICIONES

tria[46]; Portugal[47]; Brasil[48]; España[49]; Colombia[50]; El Salvador[51]; Ecuador[52]; Paraguay[53]. El Código Penal mexicano, antes de la re-

---

con la realización de un tipo legal a través de una conducta activa. (2) La pena podrá ser atenuada de acuerdo con el parágrafo 49.1".

46 **CP de Austria**

**Parágrafo 2 del ÖStGB** "Cuando la ley castigue la producción de un determinado resultado, será también punible quien omita evitarlo a pesar de estar obligado a ello en virtud de un especial deber que le impone el sistema legal vigente y siempre que la omisión de evitar dicho resultado sea equivalente a la realización de los elementos de un hecho comisivo penado por la ley".

47 **CP de Portugal**

**Art. 10.-** "Cuando un tipo legal de delito contiene un resultado determinado, el hecho no sólo comprende la acción adecuada para producirlo, sino también la omisión de la acción apta para evitarlo, salvo voluntad diferente de la ley. La comisión por omisión del resultado solo será punible si el omitente tenía un deber jurídico personal que le obligaba a evitar ese resultado. En el caso del número anterior, la pena podrá ser especialmente atenuada".

48 **CP de Brasil**

**Art. 13.-** "El resultado del que depende la existencia del delito, solamente es imputable a quien le dé causa. Se considera la causa la acción u omisión sin la cual el resultado no se hubiera producido. 1.- Si sobreviene una causa relativamente independiente se excluye la imputación cuando, por sí sola, produjo el resultado; los hechos anteriores, sin embargo, se imputan a quien los practicó. 2.- Una omisión es penalmente relevante cuando el omitente debía y podía actuar para evitar el resultado. El deber de actuar incumbe a quien: a) tenga por ley deber de cuidado, protección o vigilancia; b) de otra forma asumió la responsabilidad de impedir el resultado; c) con su comportamiento anterior creó el riesgo de producción del resultado".

49 **CP de España**

**Art. 11.-** "Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente".

50 **CP de Colombia**

**Art. 25.-** "Acción y omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción y por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir el resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

LEGALES EDICIONES

forma de 1994 carecía de las reglas fundamentales de la omisión impropia. Sólo se establecía en el artículo 7 (Parte General) lo siguiente: *"Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"*.La reforma de 1994 introdujo, en el mismo artículo 7 del Código Penal una regla general para darle fundamentación legal a la omisión impropia[54].

Además, es recomendable específicamente por dos puntos de vista: primero, desde el punto de vista de economía legislativa, pues basta con una sola cláusula ubicada en la Parte General aplicable para todos los supuestos, siguiendo la lógica de las demás categorías jurídicas amplificadoras de la punibilidad,

---

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

**Parágrafo.** Los numerales 1, 2,3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atentan contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexual".

51 **CP de El Salvador**

**Art. 22.** "El que omite impedir un resultado que de acuerdo con las circunstancias debía y podía evitar, responde como si lo hubiera producido. El deber de obrar incumbe a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia; o quien con su comportamiento precedente creó el riesgo; y a quien, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriría, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado".

52 **CP de Ecuador**

**Art. 12.** "No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo".

53 **CP de Paraguay**

**Art. 15.-** "Al que omita impedir un resultado descrito en el tipo legal de un hecho punible de acción, se aplicará la sanción prevista para éste sólo cuando: 1. exista un mandato jurídico que obligue al omitente a impedir tal resultado y, 2. este mandato tenga la finalidad de proteger el bien jurídico amenazado de manera tan específica y directa que la omisión resulte, generalmente, tan grave como la producción activa del resultado".

54 **CP de México**

**Art. 7**, segundo párrafo: "En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido el que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su actuar precedente".

LEGALES EDICIONES

como serían entre otros, la tentativa, las reglas de autoría (específicamente la mediata y co-autoría) y participación criminal. En segundo lugar, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, ya que en los casos para los cuales no se hubiera previsto y fuera necesaria, existiría una evidente laguna de punibilidad. Así, por ejemplo, no podría sustentarse que la tentativa, –como forma ampliada de captar (y punir) interrupciones de actos ejecutivos– o la complicidad, –que sería una ampliación del concepto de autor principal–, serían supuestamente auténticas analogías *in malam partem*, porque existen preceptos desde la Parte General (arts. 42 y ss., 46 respectivamente del Código Penal argentino, y arts. 16 y ss. 25 del Código Penal peruano) que legitiman la aplicabilidad de tales supuestos.

Además porque responde a la idea que el Derecho (en este caso penal) debe regular y adecuar todo su arsenal dogmático-conceptual, en la medida de lo posible, a todas las manifestaciones de comportamientos humanos disvaliosos para los bienes jurídicos. En este mismo razonamiento, la omisión impropia, respondería a una idea, si se quiere amplificadora, de las realizaciones típicas (comisión y omisión propia) de la Parte Especial.

En consecuencia, si no se hubiera positivizado una cláusula general, sí se daría aval a una aplicación analógica *in malam partem* o *contra reo* que está prohibida, pues va en contra del principio de legalidad. Con la ubicación sistemática en la Parte General, se terminaría, también, aquella obsoleta división dual de omisiones impropias, omisiones legalmente "escritas" y "no escritas" (tales divisiones han hecho entender que la omisión sea una temática exclusivamente de la Parte Especial). Ahora, lo "escrito" sería solamente la cláusula cita, y los tipos penales de la Parte Especial serían "parcialmente escritas de posibilidad de omisión impropia".

Así, en el Derecho español, si bien existe una cláusula general de regulación de la omisión impropia (art. 11 Código Penal), que tiene cierta similitud estructural con el antiguo 565 del Código Penal español derogado: mientras éste artículo permitía transformar todo tipo doloso en otro culposo, el nuevo artícu-

LEGALES EDICIONES

lo 11 Código Penal autoriza a convertir todo tipo penal activo de resultado de lesión en otro comisible omisivamente. En ese sentido, por más que exista una regulación expresa en la Parte General (sistema de "numerus apertus"), en la Parte Especial también se prevé algunas figuras delictivas de omisiones impropias[55]. Por ejemplo, en el delito de malversación (art. 432 Código Penal español) se sanciona expresamente la posibilidad *"(...) que consintiere que un tercero, con igual ánimo [ánimo de lucro], sustraiga los caudales o efectos públicos (...)"*. Se castiga al funcionario o autoridad por no impedir (dolosamente) las sustracciones por otro con ánimo de lucro de los caudales públicos a su cargo por razón de sus funciones[56], puede admitirse construcciones específicas de omisiones impropias desde la Parte Especial, no obstante que el mismo Código Penal español permite desde la Parte General su punición por omisión impropia.

En el Derecho peruano existe el delito de omisión pura de garante en el art. 126 del Código Penal la cual es una agravación frente al tipo de omisión de socorro regulado en el art. 127. La circunstancia agravatoria radica en que el sujeto previamente, ha originado con su actuar precedente una situación de peligro *"... que ha herido o incapacitado..."*. En esta misma lógica existe el delito de sustracción de menor (art. 147 del Código Penal), que bien podría ser un delito de omisión impropia explícita o tipificada; el que sustrae, que es una acción, o no entrega, que es una omisión explícita. Se pueden cometer mediante acciones positivas u omisivas, ambos supuestos tienen la misma penalidad. Asimismo, el legislador quizá sin proponérselo, ha consignado en los delitos contra la libertad sexual regulaciones específicas en la Parte Especial sobre calidades de garantía y por ende de delitos de omisión impropia.

55 Esta misma situación la percibimos también en la regulación de las "consecuencias accesorias" para las personas jurídicas. Así, debe quedar claro, en el terreno formal, que se hace innecesario el recurso a un estricto sistema de *numerus clausus*, como el acogido por el 129.1 CP español de 1995, que señala en la parte especial los casos en los que es posible imponer la medida accesoria. Por otro lado, existe la otra postura que exige una cláusula general como la del art. 105 del CP peruano.

56 MIR PUIG, Carlos; *Los delitos contra la administración pública en el Nuevo Código Penal*, Barcelona, 2000, p. 303.

LEGALES EDICIONES

Así, en el art. 174 del Código Penal peruano prescribe que *"La persona que tuviere acceso carnal con otra persona en situación de dependencia, custodia o vigilancia"*. La situación de vigilancia –y también de custodia– en este articulado representa a mi juicios dos momentos relevantes para el juicio de tipicidad: por un lado constituye una agravante específica de la violación sexual de menores; y por el otro, la situación de vigilancia puede iniciarse de un hecho fáctico y circunstancial, en la cual ha nacido en principio un deber de la persona, quien a su vez se encontraría evidentemente en una posición de garante. Dicho sujeto ya no puede eludir su responsabilidad de vigilancia mientras tenga en su poder al menor. Este hecho, es tan igual a la relación extra-contractual surgida de un accidente de tránsito. Habría que decir que el vínculo parental puede generar también una posición de garante de custodia en el sujeto activo, motivante inicial para imputar penalmente el resultado "violación sexual" por omisión impropia[57].

Me pregunto: ¿Por qué se establece o se prefiere una tipificación expresa en la Parte Especial de la omisión impropia si ya existe –en aquellos sistemas que ya lo tienen– una norma en la Parte General que habilitaría la punición por omisión impropia?; ¿es que acaso no es suficiente que esté incorporado la omisión impropia en la Parte General?; ¿será acaso que su tipificación en la Parte Especial de algunas figuras delictivas realizadas por omisión impropia se respeta más irrestrictamente el principio de legalidad?. En la doctrina peruana: Abanto Vásquez sigue esta tendencia pues anota que en el delito de peculado doloso (art. 387 Código Penal) "... por razones del "principio de legalidad"

57 Sin embargo, el juicio completo de tipicidad de la omisión impropia estará condicionado a la presencia de la equivalencia "jurídica" de la figura delictiva a la cual se pretende imputar el resultado típico a través de la omisión impropia, por más completa y perfecta asignación que exista en el sujeto activo con respecto a la víctima (calidad de garantía). Habría que preguntarnos, entonces, si la expresión activa "acceso carnal" puede confluir también expresiones negativas como las de "*dejar* violar", "permitir que *otro* tenga acceso carnal". Como puede observarse, siempre la imputación por omisión impropia "permite" la incorporación de terceras personas en el evento criminal, en la cual el garante tendría la obligación de eliminar o neutralizar el peligro originado por ese "tercero" (o evento circunstancial pero previsible al garante).

LEGALES EDICIONES

y de seguridad jurídica sería preferible que el legislador introduzca un tipo específico de "omisión impropia" como el español (aunque sin exigir elementos subjetivos innecesarios)"[58], aunque admite correctamente que de *lege lata* en el delito de peculado es admisible la figura de omisión impropia a través de la regla general del art. 13 Código Penal peruano.

## 2. A MODO DE CONCLUSIÓN

A esta altura de la exposición nos preguntamos: ¿que hemos aprendido de la dogmática jurídico-penal? ¿vale la pena el sistema dogmático penal? Hemos aprendido fundamentalmente cuándo existe delito, cuándo se debe aplicar la pena, y cuál debe ser la medida de la pena. Pero lo que todavía no hemos aprendido es que la dogmática refleje la realidad al cual la estamos aplicando. Parece ser que por ejemplo, el "error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación" sólo lo entendieran los dogmáticos y no el lego, que es, finalmente, quien padecerá la sanción penal. A ese nivel de abstracción teórica hemos llegado. La pregunta sería si dicho error tiene algún sentido práctico.

A la dogmática jurídico-penal seguramente le ha hecho daño aquella separación entre el *"debe ser"* y el *"ser"* propiciado por los neo-kantistas. Si bien el sistema neo-kantista representó un avance del causalismo-positivista por influir en la normativización de los conceptos ("debe ser"), ésta se dio sin basamento en el mundo del "ser"[59]. "El discurso jurídico-penal se elabora

58 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Lima, 2001, p. 295.

59 Habría que destacar que el Derecho penal debe ser una de las pocas ramas jurídicas donde se puede hacer filosofía. La influencia de las corrientes filosóficas en el Derecho penal ha sido enorme, no solamente en la sistemática de la teoría del delito, sino también en la teoría de la pena: Kant, Hegel, Feuerbach, etc. La historia nos ha demostrado que evolución del pensamiento penal –o de su involución– ha sido en realidad la evolución –o involución– del pensamiento filosófico: desde el siglo XIX las posturas causalistas-positivistas, neokantismo, ontologicismo, normativismo ultranza, son prueba de ello. Así, también por ejemplo: Radbruch, Welzel, antes que penalistas eran filósofos del derecho. Esto sin hablar de las bases del derecho penal liberal del XVIII que provienen fundamentalmente de la obra de Beccaria, que no fue un penalista. También los penalistas



LEGALES EDICIONES

–dice Zaffaroni– sobre un texto legal, explicitando mediante los enunciados de la "dogmática" la justificación y el alcance de una planificación en la forma de "debe ser", o sea, como un "ser" que "no es", pero que "debe ser" o, lo que es lo mismo, como un ser "que aún no es"[60].

Concretamente en el delito de omisión impropia no se puede decir que no cumple las funciones de garantía de la ley penal. Existen dos motivos que avalan esta postura: en primer lugar, si bien la omisión impropia es un sistema de imputación que amplía el marco de punibilidad, también lo es que en su estructura causal se aplican ciertos correctivos o restrictivos como lo son, por excelencia, los criterios de imputación objetiva que en esencia tiene como finalidad limitar la responsabilidad penal (dolosa o culposa). En segundo lugar, en cuanto a la sancionabilidad de la omisión impropia ésta no representa un mayor agravamiento del delito de acción (y por ende, tampoco lo amplía) que le sirve de referencia, porque en determinados ordenamientos jurídicos donde se prevé una cláusula cita (como en Alemania y Perú), existe una cláusula de atenuación que rebaja la pena en relación al delito de acción.

En definitiva que sea la dogmática científica quien defina el contenido y los límites de dicha institución y no el legislador penal, quien muchas veces está imbuido de consideraciones político-criminales. Por eso no se concibe actualmente aquella tesis que indica que si no existiera el artículo 13 del Código Penal peruano o un precepto que señalara explícitamente cuáles son los requisitos de la comisión por omisión, esta modalidad delictiva no podría ser sancionada amén del principio de legalidad.

---

"clásicos" mantuvieron el estudio del "derecho penal" en el plano de la especulación filosófica (responsabilidad moral) y el de la pura deducción. Exponente máximo de esta tendencia fue Francesco Carrara en su célebre Tratado "Programa del Curso de Derecho Criminal", donde todos los problemas penales de su época, lo solucionaba sobre la base de principios lógicos, sin comentar una determinada legislación positiva. En definitiva, así como en el Derecho procesal penal debe ser la "*constitución* aplicada", en el Derecho penal material debería ser la "*filosofía* aplicada". Esto debería generar un gran debate, sobre todo en el aspecto metodológico: ¿queremos una dogmática "cerrada" a su propio sistema o una dogmática "abierta" a las consideraciones extra-penales (filosóficas)?

60 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, 1998, p. 22.

LEGALES EDICIONES

Sin embargo, cabe una pregunta relevante: ¿La dogmática jurídico-penal puede ir más allá de las regulaciones legales?; o mejor dicho: ¿La voluntad del intérprete puede abarcar o llenar supuestos no contemplados en su momento por la voluntad del legislador? Nuevamente me remito a la anterior referencia, la dogmática sí puede llenar supuestos no previstos en la Parte General, por eso, en las legislaciones penales que ya contemplan expresamente a la autoría mediata, tentativa, como el caso peruano, no impide que la dogmática cumpla su función de delimitación, aunque esta tenga como objetivo "ampliar" la punibilidad[61]. Este mismo fenómeno ocurre con la tentativa, con la complicidad, inducción, autoría mediata, omisión impropia, todos ellos contemplados en la ley, pero aun cuando no hubiesen estado contemplados en la norma, igual se tendría que aplicar judicialmente[62].

Parece ser que para aplicar las figuras de la dogmática jurídico-penal debería ir de la mano con los objetivos que persigue cada Estado, a través de su poder punitivo. Aquellas figuras dogmáticas que tienen como función *limitar* la función punitiva del Estado encontraran legitimidad constitucional para aplicarla en un caso concreto. En cambio, aquellas figuras dogmáticas que

61 Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; *La Ley y el delito. Principios de Derecho penal*, Buenos Aires, 1981, p. 502, que dice: "Cuando el Código Penal define un delito lo ha hace contemplando la consumación y la autoría –valga la palabra–; por eso, según hemos dicho, la tentativa y la participación no son más que **causas ampliatorias**, de la subordinación al tipo o de la imposición de castigo" (lo puesto en negrita es nuestro).

62 En este misma línea puede ubicarse: GARCÍA CAVERO, Percy; *La comisión por omisión en el Código Penal peruano*, texto mecanografiado (inédito); cuando dice: "En efecto, puede perfectamente partirse de la comprensión de que la cláusula general no resulta necesaria para la punibilidad de las omisiones equiparables en términos penales a las conductas activas, pero que esta falta de necesidad no impide que el legislador regule expresamente los presupuestos necesarios para equiparar una omisión a una acción. De alguna forma lo mismo sucede con la regulación de la autoría: Nadie podría afirmar que sin el artículo 23 del Código Penal no sería posible castigar a quien realiza el tipo penal de la parte especial, aunque su regulación en una norma general pone de manifiesto las formas de autoría y sus requisitos que vinculan al intérprete penal. Del mismo modo debería procederse en la regulación de la comisión por omisión: el castigo de los casos de comisión por omisión no depende de la cláusula general del artículo 13 del Código Penal, aunque resulte necesario seguir criterios de equiparación expresamente señalados en esta disposición penal".

LEGALES EDICIONES

tienen como función *ampliar* la función punitiva del Estado encontrarán serios cuestionamientos de orden constitucional para aplicarla a un caso concreto, porque no estaría cumpliendo con la función de garantía del tipo penal.

Personalmente entiendo que el problema de la omisión impropia, y de aquellas figuras dogmáticas que amplían el radio de acción del poder punitivo estatal, es que lo encaran desde un prisma "bilateral". Es decir, como si se tratase simplemente de un problema de la ley y el caso concreto. La omisión impropia, para su aplicación a la realidad judicial, debe encararse desde un prisma "trilateral", donde la dogmática vaya de la mano de la ley y el caso concreto. La omisión impropia es un problema metodológico.

Porque no se plantea el mismo problema constitucional en el ámbito de la tentativa o de la autoría y de la participación, que son instituciones dogmáticas que amplían en el mismo sentido el marco de punibilidad de las conductas[63]. ¿Será acaso porque éstas instituciones ya encontraron regulaciones expresas en el Código Penal argentino? Vamos a situarnos en una institución similar a la de la omisión impropia, como es el delito culposo. En este tampoco vemos cuestionamientos por parte de la doctrina de orden constitucional por infracción del principio de legalidad, no obstante que en los deberes de cuidado entiendo carecen de taxatividad legal.

En la doctrina alemana, hasta antes del parágrafo 13 del actual Código Penal alemán, era absolutamente deseable el acuerdo en la introducción de una disposición penal que equiparara bajo determinados supuestos, los impropios delitos de omisión a los comisivos[64]. Por su parte, Orts Alberdi expresa la convenien-

63 Algunos autores lo designan como "formas ampliadas del tipo penal".

64 Así, véase: MAURACH, Reinhart; *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, traducción y notas de derecho español de Juan Córdoba Roda, Barcelona, 1962, p. 282. Igualmente: GRAF ZU DOHNA, Alexander; *La estructura de la teoría del delito*, traducción de Carlos Fontán Balestra con la colaboración de Eduardo Friker, Buenos Aires, 1958, p. 58, "vista la importancia práctica del problema (de la omisión impropia), el legislador no deberá eludir el deber de dar al Juez una fórmula expresa en la que pueda fundamentar sus decisiones".

LEGALES EDICIONES

cia de incluir una disposición de la omisión impropia en el derecho argentino. Este autor dice: "... opinamos que si se pretende punir las conductas omisivas no causales sin necesidad de que estén específicamente contempladas en un tipo penal, es necesario la existencia de una norma jurídica que así lo establezca, para no violar el principio de reserva"[65]. Por otro lado, una prueba de que en la jurisprudencia penal peruana ya venía aplicándose la omisión impropia, y lo mismo podríamos decir del tratamiento en la doctrina penal, es la explicación que realiza la Exposición de Motivos del artículo 13 del Código Penal peruano al decir que: *"Se subsana un importante vacío legislativo al señalarse los requisitos para que la comisión por omisión pueda llegar a ser castigada"*. Sólo así se entendería la función subsanadora del actual Código Penal peruano en relación a la omisión impropia.

En efecto, entiendo que por ejemplo, el art. 11 del Código Penal español no ha provocado, al menos de forma significativa, un aumento de la punibilidad de la omisión impropia en los delitos de resultado típico, pudiéndose afirmar que *grosso modo* se han venido castigando las mismas conductas que con anterioridad a la promulgación del precepto en cuestión. Ello es fácilmente comprobable si analizamos las sentencias que el Tribunal Supremo español ha venido dictando a partir de la nueva regulación legal, comparándolas con las resoluciones judiciales anteriores[66]. En resumen, considero que el art. 11 del Código Penal

65 ORTS ALBERDI, 1978, p. 37. FIGUEROA ORTEGA, Yván José; "Los delitos de omisión impropia en la legislación penal venezolana", en: Jaen Vallejo, Manuel (Director) y Reyna Alfaro, Luis M (coordinador), *Sistemas penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 Aniversario*, Lima, 2003, p. 405 dice que "... de *lege ferenda* consideramos necesaria la regulación legal para así disipar cualquier duda acerca de la constitucionalidad de estos delitos, al igual que para fijar ciertos límites la actividad judicial. De este modo, opinamos que estos delitos deben regularse expresamente en el Código Penal venezolano, tal como se ha hecho en las legislaciones penales de España y Alemania, así como también en las de Italia, Portugal y Austria". Además, como bien expresa: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2006, p. 655, con la incorporación de la omisión impropia en el derecho peruano se supera los problemas de constitucionalidad.

66 Así, como ya apuntaba la Sentencia del Tribunal Supremo español de 10 de abril de 1981 (RJ 1981/1624), *la delincuencia por omisión, por su menor frecuencia en la vida del delito, tuvo una lenta elaboración doctrinal y difícil acogida en la praxis jurisprudencial, no*

LEGALES EDICIONES

español (y de todos aquellos códigos penales que regulan la omisión impropia en la Parte General) constituye un acierto porque no infringe el principio de legalidad, sino que es la reafirmación de la vigencia del mismo –aunque sea que cumpla una función "virtual" propio de la sistemática de la Parte General– además ha venido a proporcionar a los operadores jurídicos unos criterios interpretativos a la hora de aplicar el Derecho penal, los cuales en buena parte ya habían sido más o menos determinados por la dogmática y la jurisprudencia, pero el hecho de hacerlos suyos el legislador y plasmarlos en el Código Penal no ha generado sino una mayor seguridad jurídica.

Por todo lo que vimos hasta acá, la pregunta de rigor sería: vivimos actualmente ¿una muerte del legislador penal a través de la doctrina judicial? Tenemos que responder positivamente. En la medida que la dogmática penal vaya incrementando herramientas, ya sea para limitar o para ampliar la función punitiva del Estado, el principio de legalidad, motivo único de punición, estará supeditado a servir sólo de un gran marco de referencia situado en la Parte Especial de un código. Sabido es que la jurisprudencia asume influencia decisiva para la interpretación, reforma de las leyes penales, pero no es fuente de Derecho penal. Sin embargo, los magistrados actualmente asumen un rol de "legisladores de facto", donde la zona entre "fuente" e "interpretación" se pierde; es decir, la función de fuente de producción y a la vez, de interpretación se presenta con más fuerza en la Parte General de un Código Penal, donde debe reinar un Derecho penal *dogmatizado*, y que en la Parte Especial que debe reinar un

*obstante proclamar el art. 1 CP, desde el mismo inicio de la época codificadora, que las omisiones voluntarias penadas por la Ley están al mismo nivel y ostentan igual rango punitivo que las acciones de igual índole; dificultades que explican que una primera y antigua Sentencia de esta Sala (STS de 10 de abril de 1874) declarara que aquellos delitos que, como el asesinato, exigen acción, por su índole y naturaleza, no pueden cometerse más que por actos positivos y nunca por omisión, posición bien pronto rectificada en la misma centuria pasada.* En efecto, ya la Sentencia de 17 de febrero de 1877 admitió la participación omisiva en un delito de incendio, a pesar de que también otras posteriores la descartaron en relación con la complicidad (STS de 19 de febrero de 1935 y 19 de octubre de 1943, entre otras).

Derecho penal *legalizado*, sin perjuicio que puede realizarse labores de dogmática, y que es donde finalmente será aplicado. En algún momento de la historia quizá el principio de legalidad lamentablemente será "tragado" por la dogmática jurídico-penal.

En la Argentina *no existe una auténtica dogmática sobre la omisión impropia*, debido fundamentalmente al positivismo metodológico que todavía reina en un sector importante de la doctrina penal. El concepto de omisión impropia se ha obtenido mediante la aplicación del método técnico-jurídico y en consecuencia con los postulados del positivismo decimonónico[67]. Lo que existe actualmente son meras *exposiciones exegéticas de determinados tipos penales* de realizaciones omisivas impropias implícitas (art. 79 Código Penal), explícitas (art. 106 Código Penal).

Por eso, es lógico pensar que si la doctrina penal mayoritaria argentina, que se mueve bajo una concepción de corte positivista jurídico, termine por aceptar que la omisión impropia no tiene "cabida" en el Derecho positivo. Y aún en países que sí lo regulan a la omisión impropia en la Parte General –por más detallista que sean en la regulación– el problema seguirá latente, si la dogmática jurídico-penal no encuentra consolidación al menos mayoritaria de los doctrinarios. En suma, entiendo que *el problema basal de la omisión impropia –por su alto grado de creación de la jurisprudencia y la ciencia penal– es un problema fundamentalmente de definición y consolidación metodológica*. Si la opción es por la regulación de la omisión impropia en la Parte General –como en la mayoría del Derecho comparado– poco interesa si está regulado en el Código Penal, poco interesa que

67 En España, por ejemplo: PÉREZ ALONSO, Esteban Juan; *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Granada, 1998, p. 5, sostiene que existe una dogmática del antiguo art. 14 CP 73 español y no una dogmática de la autoría y participación en Derecho penal: "Pero los conceptos jurídico-dogmáticos (autoría y participación, en este caso) no son sólo producto del Derecho positivo. En la actualidad, la ciencia jurídica (penal) opera con parámetros valorativos distintos, considerando básicamente que la interpretación de la ley y la determinación de los criterios meta-normativos de los que parte el intérprete, es decir, de las valoraciones y tomas de decisión últimas, que permitan una mejor interpretación racional y fundada de la ley y, por tanto, del concepto jurídico-dogmático: la definición del concepto (autoría y participación) en el sentido de la ley (arts. 28 y 29 CP)".



LEGALES EDICIONES

esté mal o deficientemente redactada en un marco legal. Lo que interesa es que en la ciencia penal y la jurisprudencia estén consolidadas las opiniones (porque de aquí nació la omisión impropia[68]) para permitir una aplicación segura.

## V. LA INTERPRETACIÓN DOGMÁTICA DEL JURISTA Y LA INTERPRETACIÓN POR INTERESES DEL PARLAMENTARIO

A todo esto debemos manifestar que cada palabra, cada frase, cada artículo insertado en una determinada legislación, aparte de los aportes que la dogmática penal realiza a cada institución que se regula en una norma penal –ya sea en la Parte General o en la Parte Especial o legislación especial–, toda norma jurídica –en este caso la penal– tiene en su espíritu *una consigna de corte político, se trata de una consigna de consenso de todos los integrantes de cada Partido Político vigentes en un determinado Parlamento*. No debemos olvidar que la iniciativa legislativa que pudiera tener un ciudadano, lo debe hacer por intermedio de un Partido Político existente en el Parlamento, y pensamos que es cuestionable, en lo absoluto, con eso se reafirma una vez más la legitimidad que debe tener las normas jurídicas, y que mejor que sean los partidos políticos.

La gran pregunta que debemos hacernos entonces es: ¿Si la interpretación dogmática resulta irreconciliable con la interpretación que realizan los parlamentarios? Lo recomendable sería que la interpretación dogmática y la interpretación por intereses se complementen para coadyuvar a una mejor labor legisferente. Me explico, la interpretación dogmática surtirá todos efectos en el debate en el Pleno del Congreso, pero donde ya no podrá surtir ningún efecto es en el momento crucial de la votación de las normas penales. Ahí deberá surtir sus efectos la interpretación por intereses, en base a sus convicciones partidarias y también jurídicas.

68 Por ejemplo: MAURACH/ ZIPF, 1994, p. 54, nos dice: "Así, por ejemplo, no obstante que la limitación de responsabilidad por omisión dispuesta constitucionalmente está regulada en el parágrafo 13 y su concreción efectiva se obtiene esencialmente por medio de las posiciones de garante desarrolladas por la jurisprudencia y la doctrina".

LEGALES EDICIONES

El legislador tiene en sus manos el poder para habilitar el Derecho penal a través de las leyes penales (sustantivas, procesales y ejecutivas), y por consiguiente conseguir que un Juez penal lo aplique racionalmente a los casos concretos, y el doctrinario puede realizar los comentarios pertinentes a aquellos artículos que el legislador ha habilitado gracias al citado poder legisferante. Claro podrán argumentar con justa razón que la visión del Legislador es mucho más amplia, ya que tiene que procurar que la gente robe menos, que se evite que los varones cometan menos violaciones sexuales a los menores de edad, y que la visión del Juez es mucha más concreta, por ejemplo si Pedro se encontró culpable por el delito de robo agravado, pues tiene que pagar el delito que ha cometido ingresando a un centro penitenciario, y que si Carlos ha abusado sexualmente a una menor de edad, pues el Juez debe declararlo culpable.

Definitivamente las visiones de cada uno (jueces y legisladores) son distintas, pero ambos buscan un objetivo común: resolver de manera racional los conflictos sociales. Claro que la racionalidad de la resolución de los litigios dependerá del modelo político que siga un país, si un país tiene una tendencia democrática es muy probable que las decisiones jurídicas –y sobre todo penales– serán respetuosas de los Derechos Humanos, en cambio, si un país sigue un modelo autoritario, entonces la forma y modo de resolver los conflictos sociales será también autoritario, en tal sentido, el ejercicio del Derecho penal no está vedado, es más se hace necesario y hasta imperativo su uso en determinados momentos de emergencia, sin embargo, lo que está vedado es el "abuso" de ese ejercicio del Derecho penal que nos puede llevar a la barbarie humana.

## 1. EL MÉTODO DOGMÁTICO

La expresión Derecho penal es utilizada para designar el conjunto de reglas jurídicas destinadas a regular el ejercicio del poder punitivo del Estado, así como para referirse a la disciplina que estudia esta rama del orden normativo. En el dominio jurídico, la distinción del objeto de estudio de la disciplina que lo estudia tiene su origen en la consolidación del principio de lega-

LEGALES EDICIONES

lidad, en la medida en que éste determina y circunscribe el derecho como conjunto de normas legales positivas. El hecho de que el Derecho sea lenguaje y que siempre requiera ser interpretado, implica que exista una relación estrecha entre el Derecho-objeto de estudio (Derecho positivo) y el Derecho-disciplina jurídica que se ocupa de dicho objeto. Esta circunstancia debe ser tenida en cuenta tanto para comprender bien qué es la dogmática penal, como para percibir correctamente en qué consiste la labor del jurista al estudiar las normas y sistematizar los resultados de su trabajo.

La dogmática del Derecho penal tiene la tarea de conocer el sentido de los preceptos jurídico-penales positivos y desenvolver su contenido de modo sistemático. Puede decirse que la tarea de la dogmática del Derecho penal es la interpretación del Derecho penal positivo, si el término interpretación es utilizado en su acepción más amplia, que incluye la elaboración del sistema[69]. El término dogmática se deriva de la palabra *dogma* porque para el intérprete los preceptos del Derecho positivo son como un dogma al que tiene que atenerse necesariamente. Además, la parte general del Derecho penal, aporta más "seguridad jurídica" para una construcción dogmática bien desarrollada por los teóricos, bien asentada entre los operadores jurídicos y bien conocida por los destinatarios de las normas, primarias, que cualquier determinación pretendidamente exhaustiva del legislador[70].

Un parlamentario –resulta indiferente de qué tendencia política viene– no necesita saber exactamente el desarrollo que ha alcanzado la dogmática jurídico-penal en el mundo occidental,

69 En sentido restringido, la interpretación representa la primera fase de la elaboración sistemática. Véase, por ejemplo, en este sentido, RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 8ª reimpr., Fondo de Cultura Económica, México, 2002, pp. 9 y ss.

70 Véase: BALDO LAVILLA, Francisco; "Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito", en: *Política Criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 396. Por otro lado, la labor de la Parte General del Derecho Penal no solo es para la Parte Especial sino también para las leyes especiales o complementarias. Así, hay que tener presente el artículo X del Título Preliminar del Código Penal que establece que: "Las normas generales de este Código son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales".

LEGALES EDICIONES

en otras palabras, un parlamentario no necesita conocer por ejemplo qué tipo de influencia pregona: si es "causalista" o si es "finalista" en la teoría del delito, sobre todo cuando le toca incorporar, derogar o modificar una institución dogmática de la Parte General; un parlamentario no necesita conocer exactamente por ejemplo la ubicación sistemática del dolo en la teoría general del delito, ya que su trabajo funcional es más bien la de administrador de las posiciones doctrinales en el marco de la literalidad de una determinada norma penal; esto es, un parlamentario se hace la siguiente pregunta ¿cómo hago –expresaría un parlamentario– para incorporar todas y aquellas teorías doctrinales en un marco legislativo, que a veces no permite un excesivo lenguaje?, ¿cómo hago para incorporar un Tratado de mil hojas sobre la legítima defensa en una norma penal de un máximo de cinco párrafos?

El estudio del Derecho penal en su primera etapa, consideramos que debe realizarse desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal; es decir debemos de abocarnos al estudio de la ley penal, que señala los hechos humanos que nuestra sociedad considera como delitos. De esta manera, podremos apreciar, la aplicabilidad y la eficacia de la ley penal frente a la realidad social, y acaso posteriormente con el auxilio de otras ciencias podamos subsanar algunas deficiencias del ordenamiento penal actual, para garantizar con mayor eficacia la paz y el bienestar social: al penalista de hoy no debe bastarle el mero conocimiento del Código y demás leyes penales y de la jurisprudencia, hoy el penalista, no sólo el científico, sino también el juez, el abogado y los funcionarios llamados a intervenir en la administración de justicia criminal precisan una preparación profesional no solamente jurídica, sino biológica y sociológica.

En Alemania y en los países fuertemente influenciados por el pensamiento germánico, la "ciencia del Derecho penal" es designada bajo el nombre *Strafrechtsdogmatik*[71]. En Francia, se

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

LEGALES EDICIONES

prefiere el término "ciencia", "disciplina" o, en teoría general del derecho, "doctrina". De esta manera, se trata de señalar, por un lado, la actividad intelectual de los penalistas (criminalistas) y, por otro, el conjunto de trabajos resultantes de sus investigaciones. En especial entre los penalistas, con frecuencia se utiliza el término dogmática, pero sin mayor reflexión. Se le emplea, por un lado, como equivalente de ciencia.

El jurista que cultiva esta ciencia es un científico y los resultados de sus investigaciones constituyen trabajos de este carácter. Su labor es descrita como el estudio del derecho con la finalidad de hacer más fácil su aplicación. Por otro, la dogmática es calificada de no científica. De modo que el sustantivo "dogmática" y el adjetivo "dogmático" han adquirido una significación peyorativa. Así, se la define como la actividad jurídica caracterizada por la elaboración de razonamientos teóricos con la pretensión de revelar verdades absolutas[72].

Estas diferencias de opinión son en parte debidas a las diferentes maneras de concebir la ciencia. La negación del carácter científico de la dogmática tiene como base, a menudo, el criterio clásico de la ciencia empírica o experimental. El mismo que ha sido superado no sólo por la simple admisión de otro tipo de ciencias, como las humanas, sino por los nuevos análisis en el ámbito de la teoría del conocimiento, que han cambiado profundamente la manera de percibir las ciencias, como las matemáticas o la física. Un aspecto importante es que no debe asociarse el carácter científico a la determinación del objeto del conocimiento[73], ni a la neutralidad u objetividad de los análisis, sino más bien al método o métodos utilizados según las pautas que sean aceptadas en un contexto determinado. De modo que la dogmática debe ser considerada como ciencia en la medida en que cuando se deban resolver problemas se ajuste a las exigencias que rigen la práctica científica[74]. En esta perspectiva, debe analizarse la noción de dogmática, sus métodos y finalidades.

72 Véase: HASSEMER, 1990, p. 92; ANGEL, 1981, p. 211.

73 El carácter pasajero de la legislación fue el punto de partida de la crítica de KIRCHAMANN.

74 Véase: SASTRE, p. 601.

LEGALES EDICIONES

La tarea del jurista no solamente se limita a describir el conjunto de normas vigentes o la manera como se aplican por los tribunales. Ellos cumplen, asimismo, una labor consistente en precisar el significado de los enunciados normativos, de eliminar sus contradicciones de subsanar sus insuficiencias[75]. Para contrarrestar las críticas que se les hace, los juristas han tratado de atenuar su tendencia hacia un razonamiento demasiado abstracto y de tomar en consideración los aportes de las ciencias humanas. Así, buscaron abandonar la "mala dogmática" (vinculada a criterios conceptualistas caracterizados por su autoritarismo intelectual, formalismo lógico y "neutralismo" axiológico) en beneficio de una "buena dogmática", crítica, abierta a las ciencias sociales y a todo debate de orden axiológico[76]. Sin embargo, el cuestionamiento de la dogmática no puede ser afrontado de esta manera. Conviene precisar en qué consiste la actividad real de los juristas, para lo que deben delimitarse sus intenciones y sus objetivos más allá de sus alegaciones.

Por ello el Profesor Morillas Cueva señala que: "El dogmático es ciertamente un observador de la realidad, un intérprete de la norma. Pero eso no significa que realice tal función de manera absolutamente aséptica ni tampoco entregado formalmente a la ideología que sustenta a aquella. Su objetivo de conocimiento y estudio del Derecho positivo ha de hacerse sobre los poliformes contenidos valorativos propios de su pensamiento que pueden llevarle a suscribir íntegramente su contenido y de esa manera realizar una interpretación basada en los fundamentos del legislador y compartida con sus motivaciones o, por el contrario, buscar otros resultados que adornen un sistema diferenciado de aquél"[77].

75 Véase: HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho penal (parte general)*, Lima, Edit. SESATORE s/e., p. 22.

76 Cf. Sobre este punto HURTADO POZO, 1987, p. 51.

77 Véase: MORILLAS CUEVA, Lorenzo; "¿Sigue siendo necesaria una dogmática del Derecho Penal?", en: MIRÓ LLINARES, Fernando (Director) RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel (Coordinador); *¿Casos Difíciles o irresolubles?, Problemas esenciales de la teoría del delito desde el análisis de paradigmáticos casos jurisprudenciales*, Madrid, 2010, p. 34.

LEGALES EDICIONES

Sin polemizar demasiado, hay que admitir que el jurista, para fijar mejor el sentido de las normas legales, busca comprender sus enunciados y, de esta manera, complementar y perfeccionar el Derecho positivo, inevitablemente incompleto. También, trata de organizar las en un sistema ordenado y coherente. Resulta así comprensible que la dogmática penal haya sido descrita como una ciencia cuyo objetivo es investigar el sentido de las reglas y organizarlas en un sistema, para contribuir al desarrollo del derecho[78]. Los malentendidos surgen[79] cuando la labor de los juristas es explicada afirmando, primero, que la doctrina jurídica sólo tiene la función de descubrir, mediante un análisis conceptual, las soluciones implícitas en el Derecho positivo; segundo, que los conceptos jurídicos tienen una significación "realista" en el sentido de que corresponden a las estructuras reales y, por último, que los juristas hacen en el derecho positivo vigente una descripción objetiva y neutra a nivel axiológico.

En este sentido, de manera tradicional, la dogmática ha sido caracterizada[80] señalando los siguientes aspectos: primero, el derecho es concebido como un sistema cerrado que permite dar respuesta a todo conflicto jurídico; segundo, la ley adquiere –una vez promulgada– vida autónoma. Su significado evoluciona conforme a los cambios sociales. Tercero, es asunto de los juristas-científicos del derecho revelar y consolidar esta evolución. Con este fin, los juristas proceden, mediante la ayuda de sus métodos científicos, a elaborar abstracciones de primer grado a partir de las normas legales (material de base) y logran así formular conceptos jurídicos claros y precisos. Por último, el dogmático se limita a descubrir la regla general que será aplicada al caso concreto. Para esto, realiza la integración sistemática, coherente y dinámica de los conceptos propios al orden jurídico.

78 Véase: HASSEMER, 1974, p. 176: "por eso se puede decir que, en un plano formal y negativo, la dogmática penal tiene por función la diferenciación sistemática del derecho penal plasmado en el CP y la jurisprudencia penal, para llevarlas luego a la práctica judicial".

79 NINO, 1974, p. 21.

80 NINO, 1974, p. 21.

LEGALES EDICIONES

El estudio de las normas positivas "desde adentro" constituye la dogmática jurídica. En lo que se refiere al Derecho penal, el dogmático parte de la ley, considerándola como fundamento y límite, estudia el contenido conceptual de los principios jurídicos, sistematiza su material, recurriendo a la jurisprudencia y opiniones doctrinales. Una descripción y sistematización de normas jurídicas positivas, como lo sostiene Gioja, no satisface el saber del derecho. También se requiere conocer sus efectos en las conductas efectivas de los hombres, su influencia sobre otras valoraciones como las morales y sus motivos constituyentes. La tarea de los juristas no se limita a describir el conjunto de normas vigentes o la manera como son aplicadas por los tribunales. Ellos cumplen, así mismo, una labor consistente en precisar el significado de los enunciados normativos, en eliminar sus contradicciones, en subsanar sus insuficiencias. Esto no se realiza, ni debe efectuarse sin explicitar los criterios axiológicos que sirven de base.

Tiende así a perfilarse un modelo de ciencia penal denominado integrado: esto, precisamente, ya que está orientado en la idea de la unidad (o de la conexión) sistemática entre derecho penal y política criminal y, en consecuencia, recortado en la cooperación entre dogmática y ciencias empírico-sociales. De tal modo, se deberían crear las premisas culturales y científicas para que la ciencia penal logre proyectarse con mayor conciencia en el plano de la política del derecho, alcanzado progresivamente la madurez para imponerse –al fin– como verdadera y propio ciencia de la legislación[81].

El progreso de la dogmática reside en su desarrollo, por ello Roxin ha dicho que "...el legislador ha dejado (y necesariamente tiene que dejar) muchos ámbitos –sobre todo en la Parte General– a la interpretación concretizadora de la doctrina y la jurisprudencia, la dogmática cuenta con muchas posibilidades de desarrollo..."[82]. Además, la Parte General del Derecho penal,

81 Véase: FIANDACA; 2010, p. 111.

82 Véase: ROXIN, Claus; *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Valencia, 2000, p. 63.

LEGALES EDICIONES

aporta más "seguridad jurídica" para una construcción dogmática bien desarrollada por los teóricos, bien asentada entre los operadores jurídicos y bien conocida por los destinatarios de las normas primarias, que cualquier determinación pretendidamente exhaustiva del legislador"[83]. Para determinar el sentido objetivo de la ley, el intérprete se sirve de los medios tradicionales de interpretación: interpretación gramatical, lógico-sistemática, histórica y teleológica, cuyo estudio, así como el de otros métodos desarrollados en la doctrina moderna (algunos de ellos de gran importancia para la Ciencia del Derecho penal, como el teleológico-valorativo y la naturaleza de las cosas), rebasa el marco de la Parte General del Derecho penal y pertenece a la Teoría General del Derecho[84].

---

83 Véase: BALDO LAVILLA, Francisco; "Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito", en: *Política Criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 396. Por otro lado, la labor de la Parte General del Derecho Penal no sólo es para la Parte Especial sino también para las leyes especiales o complementarias. Así, es de tener presente el art. X del Título Preliminar del Código Penal establece que: *"Las normas generales de este Código son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales"*. Esto es, si existe una ley penal especial como el Decreto Legislativo 813 (Ley Penal Tributaria) que criminaliza las conductas defraudadoras en el ámbito tributario, deberá tenerse en consideración todas las instituciones dogmáticas que actualmente contempla la Parte General del Código Penal de 1991. La Exposición de Motivos de la Ley Penal Tributaria 813 dice: *"La dación de una norma penal especial en materia penal no afecta el sistema jurídico penal, ni procesal penal, por cuanto los principios rectores del derecho penal, así como las garantías contenidas en el derecho procesal penal, son de aplicación obligatoria a todas las normas relacionadas con estas materias. Por consiguiente, las disposiciones de esta norma penal especial no alteran el sistema jurídico penal, ni por ende los derechos y garantías de las personas, contenidas en la Constitución Política del Perú"*.

84 Véase, a este respecto, ENGISCH, *Einführung; in das juristische Denken*, cit., pp. 77 y ss.; LARENZ; *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., pp. 126 y ss., y 301 y ss.; A. HERNÁNDEZ GIL; *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 3 vols., Madrid, 1971; STAMPA BRAUN; *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, Valladolid, 1953, pp. 63 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA; *Tratado de Derecho Penal* I, cit., pp. 201 y ss., y II, 3ª ed., pp. 444 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ; *Derecho penal español. Parte General*, cit., pp. 57 y ss., y 190 y SS.; MUÑOZ CONDE; *Introducción al Derecho Penal*, cit., pp. 139 y ss.; STRATENWERTH; *Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, Mohr, Tubinga, 1957 (traducción española publicada por mí en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, vol. VIII, N° 19, 1964); ENGISCH; "Zur «Natur der Sache» im Strafrecht", en *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Gotinga, 1961, pp. 90 y ss.; y mi artículo

LEGALES EDICIONES

Como da cuenta Muñoz Conde desde la traducción del tratado de Edmundo Mezger por José Arturo Rodríguez Muñoz, en 1935, la dogmática jurídico-penal ha ido creciendo en importancia hasta el punto en que hoy prácticamente no hay un penalista o profesor de Derecho Penal que no explique esta materia conforme a su método, más o menos actualizado de acuerdo con las modificaciones que esa dogmática de origen alemán ha tenido en esos últimos cincuenta años[85]. La importancia de la dogmática penal no solo adquiere un interés teórico, sino que, además, atañe a un problema constitucional, esto es, el derecho de los habitantes a ser juzgados de acuerdo con esas reglas de imputación, que se relacionan esencialmente al Derecho Constitucional de igualdad[86].

La teoría del delito está desarrollada principalmente por la dogmática jurídico-penal (llamada también ciencia dogmática, sistemática jurídica, jurisprudencia, teoría del Derecho positivo, entre otros) y esta encontrará su frontera límite (de aquello que puede ser prohibido y penado por el Derecho penal) en la ley positiva[87]. Las versiones iniciales de la dogmática penal, que hasta el momento son casi las únicas que han tenido difusión y acogida en América Latina, propician también que los "penalistas" se dediquen exclusivamente a la cuestión normativa (en lo cual, pues, coincidían con la concepción positivista). Desde mediados de los años 70, y en alguna medida, hasta la actualidad la labor dogmática ha estado entregada exclusivamente al análisis y mejoramiento técnico-formal las normas, con base en nociones que oscilan entre el positivismo y la dogmática[88].

---

"La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica", en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto, Madrid, 1961.

85 Véase: MUÑOZ CONDE, Francisco; "La nueva teoría del delito", en: ROXIN/MUÑOZ CONDE; *Derecho Penal. Nuevas tendencias en el tercer milenio*, Lima, 2000, p. 39.

86 DONNA, Edgardo Alberto; *Teoría del delito y de la pena* 2, Buenos Aires, 1995, p. VIII.

87 Véase: MIR PUIG, Santiago; "Revisión de la teoría del delito en un Estado Social y Democrático de Derecho", en: *Crimen y Castigo, Cuaderno del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho*, Universidad de Buenos Aires, N° 1. 2001, p. 133.

88 Véase: SANDOVAL HUERTAS, Emiro; *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, 1994, p. 108.

LEGALES EDICIONES

En suma, la manifestación más característica de la dogmática del Derecho penal es la denominada teoría general del delito o teoría del hecho punible, ámbito en el que la dogmática del Derecho penal alcanza las cuotas más elevadas de abstracción, estudio y desarrollo[89]. En efecto, como sostiene Schünemann "(...) la evolución dogmática de los últimos años ha tenido un peculiar desenvolvimiento y representa, por así decirlo una prueba para mi tesis del 'excesivo refinamiento' de la dogmática penal en la sociedad posmoderna. En efecto, así como en la sociedad posmoderna no existen conceptos morales, sino que se sostiene todas las posiciones imaginables y, por eso, 'todo es posible', también conceptos dogmáticos quedan continuamente en movimiento"[90]. Todavía más elocuente en relación a este tema el autor citado manifiesta una lamentable realidad que padece la actual dogmática jurídico-penal.

Sin embargo, la política dentro del aspecto del Derecho penal tiene mucha influencia, es más podría decirse que gracias a la política, o a quienes hacen política existe el derecho penal, ya que las normas penales –entiéndase en el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal, legislación penal especial– existe en la medida en que los parlamentarios se ponen de acuerdo para la expedición de las normas penales. Y muchas veces los parlamentarios debaten las normas penales sin saber de dogmática penal, y la verdad no necesitan saberlo certeramente, es decir, no necesitan saber de muchos conocimientos de las escuelas penales de la sistemática del hecho punible: si tal o cual norma penal es de tendencia causalista, finalista o normativista.

Lo más importante de cara a la eficiencia del parlamento es que las normas penales tengan un cierto grado de racionalidad y la ciudadanía sienta que el Estado se hace presente ante cual-

89 Véase: DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. *Tipicidad e imputación objetiva*, Mendoza, pp. 19 y 20.

90 Véase: SCHÜNEMANN, Bernd; "El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro", en: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.); *Revista de Derecho Penal - Autoría y participación II*. Santa Fe-Buenos Aires, 2006, p. 30.

LEGALES EDICIONES

quier coyuntura social. La interpretación que se realiza alrededor de un Congreso es una *interpretación de intereses*, porque el debate y la existencia de las normas penales se realizan a través de la votación, y muchas veces esa votación se realiza en función a una determinada tendencia política que posee tal o cual parlamentario; en cambio la interpretación que realizan los operadores jurídicas, se trata de una interpretación acorde con los parámetros que ha impuesto la teoría de la argumentación jurídica.

Cuando se produce la muerte de la norma penal por efecto de la derogación, básicamente se produce por la coyuntura social, pero si la política dice que "no" a la derogación el rigor de la norma penal seguirá vigente. La sociedad puede decir que no a una Ley porque puede ser injusta, pero si la política dice sí la vigencia de la norma penal no se puede hacer nada. Por el contrario, si una sociedad quiere una norma penal y si la política dice que no, simplemente no hay ley penal. Puede haber una buena cantidad de doctrina especializada en la materia penal que pueda decir que una ley puede ser derogada, por ejemplo un penalista académico puede decir que los delitos contra el honor puedan ser descriminalizados, y hasta un congresista puede plantear un proyecto de Ley en ese sentido, pero si dicho proyecto no tiene el cauce necesario para conseguir sus efectos, es decir, si no se sabe hacer política en el Congreso simplemente el Derecho penal –entendido de manera objetiva– tendrá sus días contados.

## VI. LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL Y SU IMPLICANCIA EN LA LABOR JURISPRUDENCIAL

En este apartado de la investigación sólo analizaremos dos cuestiones puntuales, que a la vez son cruciales a la hora de encarar un estudio de la dogmática jurídico-penal. Es sobre su implicancia que tiene en la realidad social, o mejor dicho judicial. Una dogmática que no tenga como objetivo solucionar conflictos sociales será considerada una dogmática "vaga"[91]. En

91 Al respecto sobre la función de la dogmática en la labor judicial, véase: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; "A manera de presentación: nociones preliminares", en el libro: ROXIN,

LEGALES EDICIONES

las siguientes líneas analizaremos en primer lugar, la interpretación judicial y las funciones de la dogmática jurídico-penal, y en segundo lugar, nos hacemos una interrogante ¿resulta correcto que la jurisprudencia penal se adhiera expresamente a una determinada sistemática del hecho punible? Analizaremos cada una de ellas.

## 1. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL Y LAS FUNCIONES DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

Si se viera en la dogmática jurídico-penal sólo un instrumento de recolección y elaboración de datos, se comprendería únicamente una parte de sus aportaciones. Sólo si se la vive en acción, se ve la extensión de sus efectos. La dogmática jurídico-penal no sólo está a disposición de la actividad decisoria práctica de los jueces penales, sino que también la dirige[92]. Afirmamos con Silva Sánchez que la verdadera misión de la dogmática es la de añadir a los enunciados de la ley otros enunciados, que se emplean en la fundamentación de las decisiones junto a la ley misma. En otras palabras, –dice Silva Sánchez– suministrar al juez criterios para la determinación de qué casos son iguales y cuáles son distintos, para la adopción del tratamiento adecuado para cada uno de ellos[93].

Sin embargo, a todo esto habría que decir que en la dogmática jurídico-penal determinadas instituciones jurídico-penales que se sitúan en un estado dubitativo o embrionario, como el

---

Claus; *La imputación objetiva en el Derecho penal*, traducción y edición de Manuel Abanto Vásquez, Lima, 1997, p. 13, cuando sostiene que: "El penalista nacional, tradicionalmente "legalista" en el sentido de aplicar la ley al pie de la letra, no entiende muchas veces que ésta no puede decirlo todo. Erróneamente se cree que la doctrina, no puede ser de mucha utilidad en el trabajo práctico de dar o buscar solución a casos penales. Nada más alejado de la verdad: si los fallos judiciales no son motivados con explicaciones doctrinarias, fácilmente puede caerse en la arbitrariedad. Si lo jueces pudieran "interpretar" y aplicar las leyes sólo basándose en lo que ellos creen que ésta dice, se hace imposible controlar su labor judicial".

92 HASSEMER, Winfried; *Fundamentos del Derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984, p. 251.

93 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 49 y 50.

LEGALES EDICIONES

caso del delito de omisión impropia, donde las construcciones técnico-jurídicas no están suficientemente consolidadas. En esta línea de pensamiento: ¿resultará aconsejable dogmáticamente que se deje en manos del juzgador penal y de la jurisprudencia la labor de la construcción, por ejemplo de las posiciones de garantía en la omisión impropia? ¿es que acaso, el principio de legalidad debe apartarse o ceder su "seguridad" ante las controversias que se suscitan al interior de la dogmática jurídico-penal? En otras palabras: ¿resulta claro, entonces, por ejemplo, que cuando no nos ponemos de acuerdo qué se entiende por posición de garante la labor legislativa (que es fundamentalmente aplicativa y sancionadora) debe ceder y dar paso a la labor dogmática (que no es aplicativa sino interpretativa y fundamentadora)?

Pero hay algo de cierto en este tema, que los aspectos jurídico-conceptuales que está en manos del intérprete (judicial) del Derecho penal avanzan más rápido que la visión congelada de la ley. Debemos tener en cuenta que el desarrollo de la mayoría de las instituciones y categorías jurídico-penales de la teoría del delito ha pasado por un recorrido histórico de evolución, que se inicia en la dogmática alemana del siglo XIX, para posteriormente adquirir positividad (y seguridad) en la letra de la ley. Ahora, está llegando el momento que esas instituciones y categorías, que tenían regulaciones legales en el Código Penal sean "desaforadas" para nuevamente regresar al estadio original dogmático, lugar donde efectivamente deben realizarse las discusiones científicas. Lo cuestionable de esto es que el intérprete penal aplica necesariamente criterios personales-subjetivos cuando no tiene al frente parámetros legales bien definidos.

En este sentido, existen elementos de la teoría del hecho punible: la causalidad, el dolo y los elementos subjetivos del injusto o la inimputabilidad y ahora las posiciones de garantía en la omisión, que son conceptos cuya aplicación real se ha dejado en manos de la libre convicción del juzgador. "Ello tiene como consecuencia –dice Ragués i Vallès– que la pretensión de la dogmática de aportar soluciones uniformes y previsibles para supuestos de hecho idénticos ha quedado en la realidad cotidiana a mitad de camino, pues, pese a la racionalidad que introduce

LEGALES EDICIONES

la teoría del delito, la solución de los casos acaba dependiendo en muchas ocasiones de un factor tan subjetivo como es el acto de convicción judicial"[94]. Siempre elocuente el Profesor alemán

94 RAGUÉS I VALLÈS, Ramón; «Tres grandes dilemas de la dogmática penal del siglo XXI», en: *RPDJP*, 2, Lima, 2001, p. 542. Este autor por ejemplo refiere que las reglas de valoración de la prueba desempeñan un indiscutible papel político-criminal de fijación del ámbito de lo punible, pues cuando los tribunales deciden valorar la prueba en uno u otro sentido están tomando decisiones sobre si castigar más o menos en la práctica. Por ello, resulta estremecedor comparar el grado de desarrollo de la teoría del delito con el auténtico desierto doctrinal sobre la valoración de la prueba, un ámbito en el que hasta hace unos años se le daba al juez una libertad absoluta (la irrecurrible "íntima convicción").

En cuanto a la valoración de la prueba, la doctrina ha distinguido principalmente el sistema de la prueba legal o tasada, denominado también, de tarifa legal, el sistema de la íntima convicción, y el sistema de la libre convicción (llamada también de la sana crítica racional).

a) El **sistema de la prueba legal o tasada**, es aquella donde la ley procesal establece cuándo el juez debe o no darse por convencido del sometimiento de una infracción y de la responsabilidad de un individuo; aquí involucra el cumplimiento o no de ciertas condiciones y es la ley la que señala el carácter y valor jurídico de las pruebas, además de la forma, número y tipo de hechos que se prueban.

b) El **sistema de la íntima convicción** es aquel donde la ley no establece ninguna regla para la apreciación de las pruebas, el juez o tribunal es libre de convencerse según su íntimo parecer de la existencia o inexistencia de los hechos, así como de la responsabilidad del acusado, según como le hubiesen impactado las pruebas presentadas. El sistema de la libre valoración o íntima convicción surge como reacción frente al sistema de las pruebas legales o tasadas, para paliar los excesos y abusos que a su amparo se habían cometido. Se trata de una apreciación libre o absoluta de la prueba, propia del sistema de jurado, y en virtud del cual no resulta necesario dar expresión de las razones de la decisión judicial. Lo fundamental era que el juzgador se encontrara convencido "en conciencia", con independencia de si esa convicción íntima o psicológica se fundamentaba o no en las pruebas practicadas en el acto del juicio oral.

c) El **sistema de la sana crítica racional o libre convicción** es un criterio intermedio entre las dos anteriores; lo cual señala que el Juez deberá valorar, las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y el criterio racional; es decir, de acuerdo con las reglas de la lógica, de la psicología, de la sociología y de la experiencia. Aquí, el Juez o Tribunal se convence de los hechos y de la responsabilidad en base a las pruebas presentadas que son valoradas con libertad pero enmarcadas a dichas reglas.

Efectivamente, el Código Procesal Penal de 2004, en el artículo 393, inc. 2, ya no sigue expresamente el criterio de conciencia para la valoración probatoria, sino el de la sana crítica. Así, dicho artículo prescribe que: *"El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos".*

LEGALES EDICIONES

Schünemann cuando dice que "... cabe constatar respecto de las tendencias eclécticas en la actual ciencia jurídico-penal alemana que afectan negativamente al papel de la ciencia mentir de una jurisprudencia con coherencia sistemática, favoreciendo a la larga una praxis de cadí con resoluciones *ad hoc*. En este sentido, existe el peligro de que la dogmática carezca de consecuencias, degradándose, si se compara la jurisprudencia con un servicio religioso, de ser el evangelio a convertirse en liturgia"[95].

## 2. ¿RESULTA CORRECTO QUE LA JURISPRUDENCIA PENAL SE ADHIERA EXPRESAMENTE A UNA DETERMINADA SISTEMÁTICA DEL HECHO PUNIBLE?

Ahora bien, siguiendo con el tema del método dogmático tenemos que hacernos una pregunta crucial al respecto: ¿Resulta correcto y legítimo que un Código Penal se adhiera a un determinado sistema dogmático?; mejor dicho: ¿La ley penal puede tener "paternidad" en su interpretación y aplicación? En primer lugar, para detectar la dimensión del problema vamos a escoger una resolución judicial expedida por la Sexta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, en el Expediente 1281-97. En dicha resolución se precisa lo siguiente:

> Primero: que conforme al artículo quinto del Código de Procedimientos Penales, la Excepción de Naturaleza de Acción procede cuando el hecho "no constituye delito o no es justiciable penalmente", Segundo: que en el primer supuesto nos encontramos en el caso en el cual el hecho no resulta ser típico y dentro la teoría del delito, versión finalista, que es la del Código Penal vigente, sólo existe

95 SCHÜNEMANN, Bernd; "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", traducción de Manuel Cancio Meliá, en: *Revista Peruana de Ciencias penales*, N° 5, 1995, p. 270. Según éste autor (p. 270) el "... peligro de que la ciencia del Derecho penal pierda relevancia social se ve aún incrementado por la tendencia hacia la práctica de un juego de abalorios sin compromiso que existe en la discusión de las cuestiones fundamentales de la teoría de la pena desde hace más o menos dos décadas. El último verdadero gran impulso que partió de la discusión en la ciencia del Derecho penal sobre el sentido y la finalidad de la pena para la praxis de la Administración de Justicia, fue el impulso emanado en los años sesenta del Proyecto Alternativo y su marcada acentuación de la concepción de la resocialización".

LEGALES EDICIONES

> tipicidad cuando el hecho se ajusta al tipo, o sea, cuando corresponde a las características objetivas y subjetivas del modelo formulado por el legislador, por lo tanto la tipicidad no está limitada solamente a la descripción del hecho objetivo –manifestación de voluntad y resultado perceptible en el mundo exterior– sino también la dirección de la voluntad del autor como proceso psicológico necesario para la constitución del tipo del delito, esto es la parte subjetiva, que corresponde a los procesos síquicos y constitutivos del delito (dolo, culpa, elementos subjetivos del injusto o del tipo).

La relevancia de la resolución judicial radica en que se trata de un incidente de naturaleza de acción, que como medio de defensa técnica (según el art. 5 del Código de Procedimientos Penales) ataca principalmente la tipicidad penal de la conducta imputada, y como tal tiene que apreciarse qué tipo de tendencia dogmática se adhiere el operador jurídico para precisamente amparar dicho medio de defensa técnica. En tal sentido, sobre la base de la citada ejecutoria habíamos dicho en otra publicación[96], que la doctrina jurisprudencial admite que nuestro Código Penal –aquella que contiene el principal núcleo esencial de imputación penal en el Perú– se adhiere al sistema finalista del hecho punible o la teoría del injusto penal de la acción.

En efecto, sigo considerando que aquella apreciación constituye un grueso error conceptual, ya que una cosa son los métodos por los cuales el operador jurídico (principalmente jueces y fiscales) adopta un sistema dogmático para conseguir el alcance y sentido de una determinada ley, un intérprete o magistrado puede ser un causalista, finalista, o hasta un funcionalista y sobre esa formación interpreta y aplica la ley. Si el intérprete es un funcionalista radical es lógico concluir que la mayoría de sus construcciones conceptuales sobre las reglas generales del delito, por el método que utilizan, estén fuera de la cobertura legal de un Código Penal.

LEGALES EDICIONES

96 Así, REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; *El delito de omisión impropia*, Lima, 2002, p. 20.

La propuesta de Jakobs[97] sobre la construcción de un sistema de la responsabilidad penal en cuya base ya no se hallan las acciones y omisiones tal y como se encuentran descritas en los diferentes tipos penales, sino en el conjunto de posiciones de garante que derivan de la competencia por organización (*status* general) y de la competencia institucional (*status* especial). En consecuencia la exigencia derivada del principio de legalidad en la doctrina de Jakobs se torna cuestionable. Por el contrario, si es un positivista jurídico, las construcciones conceptuales partirán necesariamente de la ley positiva, y sólo ella será legítima para la aplicación práctica.

Una posición en contrario, significaría que un Código Penal que se gestó bajo la luz del modelo dogmático del causalismo –como puede ser el derogado Código Penal de 1924– hoy en día si siguiera vigente dicho Código resultaría anticuado y vetusto, pues los intérpretes y magistrados –en su mayoría– están con siguiendo una formación jurídico-penal post-finalista. No se trata que el objeto de interpretación –la ley– avance más rápido que el intérprete, sino que el objetivo central es que tanto la ley y

97 En su *Tratado* aparecido en 1983, Jakobs emprende la tarea de una general renormativización de los conceptos sistemáticos de la Parte General del Derecho penal. En realidad uno de los méritos de Jakobs consiste en adoptar el Derecho penal contemporáneo a la teoría de los sistemas de N. Luhmann, conmoviendo las propias bases del Derecho penal, es decir, la teoría de la pena y del delito a través de su teoría general de la imputación normativa. La fundamentación de la dogmática penal y del sistema en las teorías funcionalistas tienen como centro de atención el sistema social, subordinando a su buen funcionamiento cualquier valoración ética, política, individual o colectiva, en la que el individuo es un "subsistema físico-psíquico", mero centro de imputación o adscripción de responsabilidades. Al "subsistema penal" corresponde asegurar la "confianza institucional" de los ciudadanos" entendida dicha función como forma de integración social. Jakobs *absolutiza* el criterio funcional en el sentido que no solamente la misión de Derecho penal (prevención general) desde la perspectiva sociológica-funcionalista, sino el rechazo de toda limitación del mismo que proceda del ámbito ontológico. A partir de aquí se separa de su maestro –Welzel–, dado que la esencia y estructura de los conceptos de la dogmática tradicional carecen de significado si no se vinculan a los fines del Derecho penal. La reconstrucción del Derecho vigente empieza a partir de *dos planos valorativos independientes : de una desvalorización objetiva especialmente intensa (específicamente penal) del hecho; y de la responsabilidad individual del autor por dicho hecho*. Así, SCHÜNEMANN, "Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal", *cit.*, p. 71.



LEGALES EDICIONES

quién lo va a interpretar vayan juntos, pues lo que se quiere es que ambos resuelvan –de la manera más racional posible– los casos concretos y –los conflictos sociales–. Evidentemente que cuando esa cierta dosis de neutralidad ya no tenga capacidad de resistencia o tolerancia en cuanto a las tendencias de interpretación jurídica moderna la única solución posible que cabría sería la modificación o derogación de la ley.

Una cosa muy distinta es el objeto sobre el cual recae dicha interpretación jurídica, que viene hacer la ley. Es decir, una ley o un conjunto sistemático de leyes –si quiere perdurar mínimamente en el tiempo– tiene que mostrar una *cierta dosis de neutralidad* para que en su seno pueda albergar a un conjunto de interpretaciones jurídicas que están en boga. De mismo parecer es Pérez Alonso cuando sostiene que desde "...el punto de vista metodológico y teórico debe aceptarse, en principio, cualquier concepto de autor, siempre y cuando lo admita el último sentido posible de la ley. Así, por ejemplo, teóricamente nuestro Código Penal admitiría, incluso, un concepto unitario (funcional) de autor, por no ser incompatible con el texto de la ley, aunque debe rechazarse por razones de otra índole"[98].

En síntesis: la doctrina jurisprudencial admite que el Código Penal del Perú se adhiere a un sistema finalista, la cual consideramos que es error técnico, ya que una cosa son los métodos por los cuales el operador jurídico adopta para conseguir el alcance o sentido de una determinada ley (el intérprete puede ser un causalista o un finalista) y otra muy distinta, es el objeto sobre el cual recae dicha interpretación, que viene hacer ley positiva. En consecuencia, no puede decirse que un determinado sistema positivo toma posición, por tal o cual postura de construcción o modelo dogmático, si precisamente ésta última avanza más rápido que la congelada ley positiva. Un ejemplo de ello, también, es la coexistencia en Alemania, con un mismo Derecho positivo (el previo a la reforma que entró en vigor en 1975), del causalismo y el finalismo, "...o más cerca, –dice Silva Sánchez– la co-

98 PÉREZ ALONSO, Esteban Juan; *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Granada, 1998, p. 144.

existencia en España, con el vigente Código Penal, de doctrinas que sostienen la sistemática causalista, de otras que se adhieren de modo más o menos ortodoxo a las tesis finalistas y, en fin, de obras impregnadas en mayor o menor medida de consideraciones teleológicas-funcionalistas"[99].

## VII. LA "NUEVA" Y "DISTINTA" DOGMÁTICA DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

Como cuestión previa podemos decir que así como existe una dogmática jurídico-penal de la Parte General y de la Parte Especial del Derecho penal material, y en ésta última materia quizá la Responsabilidad penal de los Funcionarios y Servidores Públicos es donde actualmente en el Perú en todos los Distritos Judiciales está a flor de piel por los aspectos "mediáticos" que suscita la intervención de una persona que le paga su sueldo mensual el Estado y comete un delito de corrupción por ejemplo. La pregunta en este tema sería ¿qué diferencia habría entre un delito que comete un Funcionario Público (de corrupción) y un delito que comete un empresario en ejercicio de sus funciones? En nuestro entender no habría ninguna diferencia desde ambos ilícitos lesionan –con algunas particularidades– un bien jurídico penal, resulta exactamente lo mismo desde el punto de vista del impacto jurídico-social que un funcionario público reciba una "coima", y que un empresario "omita" las medidas de prevención y cause un delito de contaminación ambiental por más mínima que ésta sea.

Si podemos encontrar alguna "causa" u "origen" de la lamentable e injusta diferencia entre un delito corrupción de funcionarios y un delito económico de empresarios creemos que la podemos encontrar en aspectos netamente "extra-penales". Es decir, en nuestro país para nadie es novedad que el sistema penal está fuertemente influenciado por consideraciones "políticas" y hace que se ponga especial énfasis en la Dogmática penal de los Funcionarios Públicos por la coyuntura que se vivió y actualmente

99 SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 119.



LEGALES EDICIONES

se vive por la entrada en vigencia inmediata (en el año 2011) del Código Procesal Penal del 2004 para Delitos de cometidos por Funcionarios Públicos, y por el contrario, la Dogmática penal de los Empresarios está más bien "rezagada" por los estudiosos penalistas máxime si en el año 2008 han sido injustamente expurgados del Código Penal peruano una buena cantidad de delitos económicos (por la entrada del T.L.C. con los Estados Unidos de Norteamérica), y lamentablemente el Derecho penal económico de contexto peruano, al menos en su dogmática –compuesto por el método y sistema– ahora forma parte del Derecho administrativo sancionador, especialmente del INDECOPI. En otras palabras, y haciendo una crítica en esta temática: qué verdadera dogmática jurídica se puede hacer desde el Derecho penal si ya no forma de parte de la estructura típica, o al menos ya no sería permanente y serio su estudio desde el Derecho penal material, sino más bien del estudio "dogmático" del Derecho administrativo, del Derecho privado.

Así como existen puntos excluyentes entre un delito de corrupción y un delito económico, también existen puntos relevantes entre ambos, así si bien en la materia de los Delitos contra los Funcionarios y Servidores Públicos el tema decisivo y excluyente sean que éstos delitos son considerados delitos especiales o llamados también delitos de infracción del deber según la concepción alemana de Roxin o de Jakobs; así también existe puntos relevantes en la dogmática penal de los menores de edad cual es el tema excluyente de la inimputabilidad. En ese mismo sentido existe una dogmática jurídico-penal en el ámbito económico, o mejor dicho de la empresa, la pregunta que debemos hacernos sería la siguiente: ¿cuál sería o mejor dicho cuáles serían los puntos relevantes del Derecho penal económico?

En ese sentido, la dogmática penal en el ámbito socio-económico tiene sus particularidades que vale la pena mencionarlas: en primer lugar, no se trata bienes jurídicos personales sino se trata de bienes jurídicos colectivo-institucionales y no se trata de técnica de tipificación de los delitos de lesión material, sino más bien se trata de la técnica de peligro concreto y abstracto, asimismo la dogmática económica presenta la problemática de la

LEGALES EDICIONES

responsabilidad penal de las personas jurídicas y de los órganos de representación de las personas jurídicas (actuación en nombre y representación de una persona jurídica); la aplicación de la imputación objetiva del resultado no sólo se aplica en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, sino que ahora el verdadero "reto" de la imputación objetiva es que se pueda aplicar en estructuras riesgosas, en estructuras empresariales, y sobre todo en bienes jurídicos colectivos, todas características del derecho penal económico; y un tema que impone no sólo el Derecho penal de los Funcionarios y Servidores Públicos, sino también del Derecho penal del empresario la aplicación del Derecho administrativo sancionador y la doble sanción que acarrea, con los problemas de la prohibición de la doble persecución y sanción; y un tema colateral con lo anterior, es el tema de la accesoriedad administrativa del Derecho penal económico, es decir, en el Derecho penal económico la regulación y las prohibiciones no sólo son Derecho penal sino fundamentalmente del Derecho administrativo.

En definitiva, para la verdadera aplicación del Derecho penal económico en nuestro país se requiere una enorme especialidad no sólo en el ámbito de la academia sino también en el ámbito de quienes tienen la misión de perseguir (Ministerio Público y su órgano de apoyo como es la Policía Nacional) y aplicar (Poder Judicial) la sanción por un delito económico. Se trata, en definitiva, de una "nueva" y "distinta" dogmática jurídico-penal en relación a la "antigua" y "clásica" dogmática jurídico-penal del Siglo XVIII.

## VIII. RECAPITULACIÓN

En esta parte final de nuestra exposición podemos hacernos la siguiente pregunta: ¿Existe una muerte del Legislador penal a través de la dogmática jurídico-penal? Debemos responder en sentido afirmativo, pero con una precisión que vale la pena mencionar: la mencionada "muerte" del legislador se hace más evidente en la Parte General, ya que aquí –como en ninguna rama del derecho penal material– el libre juego de las herramientas del sistema dogmático está en su máxima expresión. Esto es, al

LEGALES EDICIONES

no existir demasiadas normas positivizadas en la Parte General –a mi juicio está bien que sea así, pues proclamo un *estándar mínimo* de normas en este sector– se le faculta legítimamente al operador jurídico a interpretar y aplicar, de acuerdo a su formación jurídico-penal, las normas de la Parte General.

En tal sentido y resumiendo nuestro pensamiento, existe una "muerte silenciosa", pero que es constante de la ley en una parcela importante del ordenamiento jurídico-penal –la Parte General–, lo que no quiere decir que este del todo mal, que habría que cambiarlo por ser sumamente peligroso para las garantías del ciudadano. Por el contrario, la existencia de este fenómeno expansivo de caer en lo *interpretativo-especulativo antes que en lo regulativo-legalista*, obedece, a mi juicio, a un avance dialéctico inusitado de la ciencia del derecho penal, en la cual el juzgador tendrá mayores elementos de juicio a la hora de resolver un conflicto social. En otras palabras, no es que renunciamos completamente a las bondades que ofrece la ley positiva en el campo de la Parte General, *sino que desde el punto de vista de la funcionalibilidad del sistema penal la labor jurídico-dogmática debe cumplir mayor protagonismo y relevancia que las exigencias de una regulación legal.* Es más, la labor dogmática presupone muchas veces la existencia de una ley.

La solución, en consecuencia, estará en que la dogmática tiene que trazarse una meta: consolidar determinadas instituciones jurídicas claves para definir una imputación penal: mientras no se defina por ejemplo las posiciones de garantía –si es formal, material o mixta– en la omisión impropia o comisión por omisión; mientras no se defina por ejemplo qué sistema ha de seguirse en la imputación objetiva, si es sólo criterios de asignación que tiene que ver con la tipicidad objetiva de la conducta o si es un verdadero sistema de imputación penal, en otras palabras, si se sigue la postura teórica de Claus Roxin o la postura teórica de Günther Jakobs; en general mientras las definiciones y la toma de postura no ocurra de una manera seria y concisa –y esto tiene necesariamente que ser reflejado en sede jurisprudencial–, las decisiones de carácter especulativo-interpretativo que reina en la Parte General del Derecho penal material ter-

LEGALES EDICIONES

minarán en decisiones arbitrarias, y terminaremos en una lamentable conclusión que será definitiva: el antídoto frente a la arbitrariedad y la inseguridad que era precisamente el sostener un *estándar mínimo* de regulación en la Parte General se tornará finalmente en un mortal veneno a la seguridad y estabilidad jurídica.

En mi opinión, la dogmática penal y por supuesto la jurisprudencia penal peruana debe apuntar hacia los nuevos retos y/o desafíos que plantea las Sociedades modernas, movidos por el crecimiento económico de los países, a través de los agentes económicos más importantes que mueven a las actuales Sociedades, cuales son por ejemplo las personas jurídicas, lo entes colectivos, en el cual el Derecho penal debe estar a la altura de la circunstancias; y la única, por ahora, solución que encontramos es que el buen penalista desde distintos ángulos de su posición profesional –como Juez, como Fiscal, como Abogado defensor– debe abocarse a por lo menos internalizar aquellas corrientes funcionalistas-sistémicas del Derecho penal –Parte General, teoría de la pena, el concepto de persona, sistema de intervención delictiva, imputación subjetiva, y su interpretación en la Parte Especial, a través de los tipos penales–, y que la solución de los distintos casos penales que nuestros Tribunales judiciales conocen, se vea reflejada en una jurisprudencia consolidada en la cual haya asumido una posición dogmática del hecho punible, y creo que para "estar a la moda", debemos de adherirnos a la postura funcionalista-sistémica de la dogmática penal.

De nada serviría que una jurisprudencia penal de un país esté consolidada externamente, es decir, que señale expresa o tácitamente que se adhiera a tal o cual postura dogmática penal; si es que los Magistrados judiciales no realizan su labor de manera adecuada, en el sentido que expedir resoluciones judiciales adecuadamente motivadas. En ese sentido, lo que se busca es que los Magistrados –judiciales o Fiscales– *apunten al manejo de la argumentación jurídica, como la única y excluyente herramienta de comunicación entre lo que señala la dogmática penal y lo que aspira una Sociedad moderna.*

LEGALES EDICIONES

Por ello, se exige, por ejemplo, que una Ejecutoria judicial Superior o Suprema tenga algunos ribetes de legitimidad por partida doble: por un lado, desde las exigencias dogmáticas penales –acogiéndose dentro de su argumentación a una determinada postura dogmática del delito–; y por otro lado, desde exigencias sociológicas –buscando que la decisión que se adopte sea total o relativamente justa en la Sociedad–. Esto último, al menos Magistrados ultra-académicos, es lo que ha estado alejado en casi todas las decisiones judiciales que se han tomado, pero lo que se estima es que la tendencia aminore y se haga una ponderación entre la realidad social donde se aplicará la norma penal y una adecuada argumentación jurídica que debe poseer toda resolución judicial.

LEGALES EDICIONES

CAPÍTULO 4

# NEO CONSTITUCIONALISMO Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO PENAL

## I. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y LA CONSTITUCIÓN

El Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el *ius puniendi*, monopolio del Estado, y que, por tal razón, por antonomasia, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. De ahí que, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental.

Como correctamente apunta Carbonell Mateu, "por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte la interpretación que se realice de la Norma Fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal

LEGALES EDICIONES

desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional."[1]

En ese sentido, 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 de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena.

Desde ya hace algún tiempo atrás, los penalistas han venido remarcado la influencia que la Constitución ha ejercido sobre el Derecho penal[2], no resulta raro que se hable, como lo hace Arroyo Zapatero, de un "Programa Penal de la Constitución"[3], De La Cuesta Aguado, de una "Constitución en negativo"[4] o, como se afirma en Francia, que los principios penales configuren un "Derecho Constitucional penal"[5].

Tal ascendencia resulta evidente en la medida que la carta fundamental contiene principios de carácter general y que re-

1 CARBONELL MATEU; *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 37.

2 Ello, como Fernández Segado anota, debido a que la Constitución contiene el modelo de formación y manifestación del Estado; así, en: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco; *Aproximación a la Ciencia del Derecho Constitucional (su concepto, bidimensionalidad, vertiente valorativa, contenido y método)*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1995, p. 210.

3 De ésta manera denomina Arroyo Zapatero al conjunto de postulados político criminales derivados de la Constitución. Con mayor detalle en: ARROYO ZAPATERO, Luis; "Fundamento y Función del Sistema Penal: El Programa Penal de la Constitución", en: *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, N° 1, p. 101.

4 Evidentemente influenciada por la exposición de motivos del Código Penal español de 1995, que lo califica como "Constitución negativa"; al respecto: DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes; *Causalidad de los Delitos contra el Medio Ambiente*, p. 55, segunda edición, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz - Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

5 BARBERO SANTOS, Marino; "Estado Constitucional de Derecho y Sistema Penal", en: *Actualidad Penal.* Revista Semanal Técnico - Jurídica de Derecho Penal, año XXIX, N° 29, Julio, 2000.

LEGALES EDICIONES

sultan además vinculantes, tanto para el legislador como para los tribunales, en la conformación del ordenamiento jurídico[6], lo que ha sido bien remarcado por Franco Bricola al señalar que la relación entre las leyes penales y las normas constitucionales es un capítulo fundamental de la Ciencia del Derecho penal en las que resulta indispensable profundizar[7].

Las directrices constitucionales han marcado su influencia, tanto en los procesos de criminalización primaria, es decir, en la formación de la ley penal, como en los de criminalización secundaria, destinados a la aplicación de la misma.

En cuanto al ámbito de los procesos de criminalización primaria, resulta por demás evidente que el marco constitucional se ha constituido en uno de los bastiones más sólidos sobre el cual se ha elaborado parte importante de la doctrina del Derecho penal que se ha abocado a la determinación del contenido material del bien jurídico, nos referimos específicamente a aquel sector doctrinal que adopta una postura de índole constitucional (estricto o extenso) sobre dicha categoría[8], que se erige así como límite fundamental de la intervención punitiva del Estado[9].

---

6 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ ARROYO ZAPATERO, Luis/ GARCÍA RIVAS, Nicolás/ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos & SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Edit. Praxis, Barcelona, 1996; igualmente: SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; *Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal*, p. 87, Gráfica Horizonte, Lima, 1999.

7 Citado por: REBOLLO VARGAS, Rafael; "Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el T. XIX, L. II, del Código Penal Español (Delitos contra la Administración Pública)", en: NIETO MARTÍN, Adán (Coord.); *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, volumen II, p. 553, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/ Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

8 En la doctrina española: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; *Honor y Libertad de Expresión. Las Causas de Justificación en los Delitos contra el Honor*, p. 15-16, Edit. Tecnos, 1987; ÍDEM; "El contenido del tipo del injusto" y "reflexiones sobre la problemática del bien jurídico", ambos en: *Temas de Derecho Penal*, p. 5 ss. y 54-55, respectivamente, Cultural Cuzco, Lima, 1993; GARCÍA RIVAS, Nicolás; *El Poder Punitivo en el Estado Democrático*, pp. 46 y ss., Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996; ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; "Bien Jurídico y Constitución", en: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 43, p. 20, Edersa, Madrid, 1991; GONZÁLEZ RUS, Juan José; *Bien Jurídico y Constitución (Bases para una Teoría)*, p. 23, Fundación Juan March, Serie Universitaria 201, Madrid, 1983; ESCRIVA GREGORI, José; "Algunas Consideraciones sobre Derecho Penal y Constitución", en: *Papers*, N° 13, pp. 141 y ss., 1980; en la doctrina peruana,

LEGALES EDICIONES

No obstante, si bien la Carta Fundamental constituye un marco referencial obligado para el legislador penal, ello no significa que sólo los intereses resguardados en dicha sede resulten susceptibles de tutela penal, el bien jurídico penal debe ser proveído de un contenido material más preciso y que subraye su carácter garantista. En éste sentido resulta preferible optar por una propuesta de índole sociológico-interaccionista, de mayor eficacia político criminal y a todas luces más seguro[10]. De allí que la Constitución, a nuestro entender, establezca sólo lineamientos genéricos, coordenadas, dentro de cuyos límites debe actuar el legislador, no tratándose pues de una fuente única y exclusiva de bienes jurídicos[11].

En lo referente a los procesos de criminalización secundaria, resulta evidente que éstos se concretizan a través del proceso

---

sólo: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Derecho Penal Económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, p. 71, Idemsa, Lima, 1997; ÍDEM; *El Derecho de la Libre Competencia*, p. 25, Edit. San Marcos, Lima, 1997; FIGUEROA NAVARRO, Aldo; "El ambiente como bien jurídico en la Constitución de 1993", en: *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 1995.

9 En virtud al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, derivado del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho que en sede constitucional adoptan España y Perú.

10 Sobre la concepción que adoptamos: REYNA ALFARO, Luis Miguel; *Los Delitos Informáticos. Aspectos Criminológicos, Dogmáticos y de Política Criminal*, p. 225-226, primera edición, El Jurista, Lima, 2002; ÍDEM; "Reflexiones sobre el contenido material del bien jurídico penal y la protección de bienes jurídicos colectivos", en: *Revista Jurídica del Perú*, año LI, N° 18, pp. 187 y ss., Edit. Normas Legales, Trujillo, 2001; ÍDEM; "Sobre el contenido material del bien –jurídico penal", en: *Revista da Associaçao Mineira de Estudos da Justiça Criminal– Estudos Jurídicos Homenagen ao promotor Cléber José Rodrigues*, N° 1, año 1, p. 14 y ss., Minas Gerais, 2000; MIR PUIG, Santiago; *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, pp. 162 y ss., Edit. Ariel, Barcelona, 1994; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; "Directrices Político Criminales del Anteproyecto de Código Penal", en: MIR PUIG, Santiago (ed.); *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, pp. 321 y ss., Edit. Temis, Bogotá, 1982; BUSTOS RAMÍREZ, Juan & VALENZUELA BEJAS, Manuel; *Derecho penal latinoamericano comparado*, tomo I, p. 130-131, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981; CARO CORIA, Dino Carlos; *Derecho Penal del Ambiente. Delitos y Técnicas de Tipificación*, pp. 41 y ss., Edit. Gráfica Horizonte, Lima, 1999; ÍDEM; "Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs", en: *Themis. Revista de Derecho*, N° 35, p. 161, Lima, 1997.

11 HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 37-41, segunda edición, Eddili, Lima, 1987; MAZUELOS COELLO, Julio; "El bien jurídico penal", en: el ÍDEM; *Control Social y Dogmática Penal*, p. 72, Edit. San Marcos, Lima, 1995.

LEGALES EDICIONES

penal, en cuyo aspecto –siguiendo a Gómez Colomer[12]– la influencia viene dada en tres aspectos: en cuanto se refiere a los derechos fundamentales de carácter procesal penal, a los principios básicos reguladores del proceso penal y a las normas que, al regular un proceso constitucional, permiten recurrir al órgano de control de la constitucionalidad (Tribunal Constitucional[13]) por infracción de los derechos constitucionales[14].

El constitucionalismo moderno global exige de los Estados, que sus modelos políticos y jurídicos sean consecuentes con el estándar de los Estados Democráticos y Constitucionales de Derecho[15], donde el filtro de legitimidad de la actuación de aquellos está constituido por el respeto a los derechos fundamentales y la observancia de las garantías de la administración de justicia, normados en los instrumentos internacionales, que legitiman a las víctimas, la posibilidad efectiva de recurrir ante la jurisdicción internacional a fin de obtener tutela y reparación frente a actos amenazadores y lesivos.

---

12 GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; "La Constitucionalización del Proceso Penal Español", en: ÍDEM; *El Proceso Penal en el Estado de Derecho. Diez estudios doctrinales*, p. 18, Edit. Palestra, Lima, 1999.

13 Sobre los procesos constitucionales en el Perú: DÍAZ ZEGARRA, Walter; *Los Procesos Constitucionales*, Edit. Palestra, Lima, 1999.

14 Véase: SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal*, Vol. I, pp. 49 y ss., Edit. Grijley, Lima, 1999.

15 Véase, este sentido: LANDA ARROYO, César; "Bases constitucionales del Nuevo Código procesal penal peruano", en: *Revista Institucional*, Nro. 7, Academia de la Magistratura, Lima, 2006, p. 143, que ha dicho lo siguiente: "... la mayoría de los jueces todavía no han logrado superar su visión positivista del Derecho en general, con lo cual, todavía rezan el credo de que «el juez debe limitarse a la aplicación de la ley». De ahí que todavía persista, en nuestra cultura judicial, y en detrimento del principio de fuerza normativa de la Constitución, la renuencia a aceptar y aplicar los principios y disposiciones constitucionales, los cuales no son aplicables sólo a un determinado ámbito del ordenamiento jurídico, sino que son de alcance general. Se ha olvidado, por tanto, que en todo Estado constitucional democrático, la potestad de administrar justicia debe estar enmarcada dentro de los cauces constitucionales; es decir, en observancia de los principios, valores y derechos fundamentales que la Constitución consagra y reconoce. Esto es así porque la Constitución, a partir del principio de supremacía constitucional, sienta las bases constitucionales sobre las cuales se edifican las diversas instituciones del Estado; a su vez, dicho principio exige que todas las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico deben ser acordes con lo que la Constitución señala".

LEGALES EDICIONES

La relación existente entre el Derecho Penal y el Derecho Constitucional es hoy cada vez más evidente y constante[16], sobre

16 En este sentido, véanse: DURÁN MIGLIARDI, Mario; "Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la constitución en el sistema penal", en: *Gaceta penal & procesal penal*, Tomo 26, Agosto, 20011, p. 65, en la cual nos habla de un Derecho penal constitucional "...que estaría dado, primero, por los principios generales consagrados por la Constitución y que tienen gran relevancia para el sistema penal, esto es, los valores superiores de libertad, igualdad, pluralismo y justicia". BARBERO SANTOS, Marino; *"Estado Constitucional de Derecho y Sistema Penal"*, en: *Actualidad Penal*, Revista Semanal Técnico-Jurídica de Derecho Penal, año XXIX, N° 29, Julio, 2000, que habla de principios penales configuren un "Derecho Constitucional penal"; por su parte DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes; *Causalidad de los Delitos contra el Medio Ambiente*, segunda edición, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz - Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 55, nos dice que los principios penales configuren un "Derecho Constitucional penal". Señalan JESCHECK, Hans & WEIGEND, Thomas; *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 5ª edición, Trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 03, lo siguiente: "Así como la Constitución quiere garantizar *la libertad de acción de las personas*, el Derecho penal únicamente puede disponer *limitaciones cuando ello sea inevitable para la protección de la sociedad* (...). El Derecho penal debe crear, mediante el rechazo de la violencia y la arbitrariedad, un espacio de juego dentro del cual el ciudadano pueda decidir libremente y adoptar sus resoluciones según su discrecionalidad. Por ello el Derecho penal no sólo limita, sino que también crea libertad". Asimismo: ARROYO ZAPATERO, Luis; "Fundamento y Función del Sistema Penal: El Programa Penal de la Constitución", en: *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, N° 1, p. 101, nos habla de un "Programa Penal de la Constitución". FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco; *Aproximación a la Ciencia del Derecho Constitucional (su concepto, bidimensionalidad, vertiente valorativa, contenido y método)*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1995, p. 210, señala que la Constitución ha ejercido una influencia sobre el Derecho penal. Por su parte, Franco BRICOLA señala que la relación entre las leyes penales y las normas constitucionales es un capítulo fundamental de la Ciencia del Derecho penal en las que resulta indispensable profundizar (Citado por: REBOLLO VARGAS, Rafael; "Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el T. XIX, L. II, del Código Penal Español (Delitos contra la Administración Pública)", en: NIETO MARTÍN, Adán (Coord.); *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, volumen II, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha/ Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 553. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo; *El injusto penal y su prevención ante el Nuevo Código Penal de 1995*, Madrid: Colex, 1997, p. 27-28. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Buenos Aires, 1998, p. 183. URQUIZO OLAECHEA, José; "Constitución y culpabilidad penal", en: *Revista Institucional* Nro. 7, Academia de la Magistratura, Lima, 2006, p. 155. REYNA ALFARO, Luis Miguel; *Derecho Procesal Penal Aplicado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pp. 18-19.

La influencia directa de la Constitucionalización del Derecho penal se ha hecho evidente, por ejemplo, en la Exposición de Motivos del vigente Código Penal peruano de 1991, que señala lo siguiente: *"Es dable reconocer que el Código Penal cuya vigencia cesa, constituyó en su época un paso trascendental en relación a las ciencias penales que le antece-*

LEGALES EDICIONES

todo con el proceso de socialización de la Constitución (ideal seguido por nuestra Carta Política de 1993) el mismo que nos lleva a afirmar la necesidad de poner límites al poder coercitivo del Estado. El permanente vínculo entre el Derecho Penal y el Derecho Constitucional, pretendemos dar una idea marco acerca de la incidencia que la *teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales* ocasiona en el Derecho Penal[17] [18]. Basta con

---

*dieron. Sin embargo el paso irreversible del tiempo, con los nuevos avances doctrinales y la explosiva realidad social del país estremecieron su estructura funcional. El fenómeno criminal con los índices alarmantes y las nuevas modalidades violentas de la desviación social presionaban por mejores propuestas de reacción punitiva. Hasta hace poco la tendencia era la de hacer una reforma parcial del Código Penal; pero desde 1979, con la promulgación de la Constitución Política del Estado, se entendió que había llegado el momento de afrontar la reforma total del ordenamiento jurídico punitivo. Esta empresa debería abocarse no solamente a adaptar el Código Penal al sistema político dibujado por la Constitución sino, también a las nuevas realidades de nuestra sociedad y a los avances que presenta en esta hora la política criminal, la dogmática penal, la criminología y la ciencia penitenciaria.*

*El Código Penal persigue concretar los postulados de la moderna política criminal, sentando la premisa que el Derecho Penal es la garantía para la viabilidad posible en un ordenamiento social y democrático de derecho. El Código Penal en su Título Preliminar enarbola un conjunto de principios garantistas como son: finalidad preventiva y protectora de la persona humana de la ley penal (Artículo I); legalidad, según el cual la actividad punitiva del Estado debe tener apoyo pleno, claro y completo en la ley (Artículo II); prohibición de la aplicación analógica de la ley penal (Artículo III); principio de la lesividad o puesta en peligro de bienes jurídicos para la aplicación de las penas (Artículo IV); garantía jurisdiccional, las sentencias no pueden ser dictadas más que por Juez competente (Artículo V); garantía de ejecución, exige que la pena se cumpla en el modo previsto por la ley (Artículo VI); responsabilidad penal como fundamento de la aplicación de la pena (Artículo VII); proporcionalidad de la pena a la responsabilidad por el hecho y de la medida de seguridad a intereses públicos predominantes (Artículo VIII); función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora de la pena, y los fines de curación, tutela y rehabilitación de las medidas de seguridad (Artículo IX); aplicación de las normas generales del Código Penal a las leyes especiales (Artículo X)".*

17 Modernamente, para dar solución a las situaciones de conflicto de derechos, se ha postulado la teoría del contenido esencial. A fin de cercenar el margen de discrecionalidad judicial que permite la técnica de ponderación de bienes, la idea actual consiste básicamente en sustituir el debate sobre los límites por una definición precisa de los contenidos constitucionalmente protegidos; en lugar de decir, por ejemplo, que una decisión judicial limita al honor en nombre de la libertad de información, se viene a decir que tales interferencias en las conductas de los ciudadanos (en este caso, la libertad de información) son en realidad "ajenas" al contenido del derecho tutelado (en el ejemplo, el honor); sencillamente porque ésta, en su tipificación constitucional, ya hizo a la libertad de información un límite intrínseco, una frontera definitoria de su propio ser constitucional.

LEGALES EDICIONES

mencionar que nuestro Tribunal Constitucional ya se pronunció sobre este tema de la siguiente manera: "... *este Tribunal ha de*

---

Cuando la tesis del contenido esencial nos obliga, en situaciones de conflicto de derechos, a analizar al derecho limitado y no al limitador, para efectos penales debemos de entender que el juicio que hará el juzgador no se circunscribirá en el campo de la antijuridicidad (no se buscará comprobar si existe o no una causa que justifique la conducta), sino se analizará si se ha afectado la esencia del derecho limitado, es decir, todo análisis se circunscribirá en el campo de la tipicidad a fin de establecer si éste bien jurídico ha sido puesto en peligro.

La interpretación que daremos sobre los derechos limitadores no podrá ser independiente o ajena de lo que entendemos como esencia del derecho limitado. En nuestro ejemplo, el análisis de la existencia de la causa de justificación (ejercicio legítimo del derecho a la libertad de información) se hará, no en la antijuridicidad, sino dentro de la misma tipicidad (en el llamado tipo negativo).

En este orden de ideas, podemos afirmar que si siguiéramos la tesis del contenido esencial de los derechos fundamentales para dar solución a las situaciones de conflicto de derechos entonces, de manera implícita, estaremos entendiendo al delito como una conducta típicamente antijurídica (teoría de los elementos negativos del tipo), en donde las causas de justificación no eliminan la antijuridicidad de la conducta, sino la tipicidad; dentro del campo subjetivo volveríamos al llamado *dolus malus*, pues para que se configure el delito se exigirá comprobar que el sujeto conocía no sólo cada uno de los elementos del tipo positivo u objetivo sino también del tipo negativo o de los presupuestos de la causa de justificación.

18 En este punto, debemos de tener en cuenta el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 sobre Tutela de Derechos, que en el considerando "6º sostiene que: "*Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran incluidos en la Constitución Política como norma constitutiva y organizativa del Estado que son considerados como esenciales en el sistema político y que están especialmente vinculados a la dignidad humana. Es decir, son aquellos derechos que dentro del Ordenamiento Jurídico disfrutan de un estatus especial en cuanto a garantías –de tutela y reforma–.* ***Es así que el reconocimiento y la preocupación por la plena vigencia de estos derechos son acontecimientos que cuentan con una relevancia trascendental, pues los mandatos de la Constitución adquieren una gran influencia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico –artículo 138, segundo párrafo– sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados el derecho de punir que corresponde al Juez*** *–artículos 138.10 de la Constitución– artículo 139.14 –[SAN MARTÍN CASTRO, César; (2003) Derecho Procesal Penal, 2da. Ed. Lima, Grijley E.I.R.L., p. 79] 7º De lo expresado en el fundamento jurídico precedente se desprende que la Constitución, especialmente en su artículo 139, ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales del que se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos. En este orden, es que la Constitución ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y el régimen de actuación de las partes".*

LEGALES EDICIONES

*señalar que cuando una norma con fuerza de ley dispone la limitación o restricción del ejercicio de un derecho fundamental, tal circunstancia no puede entenderse en el sentido que el Juez de los derechos fundamentales no pueda o se encuentre imposibilitado de evaluar su validez constitucional, pues en tales casos éste tiene la obligación de analizar si tal limitación afecta o no el contenido esencial del derecho, esto es, el núcleo mínimo irreductible de todo derecho subjetivo, indisponible para el legislador, y cuya afectación significaría que el derecho pierda su esencia*" (Expediente 1076-2003-HC/TC del 09 de junio de 2003).

Asimismo, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado en la Sentencia recaída en el EXP. N° 7451-2005-PHC/TC. CONO NORTE DE LIMA. FRANKLIN MACEDONIO ALCÁNTARA MUÑOZ que: "*En último término las bases del Derecho penal y de todas las demás ramas del Derecho en general, no se han de encontrar, necesariamente en los códigos o en las leyes, sino en la Constitución Política del Estado a través de sus principios, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional democrático*". Del mismo modo que en la Sentencia recaída en el PLENO JURISDICCIONAL 0012-2006- PI/TC ha señalado: "*En el Estado Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal, vienen redimensionados por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales. Tanto el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal, sólo pueden ser entendidos hoy en el marco de la Constitución*".

En este contexto, adquiere mucha importancia el principio de interpretación de conformidad con la Constitución[19], que exige que los contenidos que se le puedan atribuir a las normas legales no estén en contradicción con el espíritu de la Ley Fundamental, sus valores o con el sentido de sus prescripciones específicas; pero, no sólo eso, sino que, además, dicho espíritu, valores y sentidos específicos deberán cumplir el papel de fundamento y guía de la labor hermenéutica.

19 En este sentido, por todos: LARENZ, Karl; *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, traducción de la cuarta edición alemana, 1979, p. 338.



LEGALES EDICIONES

Por otro lado, Donini ha señalado que es común la idea de que en la Constitución[20] no existe sólo una serie de "prohibiciones" o de límites para el Legislador penal o para el Juez penal (prohibición de normas en blanco, de leyes indeterminadas, de la analogía *in malam partem*, de delitos sin contenido sustancial o bagatela, de responsabilidad por el hecho ajeno o sin culpabilidad, de penas inhumanas o desocializadoras, etc.).[21] Según Donini debe existir una postura diferente y más moderna, que entienda que el Código Penal debe ser visto como una "Constitución en negativo", o como "un negativo constitucional". Esto quiere decir que éste realiza de modo tal la Carta Constitucional y los principios superiores a la ley ordinaria, que no representa entonces un simple "límite". Sin embargo, en esta clase de Constitución *in action*, los valores constitucionales son actuados, antes que por las sanciones negativas del Derecho Penal, "por todo el ordenamiento en general", dado que la ley penal se ubica en el *vértice de una pirámide* en cuya base están la Constitución, las leyes internacionales y, realizadas en el Derecho civil, comercial, laboral, etc., y después en el Derecho Público, tributario, administrativo, etc., con una construcción de los ilícitos penales sólo al final del proceso de selección jurídica. Por lo tanto, el Derecho penal tiene debajo de sí un completo *icebert* normativo, en cuya punta superior se encuentra situado.[22]

---

20 Además debemos de entender que el valor de los "principios" que se imponen sobre las "reglas" ordinarias ya no se refiere, ahora, solo a la Constitución, sino también a los otros principios superiores a la Ley ordinaria que se encuentran en las fuentes internacionales (Tratados sobre Derechos Humanos, principios consolidados de las jurisdicciones internacionales: Corte de Justicia Interamericana, etc.).

21 DONINI, Massimo; "Principios Constitucionales y Sistema Penal. Modelo y Programa", en *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho*, Libro homenaje a Santiago Mir Puig, edit. La Ley, Madrid, 2010, p. 91.

22 DONINI, "Principios Constitucionales y Sistema Penal. Modelo y Programa", *cit.*, p. 93. Este mismo autor señala que "... sucede a menudo que los manuales o los comentarios al Código, incluso algunos inspirados en un modelo "fuerte", aun cuando fundan verdaderamente el sistema penal sobre un anclaje en la Constitución, en el momento de discutir sobre la "teoría del delito" (esto es, de los problemas más generales y dogmáticos de sus connotaciones) permanecen sin embargo atraídos por absorbentes y prevalentes posturas "preconstitucionales", como aquellas que son típicas de las categorías sistemáticas de la literatura alemana del siglo XX, o de la tradición analítica milenaria de las "categorías"

LEGALES EDICIONES

La influencia del Derecho Constitucional no sólo es al Derecho penal, sino también, y con mayor fuerza, en el Derecho procesal penal. Como es sabido el Derecho procesal penal estudia, esencialmente, el proceso penal y, como tal, se relaciona con el Derecho Constitucional ya que la imposición de una sanción penal por la comisión de una infracción requiere del proceso penal y éste sólo puede desarrollarse en la medida en que el Estado haga valer una pretensión punitiva, cumpliendo las reglas del debido proceso. Es por ello que la Constitución –como norma suprema– ha incorporado en sí las bases o reglas a seguir para llevar a cabo dicho proceso, de acuerdo a ley y respetando los derechos de las partes sometidas por el proceso[23].

Así, como el derecho procesal civil, administrativo, constitucional entre otros, poseen principios que regirán el proceso, existen también principios que regularan el proceso penal, que no será encargado sólo de amparar los derechos del imputado, sino que también de la parte civil, considerando que existen normas de carácter constitucional que amparan a ambas partes, y que exigen el cumplimiento de los principios establecidos no sólo dentro de una etapa del proceso, sino, que también deberán

---

penales (elemento objetivo/subjetivo, dolo, culpa, autores y cómplices, crímenes, delitos, transgresiones, circunstancias, etc.), sin hacer una "relectura" de estas últimas en clave constitucional. De este modo, *por lo demás, las peculiaridades de la cultura penal italiana quedan circunscritas a "los principios", mientras que en la sistemática y para las categorías se continúa razonando en modo técnico dogmático preconstitucional*". (Las cursivas son mías).

23 Como sabemos el nuevo proceso penal tiene dentro de su estructura un conjunto de garantías y principios que están receptadas en el Título Preliminar que por primera vez tenemos en un Código Procesal Penal de nuestro país. Y estas garantías se viabilizan a través de las audiencias previas o mini-audiencias que se prevé para que pueda ejercerse la igualdad de armas entre las partes –imputado y Ministerio Público–, estando presente también los principios de oralidad, inmediación, y la contradicción; con lo cual el imputado, al menos tendrá la protección de sus derechos, sobre todo en la etapa de investigación que es donde más se vulneran derechos fundamentales del imputado. En esta primera parte del proceso por ejemplo tenemos la audiencia de control de plazos, la llamada audiencia de Tutela de Derechos, la audiencia de re-examen de medidas restrictivas de derechos, entre otros. En este contexto nos hacemos la siguiente pregunta: ¿Si todavía estando vigente progresivamente el nuevo proceso penal el imputado –a través de su abogado defensor– recurrirá a la acción constitucional de Hábeas Corpus para restablecer sus derechos vulnerados en un proceso penal?



LEGALES EDICIONES

cumplirse durante el desarrollo de todo el proceso, hasta su etapa decisoria.

En efecto, el proceso penal necesita inexorablemente de las garantías y principios constitucionales para que le sirva como límite al poder penal del Estado, para que pueda procurar un juicio "limpio" al imputado. Por eso, Maier ha dicho que es "por ello que se piensa que el Derecho procesal penal de hoy en día es, desde uno de los puntos de vista principales *Derecho constitucional reformulado o Derecho constitucional reglamentado*[24]. La Constitución adopta pues un programa penal, es decir, un conjunto de postulados y principios jurídicos y de índole político-criminales que constituye el marco normativo en cuyo seno el legislador puede y debe tomar sus decisiones. Y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que aplican[25]. De lo

24 MAIER, Julio B. J.; *Derecho procesal penal argentino, 1 a, Fundamentos*, Buenos Aires, 1989, p. 195 (Las cursivas son del texto original). LEVENE, Ricardo (h); *Manual de Derecho procesal penal*, tomo I, Buenos Aires, 1993, p. 9, sostiene que: "En efecto, el proceso penal prolonga el derecho constitucional, dando vida y haciendo efectivos sus preceptos en cuanto representan una garantía de la libertad y afirman la personalidad humana". ROXIN, Claus; *Derecho procesal penal*, traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Buenos Aires, 2000, p. 10, "...resulta sintomático para establecer la relación entre Estado e individuo genéricamente vigente en una comunidad: ¡El Derecho procesal es el sismógrafo de la Constitución del Estado¡. Reside en ello su actualidad política, la cual significa, al mismo tiempo, que cada cambio esencial en la estructura política (sobre todo una modificación de la estructura del Estado) también conduce a transformaciones del procedimiento penal". Por otro lado, de manera crítica y en el marco de un proceso general: MORELLO, Augusto M.; *"El proceso como realidad social (los condicionamientos del proceso judicial justo)"*, en: *La Ley*, 1992-E, Buenos Aires, p. 1097, sostiene que "De lo que trata –nos parece– es de reformular la manera organizar la "empresa" de la justicia –que siempre se ha encarado desde un exclusivo matiz de técnica formal– lo que reputamos erróneo y parcial porque no permite alcanzar un deseado sinceramiento en la comprensión del debido proceso justo, que no tolera ya el infértil y simplificador paradigma que lo reduce al constante empeño de "idealizarlo" en las normas constitucionales. En verdad nos consta de modo más fehaciente que sus prédicas rectoras, desde el *afianzar la justicia* (Preámbulo) para muchos –una gran mayoría– son inaccesibles o prácticamente imposible de hacerlos mediatamente ciertos en el *derecho vivido"*.

25 CARO CORIA, Dino Carlos; "Problemas de interpretación en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en: *Vox Juris*, Universidad Particular San Martín de Porres, N 10, Lima, 1999, p. 215. SAN MARTÍN CASTRO, César; "Principios probatorios en el Derecho penal sexual peruano", en: Vox Juris, Universidad Particular San Martín de Porres, N 10, Lima, 1999, p. 242 dice que "las disposiciones constitucionales y del Derecho Internacio-

LEGALES EDICIONES

que se trata, en definitiva, es que el candidato del sistema penal sea respetado en sus garantías ya que éstas valen para todas las personas, pobres y ricos, funcionarios y no funcionarios, culpables e inocentes. Por tal motivo, el Derecho penal debe proporcionar las garantías al delincuente trayendo a colación una conocida frase de Franz von Liszt: *"El Derecho Penal es la Carta Magna del delincuente"*, o mejor dicho *"El Derecho Penal es la Carta Magna del ciudadano"*.

El profesor Roxin ha dicho que el "Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo *mediante* el Derecho penal, *sino* del Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de método y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del "Estado Leviatán"[26]. Por ello el Estado de Derecho persigue una finalidad básica, cual es limitar las funciones y facultades del Estado a través de marcos jurídicos situados por encima del mismo. Este principio se expresa a través del imperio de la ley. El principio de legalidad en su formulación latina acuñada por Feuerbach *nullum crimen, nulla poena sine praevia*, se constituye en las conquistas centrales de la revolución francesa y queda plasmada en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre del 26 de agosto de 1789 y se erige, como señala Mezger, en un "Palladium de la libertad ciudadana"".

En el Derecho procesal penal argentino –y por qué no en todo el derecho latinoamericano–, tiene como base "limitar" la

nal de los derechos humanos obligan a una interpretación integrativa de dichas normas infraconstitucionales con los que fluyen directamente del ordenamiento constitucional".

26 ROXIN, Claus; *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción de Luzón Peña/Díaz y García Condello/De Vicente Remesal, Madrid, 1997, p. 13. En sentido crítico: BOVINO, Alberto; "Contra la legalidad", en: *No hay Derecho*, N 8, Diciembre, Buenos Aires, 2002, p. 21, pues indica que el mayor fracaso del principio de legalidad es que "...el derecho penal se ha revelado como el más desigual y arbitrario de los métodos de control social. Si hay alguien sostuviera que el principio de legalidad puede lograr los resultados que ofrecía la promesa de Beccaria, ya no estaría haciendo una promesa, sino lisa y llanamente formulando una mentira".

LEGALES EDICIONES

función punitiva estatal (el procesal penal debe operar como una "Constitución reglamentada"), y se pretende incorporar al derecho penal material: cuando en realidad de lo que se trata es de "replantear" el arsenal dogmático-conceptual del siglo XVIII. Todo esto, tiene que ver con un problema de base filosófica del derecho penal. En la Argentina la mayoría de sus autores inciden en una dogmática del derecho penal liberal del siglo XVIII –que no está mal– y en una estructura de la teoría del hecho punible de corte finalista. La omisión impropia "peligra" precisamente por estos dos acontecimientos.

Percibo por un lado, que los "penalistas" intentan *ampliar* el marco dogmático para la resolución de casos prácticos, sobre todo por la posición normativista, y por otro lado, los "procesalitas" intentan no solamente *reducir* el procedimiento penal a través de mecanismos de oportunidad, de terminación anticipada del proceso, sino también implícitamente intentan reducir determinadas figuras dogmáticas de la Parte General y figuras delictivas de la Parte Especial. En otras palabras: el derecho procesal avanza hacia el "liberalismo" y el Derecho material avanza hacia el "normativismo". No existe una sintonía discursiva y coherente entre ambos saberes jurídicos. Y esto, obviamente, genera enormes dificultades a la hora de la aplicación judicial de las figuras dogmáticas, como la omisión impropia. ¿Los jueces de base liberalista no conocen de algo que los normativistas si, qué es la omisión impropia? Definitivamente que no.

## II. EL MODELO DE ESTADO COMO CONDICIÓN NECESARIA PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO PENAL

Todo el sistema penal debe estar abrazado de una estructura político-estatal, es decir, que el modelo proceso penal dependerá de la constitución de un determinado Estado (modelo autoritario, democrático, socialista, etc.). El concepto de modelo de Estado puede tener varias aristas y consecuencias: es un modelo que debe regir a un país, un modelo de sociedad que se pretende controlar; un modelo de política (en este caso criminal) que se pretende ejecutar. Si es, por ejemplo, un modelo constitucio-

LEGALES EDICIONES

nal, el proceso penal no es más que una "carrera" donde existe un conjunto de barreras constitucionales. El Estado no podrá hacer "trampas" sino que tendrá que jugarle "limpiamente" al ciudadano. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho, son inseparables y componen una estructura llamada "triada" por su integración triple, que se completaría con un cuarto requisito que le confiere estabilidad al sistema de los Derechos Humanos: las garantías[27].

La Constitución Política peruana establece (artículo 10) que el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida. Este derecho a la seguridad social que le asiste a toda sociedad civilizada, es consecuencia del progreso del constitucionalismo social que es digno tener en cuenta. Ahora bien, el Estado debe garantizar la seguridad y tranquilidad de la sociedad, pero a su vez debe asegurar la vigencia irrestricta de las libertades públicas. La libertad y seguridad son valores complementarios, cuya simultánea vigencia es importante para la vida social. La seguridad es el ámbito adecuado para el desarrollo de las libertades individuales y el ejercicio de la libertad que proporciona la seguridad. Tiene que haber armonía entre estos intereses primordiales, es decir, que frente a los derechos del imputado se hallan también los derechos de todos los demás habitantes, que es menester proteger, para que no pueda atentarse impunemente contra ellos[28].

---

27 Véase, en este sentido: SEGUÍ, Ernesto; *Límites al poder punitivo, coercitivo y normativo del Estado*, Rosario, 2000, p. 10. Este autor cita a Karl Popper que gráficamente decía: "Yo me siento perfectamente dispuesto a aceptar que mi propia libertad sea algo restringida por el Estado, siempre que eso suponga la protección de la libertad que me resta, puesto que no ignoro que son necesarias algunas limitaciones de la libertad... Pero exijo que no pierda de vista el principal objetivo del Estado, es decir, la protección de aquella libertad que no perjudica a los demás ciudadanos. Por lo tanto, exijo que el Estado limite la libertad de los ciudadanos en la forma más equitativa posible y no más allá de lo necesario para alcanzar una limitación pareja de la libertad".

28 Véase: TRAVIESO, 1998, p. 165.

LEGALES EDICIONES

Un Estado fuerte o eficiente preferirá en todos los casos el valor "seguridad ciudadana" que la "libertad personal"; sin embargo, de lo que se trata es de equilibrar racionalmente estos dos valores supremos. Podemos recurrir a un ejemplo gráfico: no hay duda que el pájaro en su jaula está "seguro" porque no corre el riesgo que el gato lo devore. Pero esa seguridad le cuesta su libertad. A su vez, la libertad inerme, sin posibilidad de defensa, ausente de toda seguridad por parte del Estado, es utópica.

En consecuencia, no concibo a la seguridad como una restricción de derechos y libertades en aras de la actividad del Estado. Por tal motivo, no resulta una novedad que el ejercicio del poder de los sistemas penales en todo momento resulta *incompatible* con la ideología universal de los Derechos Humanos, que configura una estructura programática para toda la humanidad. En tal sentido, resulta un contrasentido que la mayoría de los instrumentos de Derechos Humanos reconocen la legitimidad de los sistemas penales y por eso tratan de limitarlo. Zaffaroni señala que en "...tanto que los Derechos Humanos señalan un programa realizador de la igualdad de derechos de largo alcance, los sistemas penales son instrumentos de cristalización de la desigualdad de derechos de todas las sociedades. No en vano la temática normativa de todos los instrumentos internacionales de Derechos Humanos referida a los sistemas penales siempre es limitadora de su poder, señalizadora de fronteras estrictas al mismo, tan estrictos como la viabilidad política del instrumento lo posibilita"[29].

Insisto, el derecho a la seguridad debe interpretarse como un Derecho Humano básico pero su tutela no puede lograrse "cueste lo que cueste". No podemos permitir ningún tipo de maquiavelismo: *aquí tampoco el fin justifica los medios*. La realidad demuestra que la ciudadanía –apoyada por el Estado– renuncia parcialmente a su libertad personal en aras a alcanzar la seguridad colectiva.

29 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *"Crítica sociológica al Derecho Penal"*, en: *Garantías*, Revista Jurídica de la Defensoría del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, N° 1 (julio), 1999, p. 13.

LEGALES EDICIONES

En el prólogo de su trabajo de mayor envergadura el constitucionalista Ekmedjian decía lo siguiente: "Quiera Dios que ella sirva [el tratado] para el propósito que siempre me ha animado, esto es, *para ampliar, tan siquiera unos pocos centímetros, el espacio de la libertad y limitar correlativamente la expansión del poder*. Si esto es así, me considero pagado con usura en mis esfuerzos" (las cursivas son mías)[30]. Es decir, que todo el programa constitucional de corte liberal tiene como objetivo limitar el poder punitivo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara respecto a los límites que supone el ejercicio penal: "Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana"[31].

La garantía de los derechos fundamentales incluido la libertad, quedaba confiada exclusivamente a la política legislativa, que podía reducirla o suprimirla legítimamente. El Estado liberal es aquel cuyas leyes penales prefijan con todo rigor el ámbito posible de la pena, y el primer límite, es el que proviene de la consideración de la persona humana. Si recordamos que el número de incriminaciones es limitado y el número de acciones posibles es indefinido, el balance no puede ser más claro: la regla es la libertad y corresponde al individuo; la excepción es la pena, y corresponde al Estado[32].

El principio de legalidad, uno de los pilares básicos de interdicción al abuso del poder punitivo estatal, está, en su misión

30 EKMEKDJIAN, Miguel Angel; *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, Buenos Aires, 1993, p. XI.

31 Citado por BOVINO, Alberto; *"Encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos"*, AA VV, en: pp. 440 y 441, en la causa "Velásquez Rodríguez", 29-7-88, Serie C, N 4, párrafo 154.

32 SOLER, Sebastián; *Bases ideológicas de la reforma penal*, Buenos Aires, 1966, p. 32.

LEGALES EDICIONES

orientadora de los comportamientos sociales, severamente distorsionada por la magnitud del ámbito de lo punible. El artículo 18 de la Constitución Nacional argentina es conocido como el de las garantías individuales, porque en él se establecen instrumentos que otorgan protección a los derechos individuales. El mérito del artículo 18 radica en su fecundidad como norma clave para regular la función pública represiva, para sentar las bases de todos los procesos y establecer principios rectores a los que deben ajustarse el Código Penal, las constituciones provinciales y códigos procesales penales[33]. El término "garantías" es utilizado por primera vez en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789, la cual en su artículo 16, establece que "toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución". Esta Declaración ligada a la humanidad por la Revolución Francesa en los albores del Estado Democrático de Derecho, ya había servido de modelo universal de inspiración para que todos los Estados, y no sólo Francia, tomaran en sus Constituciones esos principios y garantías. Resulta evidente que el término "garantía" es utilizado en un sentido amplio. El objetivo de todo procedimiento penal es recomponer la paz y la seguridad jurídica a través de la realización de la ley penal, y ese objetivo no se puede llegar a cualquier precio. El proceso es el único medio –"*nulla poena sine judicio*"– de aplicar justamente la ley penal. Pero el proceso penal –donde está incluido la prisión preventiva– tiene que transitar inexorablemente sobre normas jurídicas previamente establecidas. Así, lo destaca la Constitución Política del Perú (artículo 24, letra "d") cuando señala que: *"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; ni sancionado con pena no prevista en la ley"*.

El mantenimiento del equilibrio entre las dos fuerzas, hace necesario que la persona sometida a proceso, el más débil en la

33 ZARINI, Helio Juan; *Constitución Argentina (comentada y concordada)*, Buenos Aires, 2001, p. 94.

LEGALES EDICIONES

relación, se vea protegido frente al más fuerte, el Estado, a través de reglas precisas que se hacen llamar "garantías". Por ejemplo, creo que todos estamos de acuerdo que el Estado deba preocuparse por combatir eficazmente la delincuencia convencional y no convencional, pero lo debe hacer bajo determinadas condiciones: declarando culpables a través de una condena, y no privando la libertad "indefinidamente" durante la tramitación del proceso. Claro está que éste último modelo estatal –que podría llamarse "Estado Fuerte"– podría catalogarse como un "Estado Eficiente"[34]. Pero no será un Estado de Derecho, pues éste impone un especial concepto de eficiencia: no basta lograr el esclarecimiento y condena de los hechos. Se exige, además, que tales objetivos se obtengan a través de determinadas vías. Así, ante cualquier arbitrariedad en su aplicación o cualquier exceso en su duración era simplemente la "ley", quien controlaba y limitaba.

Ahora bien, como antes la única limitación al poder punitivo estatal la encontrábamos en las normas *legales*, actualmente la limitación la debemos encontrar en las normas *constitucionales*, ya que en el avance de los modelos estatales arribamos a un concepto superior denominado Estado Constitucional de Derecho. Actualmente de lo que se trata es de superar y transformar el paradigma original del positivismo jurídico, donde la omnipotencia de la legislación, y a través de la mayoría de un partido político, era controlada por la Constitución. El Estado Constitucional de Derecho está fundado en la rigidez constitucional, en virtud de la cual, las leyes ordinarias se subordinen a las normas constitucionales, que pueden derogarlas so pena de su invalidación o declarar su inconstitucionalidad. En el Estado Constitucional de Derecho se reúnen elementos de dos tradiciones (la norteamericana y la francesa) y los modos de concebir la función de la ley fundamental: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional[35]. En España, se hizo necesario atender al mandato del

34 Utilizó aquí la expresión de SOLIMINE, Marcelo; "Praxis instructoria en un Estado de Derecho. Entre las garantías y la eficiencia", en: *CDJP*, N 9-B, 1999, p. 131.

35 GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; "Los Derechos Humanos como límites a la democracia", en: Bidart / Risso (coord.); *Los Derechos Humanos del siglo XXI*, Buenos Aires, 2005, p. 98. Según éste autor los elementos para concebir un Estado Constitucional de Derecho son los



LEGALES EDICIONES

Tribunal Constitucional español que desde febrero de 2000 había advertido al legislador de la necesidad de adecuar la regulación contenida en los artículos 503 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a las exigencias constitucionales. El 24 de Octubre 2003 se aprueba la Ley Orgánica 13/2003, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión preventiva –o provisional como lo llaman–, modificada levemente por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, del Código Penal[36].

Este modelo estatal establece que la "Constitución" será quien controle y delimite –a través de principios y garantías constitucionales– la aplicación de la prisión preventiva, claro está, en sentido figurado, pues será una ley quien reglamente los presupuestos de la prisión preventiva, pero ésta ley no debe contradecir los postulados que emergen desde la Constitución[37]. En el Estado Constitucional de Derecho, el Estado ya no es un fin en sí mismo, sino sólo un medio, cuyo objeto es la tutela de la persona y de sus Derechos Humanos. En un Estado Constitucional de Derecho, las normas constitucionales tienen como base los valores sustanciales de respecto a la libertad y tiene una relevan-

siguientes: a) carácter normativo o fuerza vinculante de la Constitución, b) supremacía de la constitución dentro del sistema de fuentes, c) eficacia o aplicación directa, d) garantía judicial, e) presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y con los particulares, que está formado por principios, derechos y directrices más o menos precisos pero que están llamados a ser aplicados en los casos concretos, f) la rigidez constitucional (en donde se produce una relación que indica que a mayor dificultad de reforma para la mayoría legislativa, mayor fortaleza del modelo constitucional).

36 Así, véase: ARMENTA DEU, Teresa; "El nuevo proceso penal español: proceso abreviado, juicio rápido y prisión provisional", en: *Revista de Derecho penal*, 2004-1 –delitos contra la administración pública I–, Santa Fe, p. 480.

37 En el Estado Constitucional de Derecho como bien destaca FERRAJOLI, Luigi; *Derechos y garantías. La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, 2002, p. 19, son los mismos modelos axiológicos del derecho positivo, y ya no sólo sus contenidos contingentes –su "deber ser", y no sólo su "ser"– los que se encuentran incorporados al ordenamiento del Estado Constitucional de Derecho, como derecho sobre el derecho, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica. De ahí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos.

LEGALES EDICIONES

cia tal que los jueces no pueden llenar las posibles lagunas de punición por vía de analogía. Se debe aceptar, en consecuencia, que un Estado Constitucional de Derecho es un "orden imperfecto" y que no se debe combatir el delito a cualquier precio.

El término "Constitución" significa un conjunto de normas jurídicas que regulan y determinan el modo en que debe ser ejercido el poder político y se confiere reconocimiento a los derechos fundamentales de los habitantes. La Constitución es el enunciado constitucional de las grandes "reglas del juego" político y social que una comunidad adopta[38]. La Constitución es un estatuto político del Estado, es un lugar común que el Derecho penal debe someterse a su marco, como corresponde a un Estado Constitucional de Derecho. Los principios y reglas de la Constitución constituyen el cimiento que sustenta el ordenamiento jurídico del Estado, autónomo o soberano. La noción de la "Constitución Jurídica" descansa en reconocer que sus finalidades esenciales consisten en: a) proteger y satisfacer los derechos de libertad, los derechos sociales y los derechos de tercera generación; b) estipular los procedimientos que aseguren un ejercicio racional y controlado de los poderes del Estado[39]. En cierto modo, es posible afirmar que el Derecho penal constitucional (las disposiciones penales constitucionales) precedió al saber del Derecho penal[40]. Toda constitución debe poseer aquello que la doctrina llama "fuerza normativa de la constitución" (una expresión que cobra particular relevancia después de un trabajo de Konrad Hesse, precisamente con tal título) que no alude a su vigencia formal que puede ser sobreentendida, sino de respeto y cumplimiento cierto de ella, de "efectividad" o "eficiencia" de tal instrumento jurídico; en la terminología de la escuela trialista, de "exactitud de la normal constitucional"[41].

38 VANOSSI, Jorge Reinaldo A.; *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, 2000, p. 93.

39 FERREIRA, Raúl Gustavo; *Notas sobre Derecho Constitucional y garantías*, Buenos Aires, 2001, p. 115.

40 ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2002, p. 191.

41 SAGÜÉS; Néstor Pedro; *La interpretación judicial de la constitución*, Buenos Aires, 1998, p. 11. Sobre la fuerza normativa de la constitución en el campo penal, véase: RIQUET,

LEGALES EDICIONES

Los principios y garantías que en su mayoría están receptados en la Constitución Política, existen como una condición de seguridad limitadora de la autoridad, la que como poder se legitima en su ejercicio dentro de los parámetros constitucionales[42]. La garantía, como delimitación principal, se lo piensa y define como medio de seguridad y defensa frente al Estado o contra el Estado, lo que significa que es el Estado el que tiene que proveer las garantías a favor del hombre, y el hombre quien tiene que hacerlos valer frente al Estado[43]. Se puede decir que mientras los derechos son facultades o atribuciones, las garantías significan herramientas o medios para efectivizar los derechos. Ahora bien, las garantías constitucionales pueden ser de naturaleza específica y genérica[44]. Son genéricas, aquellas por cuyo intermedio pueden ser tuteladas todas las libertades constitucionales, como por ejemplo la garantía del debido proceso. Son garantías específicas aquellas que se aplican con referencia a una libertad en particular, como sucede por ejemplo con la inviolabilidad del domicilio.

El garantismo de los derechos fundamentales no es más que la otra cara del constitucionalismo; a cuya historia, teoría y práctica, aparece estructuralmente vinculado su desarrollo. Las ga-

---

Marcelo Eduardo/ JIMÉNEZ, Eduardo Pablo; *Teoría de la pena y Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1998, p. 30.

42 Desde una perspectiva del realismo marginal, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, 1998, p. 243, entiende por garantías penales "...el compromiso de las agencias judiciales penales para ejercer su poder en forma que decida cada caco conforme a la regla de "violación mínima / realización máxima" de los principios que sirven para limitar la irracionalidad (violencia) del ejercicio de poder del sistema penal, configurando de este modo un "standard" –provisional, por progresivo y "abierto" o "inacabado"– de máxima irracionalidad (violencia) tolerada (por falta de poder de la agencia judicial para imponer uno menor)".

43 HERRENDORF, Daniel / BIDART CAMPOS, Germán; *Principios de Derechos Humanos y garantías*, Buenos Aires, 1991, p. 215.

44 En esto seguimos a BADENI, Gregorio; *Instituciones de Derecho constitucional*, Buenos Aires, 1997, p. 639, según este autor "La manifestación de una garantía constitucional presupone tres elementos: 1) un interés legítimo asegurado por la Constitución resultante de un derecho individual, un derecho social o del sistema institucional; 2) un riesgo o daño para el interés tutelado por la Ley Fundamental; 3) un instrumento jurídico idóneo para disipar ese riesgo o daño".

LEGALES EDICIONES

rantías es un sistema de obligaciones y prohibiciones que deben depender de un rígido fundamento jurídico, concretamente en normas superiores a las leyes, como son, justamente las normas constitucionales. En ningún caso, las garantías constitucionales pueden ser entendidas como una concesión a favor del Estado sino que es "patrimonio" de las personas.

Todas las garantías procesales (defensa en juicio, presunción de inocencia, juez natural, etc.) tienen su fundamento en las garantías constitucionales en sentido amplio. La ampliación del significado "garantías" se ha producido fundamentalmente en el terreno penal (el llamado garantismo penal) y ella surgió, en la cultura jurídica italiana de izquierda en la segunda mitad de los años setenta como respuesta teórica a la legislación y a la jurisdicción de emergencia que, por aquel entonces dijeron de diferentes formas el ya de por sí débil sistema de garantías procesales. En general, según Ferrajoli "... se hablará de *garantismo* para designar el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes –públicos y privados, políticos (o de mayoría) y económico (o de mercado), en el plano estatal y en el internacional– mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley, y en concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto en las esferas privadas frente a las esferas públicas, como las esferas públicas frente a los poderes privados"[45].

## III. LAS "NORMAS-REGLAS" Y "NORMAS-PRINCIPIOS" SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO PENAL

Las distintas eficacias de las disposiciones constitucionales, da lugar a que éstas puedan ser divididas entre "normas regla" y "normas principio". Mientras que las primeras se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables, las segundas constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que

45 FERRAJOLI, Luigi; "Garantías", en: *Garantías*, Revista Jurídica de la Defensoría del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, N 4 (Diciembre), 2000, p. 7.

LEGALES EDICIONES

requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización[46].

En tal perspectiva, existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Carta Fundamental (vg. el artículo 27 de la Constitución en relación con el derecho a la estabilidad laboral. *Cfr.* STC 0976-2001-AA, Fundamento 11 y ss.) o en razón de su propia naturaleza (vg. los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales.

Los excesos que pudieran cometerse cuando el Juez pretenda aplicar algunos criterios principistas del moderno Derecho penal, por ejemplo extender en demasía el principio de prohibición de regreso para casos de complicidad, en la cual podría realizar una interpretación de la regla "suprainclusiva", es decir, más allá de lo que la norma penal ha establecido

La tesis principista de las "normas-principios y las normas-reglas" que amparan nuestro Tribunal Constitucional en relación a los casos penales que se ventilan en el Perú, es sumamente importante, ya que la resolución de hechos y derecho no sólo se resuelve sobre la base de las normas jurídicas, sino que a veces es necesario recurrir a los principios que rigen la aplicación de los casos, por ejemplo, el principio de proporcionalidad en determinación judicial de la pena.

En este punto, podemos señalar la Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 8 de julio de 2005, en el EXP. N° 1417-2005-AA/TC LIMA, en el caso "Manuel Anicama Hernández, que ha sentado una posición con relación al sistema jurídico en nuestro país, la misma que tendrá importantes consecuencias al momento que le toque decidir al Magistrado Judicial. En efecto, la citada sentencia, parte pertinente, señala:

> *"La distinta eficacia de las disposiciones constitucionales, da lugar a que éstas puedan ser divididas entre "normas*

46 Véase, en este sentido: Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 8 Julio de 2005, en el Exp. N° 1417-2005-AA/TC, Lima, caso "Manuel Anicama Hernández".

*regla" y "normas principio". Mientras que las primeras se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables, las segundas constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización. En tal perspectiva, existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Carta Fundamental (vg. el artículo 27 de la Constitución en relación con el derecho a la estabilidad laboral. Cfr. STC 0976-2001-AA, Fundamento 11 y ss.) o en razón de su propia naturaleza (vg. los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales.*

*Los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido* per se *inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito* sine qua non *para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental.*

*Y es que si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se traten de derechos "en blanco", es decir, expuestos a la discrecional regulación del legislador, pues el constituyente ha planteado un grado de certeza interpretativa en su reconocimiento constitucional directo.*

*Aquí se encuentra de por medio el principio de "libre configuración de la ley por el legislador", conforme al cual debe entenderse que es el legislador el llamado a definir la política social del Estado Social y Democrático de Derecho. En tal sentido, éste goza de una amplia reserva legal*

LEGALES EDICIONES

*como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales.*

## IV. EL ROL DE LA POLÍTICA EN LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Un tema que también debemos de tener en consideración es la labor del Tribunal Constitucional[47], que en cada decisión asume una posición estrictamente política, más que jurídica, de cara a la solución de los problemas que en sí la mayoría son sociales. Y cuando le ha tocado tomar una posición sobre un tema jurídico-penal, y cuando está en peligro la sociedad siempre ha tomado partido cautelando los intereses comunitarios en contra de los intereses individuales, es decir, de los derechos de los imputados. Esto tiene una explicación muy sencilla, el tema político, del cómo lo tomará la ciudadanía un tema por ejemplo donde se derogan los beneficios penitenciarios para los terroristas o para los secuestradores.

Con esta apreciación no estoy manifestando mi adhesión por la derogación de los beneficios penitenciarios para determinados delincuentes peligrosos, es más estoy absolutamente convencido que en algunos delitos el Estado debe asumir un rol activo y protector; lo que estoy tratando de expresar que cómo

47 No cabe duda que desde la creación del Tribunal Constitucional con la Constitución Política de 1993, se ha desarrollado una importante doctrina jurisprudencial que ha contribuido al fortalecimiento del Estado de Derecho y al respeto de la supremacía constitucional. Sin embargo, no en todos los casos se ha constatado una acertada función de este órgano de control acorde con las atribuciones conferidas por la norma Constitucional, puesto que en los últimos años, con mayor notoriedad, se ha advertido excesos en el actuar de este organismo que se viene manifestando a través de la emisión de las denominadas sentencias "interpretativas-manipulativas".

LEGALES EDICIONES

la política influye en las decisiones del legislador penal común (Congreso de la República) o el legislador penal delegado (Poder Ejecutivo). Así, por ejemplo en aquellas competencias que la Constitución otorga al Estado con el carácter de extraordinarias, a efectos de que pueda afrontar hechos, sucesos o acontecimientos que, por su naturaleza, ponen en peligro el normal funcionamiento de los poderes públicos o amenazan la continuidad de las instituciones estatales y los principios básicos de convivencia dentro de una comunidad política (STC N° 0017-2003-AI).

En una reciente sentencia el Tribunal Constitucional (STC de fecha 12 de Agosto de 2010, en el Exp. N° 02663-2009-PHC/TC, en el caso "Edwin Wálter Martínez Moreno"), ha dicho que el Recurso de Agravio puede proceder de manera Excepcional cuando se trata de Vulneración del Orden Constitucional (artículo 8 de la Constitución). Efectivamente corresponde al Tribunal Constitucional la protección del orden constitucional, este debe estar provisto de las herramientas e instrumentos procesales idóneos para tal efecto, para evitar que por "defecto", se terminen constitucionalizando situaciones que, aunque aparecen revestidas de un manto de "constitucionalidad", en la práctica contienen un uso fraudulento de la Constitución o bajo el manto protector de los derechos fundamentales, se pretenda convalidar la vulneración de aquellos o una situación en la que se ha configurado un abuso de derecho. En el considerando noveno el Tribunal Constitucional ha dicho que: "Por ello, este Colegiado considera que, en aplicación del artículo 201 de la Constitución, más allá de los supuestos establecidos en el artículo 202 de la misma, es competente para revisar, vía RAC, las sentencias estimatorias que bajo el pretexto de proteger ciertos derechos fundamentales, convaliden la vulneración real de los mismos o constitucionalicen situaciones en las que se ha producido un abuso de derecho o la aplicación fraudulenta de la Constitución; todo ello, en abierta contravención de los dispositivos, principios y valores materiales de la Constitución".

El Tribunal Constitucional ha dicho, en el considerando décimo, lo siguiente: *"En el presente caso, el análisis del tema de fondo, planteado en autos, pasa por analizar cómo se vincula la pre-*

LEGALES EDICIONES

*tensión contenida en la demanda, con el contenido de lo dispuesto en el artículo 8 de la Constitución, el mismo que expresamente establece que "El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas"*. Por ello, independientemente del contenido de la sentencia dictada en segunda instancia, en aplicación del artículo 201 de la Constitución, este Tribunal Constitucional entiende que es competente para conocer el caso de autos, entendiendo que el RAC presentado en autos, es uno de naturaleza excepcional, ante la vulneración del orden constitucional, en particular, de lo dispuesto en el artículo 8 de la Constitución, lo cual incluso tiene su correlato en las obligaciones que el Estado Peruano ha asumido en relación al combate del Tráfico Ilícito de Drogas en particular, y del crimen organizado transnacional, en general".

En otra sentencia el Tribunal Constitucional (STC de fecha 11 de agosto de 2010, Exp. N° 02748-2010-PHC/TC, en el caso "Alexander Mosquera Izquierdo", ha dicho que considera que la tutela del derecho al plazo razonable de la investigación preliminar no supone la exclusión del demandante de la investigación, sino que actuando dentro del marco constitucional y democrático del proceso penal en su fase preliminar, lo que, corresponde es la reparación *in natura* por parte del Ministerio Público que consiste en emitir en el plazo más breve posible el pronunciamiento sobre el fondo del asunto que suponga la conclusión de la investigación prejurisdiccional, bajo responsabilidad. Ahora bien, como es obvio, dicho pronunciamiento atendiendo a las facultades constitucionales y legales del Ministerio Público puede materializarse sea en la formalización de la denuncia o, sea en el archivo definitivo de la investigación, etc. En el considerando quince ha dicho que: *"Finalmente, cabe recordar que los delitos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos, constituyen ilícitos de carácter pluriofensivo, en la medida que ponen en estado de alarma y peligro a las bases sociales y amenazan la propia existencia del Estado. Es por ello, que la obligación constitucional del Estado peruano, prevista en el artículo 8 de la Constitución, de prevenir y sancionar este tipo de ilícitos "no debe agotarse en la mera descripción típica de las conductas delictivas en el Código Penal y en las leyes especiales, criminalizando el delito de tráfico ilícito de*

LEGALES EDICIONES

*drogas [y sus derivaciones], con penas severas proporcionales a los bienes constitucionalmente protegidos que se afligen, sino que además para llegar a tal cometido debe procurarse el establecimiento de procedimientos de investigación eficientes, es decir, que objetivamente demuestren resultados cada vez más eficaces; lo contrario, significaría incurrir en una infracción constitucional por parte de las autoridades competentes para ello" (Exp. N° 04750-2007-PHC/TC). En ese sentido, a fin de concretizar esta obligación constitucional de prevenir y sancionar eficazmente el tráfico ilícito de drogas y sus derivaciones, y estando a lo dispuesto por el artículo III del Título Preliminar del CP Const., este Tribunal considera que en los procesos constitucionales en que se haya dictado sentencia estimatoria de segundo grado relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, excepcionalmente, la Procuraduría del Estado correspondiente se encuentra habilitada –independientemente del plazo– para la interposición de un recurso de agravio constitucional especial, el mismo que deberá ser concedido por las instancias judiciales".*

Finalmente en el considerando dieciséis, el Tribunal Constitucional, ha señalado que: *"La presente postura jurisprudencial se sustenta no solamente en la obligación constitucional impuesta por el artículo 8 de la Constitución, sino también en las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. En tal sentido, resulta importante destacar que en virtud de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972, el Estado asumió la obligación de considerar como delito todas aquellas actividades vinculadas al cultivo, producción y distribución de estupefacientes para usos no admitidos por la Convención, enfatizando que a los infractores se les debe castigar con penas privativas de la libertad. De manera similar, en virtud del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971, el Estado se comprometió a realizar acciones preventivas y represivas contra el tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas contenidas en las listas anexas a dicho convenio. Asimismo, por imperio de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, el Estado se obligó a tipificar como delitos la producción, distribución y comercialización de la adormidera o amapola, la hoja de coca, el cannabis y cualquier otro estupefaciente. Cabe resaltar*

LEGALES EDICIONES

*que esta última convención también atribuye carácter delictivo a la organización, gestión o financiación de las actividades antes mencionadas, así como a la conversión o transferencia de bienes con el objeto de ocultar o encubrir su origen ilícito".*

Por último, se encuentra la Convención Internacional para la represión del financiamiento del terrorismo, que reconoce como delito la acción de proveer o recolectar fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, para cometer en otro Estado un acto de terrorismo o cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier persona que no partícipe en las hostilidades en una situación de conflicto armado y que dispone la obligación de cada Estado parte de sancionar estos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su carácter grave.

Como puede apreciarse, el tráfico ilícito de drogas es un flagelo social que entraña un peligro para la vida digna y pacífica de la humanidad, pues no sólo afecta la salud física, psicológica y moral de las personas, sino que también afecta a la sociedad y al Estado en su conjunto, ya que incrementa los niveles de violencia y delincuencia, implantando una cultura de miedo, inseguridad y zozobra; así como fomentando la corrupción, el debilitamiento de las instituciones y generando desaliento en la inversión privada. Por estas razones, este Tribunal estima que es adecuado y racional habilitar excepcionalmente el recurso de agravio constitucional contra sentencias estimatorias de segundo grado, pues no puede permitirse ni avalarse que los delitos de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos queden impunes.

## 2. LA FUNCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sin lugar a dudas, el Tribunal Constitucional se ha convertido en una institución clave para la vida en democracia, puesto que habitualmente se someten a su competencia casos justiciables importantes para la vida en comunidad[48]. Ello, de la mano

48 La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es vinculante para todas las instancias judiciales y fiscales. Resulta importante destacar que el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que la jurisprudencia, en tanto doctrina sobre las interpretaciones de los

LEGALES EDICIONES

de su "activismo judicial moderado" (para emplear la expresión del jurista y ex miembro del TC, César Landa), han sido pilares fundamentales para que la institución destaque positivamente dentro del sistema de justicia. En consecuencia corresponde a la jurisdicción constitucional asegurar la tutela eficaz y oportuna de tales derechos, tanto a nivel del Poder Judicial como del Tribunal Constitucional, como está regulado en el Perú, sobre la base del sistema o modelo mixto, conforme está normado en el Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional nacional en armonía con los Artículos 201 y 202 de nuestra Carta Magna[49].

---

derechos fundamentales, previstos en la Constitución o en la ley, vincula a todos los jueces en los fundamentos relevantes que han incidido en la solución de un conflicto de derechos y que la identificación del ámbito de vinculación es competencia del Juez que va a aplicar la jurisprudencia vinculante en los términos que lo hace el artículo VI del Código Procesal Constitucional. Así deberá observarse la Sentencia del Tribunal Constitucional, su fecha 28-02-2006, en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, Hábeas Corpus interpuesto por Fernando Cantuarias Salaverry contra el Fiscal Provincial que le formuló denuncia por delitos de falsedad genérica y fraude procesal en agravio de la Compañía de Explotaciones Algamarca y el Estado. En el fundamento jurídico 2 se afirma la vinculación existente entre la fiscalía y los jueces: "Al respecto, la jurisprudencia constitucional, en tanto doctrina sobre las interpretaciones de los derechos fundamentales previstos en la Constitución o en la ley, vincula a todos los jueces en los fundamentos relevantes que han incidido en la solución del conflicto de derechos (*ratio decidendi*). **Más, la identificación del ámbito de vinculación es competencia del juez que va a aplicar la jurisprudencia vinculante en los términos en que lo hace el referido artículo VI del Código Procesal Constitucional.** Ello configura una institución constitucional-procesal autónoma, con características y efectos jurídicos distinguibles del precedente vinculante, con el que mantiene una diferencia de grado".

49 **"Código Procesal Constitucional:**

**Artículo IV.- Órganos Competentes**

Los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y en el presente Código."

"Constitución 1993:

**Artículo 201.- Tribunal Constitucional**

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.(...)

**Artículo 202.- Atribuciones del Tribunal Constitucional**

Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.

LEGALES EDICIONES

Del desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como del Poder Judicial, sobre todo de la justicia constitucional, se ha enarbolado un concepto frondoso sobre lo que implica en la actualidad el principio constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, partiendo para ello de su base constitucional estatuida en el artículo 139 inciso 5, la misma que ha sido desarrollada, por normas infra constitucionales tales como la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Orgánica del Ministerio Público, el Código Procesal Civil, el Procesal Penal, etc. Lo que se denomina como *"bloque de constitucionalidad"* así pues, dentro del contexto de nuestra Carta Magna se señala lo siguiente: Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 5. *La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.*

El Tribunal Constitucional español se inserta en el llamado modelo europeo de justicia constitucional, que se caracteriza frente al norteamericano por servirse de un órgano *ad hoc*, distinto de los que ejercen la jurisdicción ordinaria, al que se le asigna en régimen de monopolio y con eficacia *erga omnes* el control de la constitucionalidad, pudiendo ejercer una función cuasilegislativa negativa[50].

Hoy en día se encuentra fuera de discusión el rol del Tribunal Constitucional como órgano de control de la Constitución, y como máximo y supremo interprete de la misma, que se guía bajo las pautas de las normas constitucionales y valor normativo de las mismas. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus[51], el amparo o el hábeas data, nuestra Carta Magna ha

3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley."

50 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; *Derecho Penal. Parte General*, 2009, Lima, p. 749.

51 A mi juicio, el Hábeas corpus y todas sus tipologías seguirá gozando de "buena salud" pues todavía seguirá siendo una herramienta eficaz para los imputados o investigados en los Distritos Judiciales donde ya se aplica el nuevo proceso penal, ya que contra resoluciones –Juez de la Investigación Preparatoria– o los dictámenes o requerimientos

LEGALES EDICIONES

reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales (Caso Tineo Cabrera. Exp. N° 1230-2002-HC/TC). El Tribunal Constitucional, por su propia función de la más alta importancia en el sistema jurídico nacional debe evitar que se emita sentencias y/o interpretaciones de contenido extrajurídico o que atenten contra los principios que corresponden a un Estado Constitucional de Derecho y al propio plan penal y procesal penal, plasmado, en la Constitución, en armonía con los tratados internacionales y la doctrina sobre la materia. Lo que su vez redundará en la predictibilidad.

*De acuerdo con nuestro Código Procesal Constitucional las resoluciones del Tribunal Constitucional todos los órganos jurisdiccionales califica el tribunal Constitucional en los extremos que indique específicamente la resolución.* Obstante ello, el propio Código Procesal Constitucional regula que: "Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional". Por lo tanto, los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la obligación de conocer y estar al tanto de las decisiones en general del Tribunal Constitucional, lo que resulta sumamente complejo.

Por otro lado, la Parte General y Especial del Derecho penal material para cobrar realidad normativa, necesitan engarzarse a través de cauces y articulaciones que prevé el ordenamiento jurídico-procesal, para así concretizar la justicia penal. Von Beling con gran elegancia manifestaba que el Derecho Penal no le toca al delincuente ningún pelo, que en el mundo de los criminales, estos pueden burlarse de los parágrafos que sólo viven en el papel hasta cuando el Derecho Penal actúa realmente, tarea que es propia del Derecho Procesal Penal. En ese sentido, en el proceso penal, normalmente se ha entendido que la senten-

fiscales –Fiscal de la Investigación Preparatoria– que causen agravio o sigan manteniendo el agravio a un derecho constitucional, quedará la posibilidad de recurrir a la acción constitucional.

LEGALES EDICIONES

cia penal constituye una decisión de carácter definitiva de una cuestión criminal, se trata de un acto complejo que contiene en primer lugar un juicio de reproche o ausencia del mismo, sobre la base de hechos que han de ser determinados jurídicamente, de tal manera que debe fundarse en una verdad jurídica y establecer los niveles de imputación[52]. Si bien es cierto que todos estos elementos o actos (como los hechos, la calificación jurídica, la imputación, las pruebas) deben estar contenidos en una sentencia; sin embargo, también para custodiar los otros derechos constitucionales (como el derecho de defensa, motivación, legalidad) deben ser también tenidos en cuenta durante la tramitación del proceso penal; se trata de verificar, en consecuencia, algunos elementos "mínimos" para no deslegitimar el proceso penal.

## 3. EL PRECEDENTE EN MATERIA CONSTITUCIONAL

Como hemos dicho la jurisprudencia constituye la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del Derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso; con el precedente en cambio, el Tribunal ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto. El precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

La forma como se ha consolidado la tradición de los tribunales constitucionales en el sistema del derecho continental ha establecido el efecto sobre todos los poderes públicos de las sen-

LEGALES EDICIONES

52 Véase: Recurso de Nulidad No. 1046-2002-PUNO.

tencias del Tribunal Constitucional. Esto significa que el precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional con estas características tiene los mismos efectos de una ley. Es decir, que la regla que el Tribunal Constitucional externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares[53]. Siguiendo a la doctrina mayoritaria, el Tribunal Constitucional ha decidido establecer que sus sentencias constitucionales, además del fallo, vienen compuestas por fundamentos que pueden ser razones suficientes (*ratio decidendi*) o razones subsidiarias (*obiter dicta*), en la medida que estén o no vinculadas directamente al fallo. Consecuentemente, ha decidido el referido Tribunal reconocer una vinculación necesaria a

53 Véase para más detalles, por ejemplo: Fundamento 49, de la STC de fecha 14 de Noviembre del 2005, recaída en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC. Para complementar esta idea habría que señalar que el mismo Tribunal Constitucional mediante la citada STC de fecha 14 de Noviembre del 2005 (Expediente N° 3741-2004-AA/TC) ha considerado que constituyen supuestos para la emisión de un precedente vinculante los siguientes presupuestos:

a) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional.

b) A constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.

c) Cuando en el marco de un proceso de la tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución.

d) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

LEGALES EDICIONES

las razones suficientes y sólo una vinculación u orientativa a las razones subsidiarias[54].

Como bien apunta García Belaúnde, "la temática de estas sentencias tiene algo especial pues no se dirige a satisfacer un interés privado o de beneficio de grupo, sino que persigue cautelar valores que afectan directamente a los miembros de una sociedad determinada. Aún más, se trata de poner en cumplimiento el texto fundamental que da cuenta de una sociedad, y no de un código procesal el cualquiera, por lo que su vigencia es más importante. Pues si una constitución, base y soporte de todo el ordenamiento jurídico, no se cumple, constituye un demérito que afecta el respeto del ordenamiento. Lo anterior se confirma con el hecho de que las sentencias constitucionales tienen importancia porque cautelan, fundamentalmente, dos aspectos claves: –los derechos fundamentales y la jerarquía normativa"[55]–.

Hasta ahora nos venimos refiriendo centralmente al valor del precedente vinculante en materia constitucional. Y es que por la fuerza de su legislación orgánica se le da ese poder vinculante, horizontal (esto es que las decisiones del Tribunal Constitucional vinculan al propio órgano, salvo casos de *overruling*) y sin duda vertical (obligatoriedad para los jueces de la República, funcionarios públicos y ciudadanos), no existiendo posibilidad alguna de desvinculación. Ello es perfectamente razonable si se aprecia la posición institucional y la función esencial del Tribunal, ser el máximo intérprete de la Constitución. Si este es su rol y misión, entonces los demás tomadores de decisión en el terreno legal (jueces, funcionarios y privados), cuando apliquen la Constitución, quedan sujetos a lo decidido por su máximo intérprete.

Sin embargo no está regulada esta vinculatoriedad en sentido fuerte respecto a las posiciones asumidas por la Corte Suprema. La legislación orgánica judicial (en especial el artículo 22)

54 CASTILLO CÓRDOVA, Luis; *Estudio y Jurisprudencia del Código Procesal Constitucional*, Gaceta Jurídica S.A., Enero, 2009, p. 39.

55 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo; "Ejecutabilidad de las Sentencias Constitucionales", en *Memorias II. Encuentro del Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y Seminario de Justicia Constitucional*, San José de Costa Rica, 8 y 9 Julio del 2004.

LEGALES EDICIONES

prevé que las decisiones fijadas como doctrina jurisprudencial sea de obligatorio cumplimiento por las salas de la Corte Suprema y demás instancias judiciales, salvo que los jueces decidan apartarse, situación en la cual deben expresar los motivos de tal apartamiento. Conclusión: la Corte Suprema no vincula en sentido fuerte las decisiones tomadas por los tribunales y jueces inferiores. Hablaremos entonces de una vinculatoriedad, en el campo jurisdiccional de la justicia ordinaria, en sentido débil.

Es uniformemente aceptado en la doctrina procesal un juez de dos poderes de decisión, coerción, documentación y ejecución. En tal sentido, toda sentencia contiene una decisión y un mandato que tiene fuerza impositiva, ya que vincula y obliga a las partes intervinientes en un proceso o incluso a terceros. La fase de ejecución de una sentencia no requiere de un proceso distinto o posterior, sino que procede su cumplimiento por el mismo juez. Así, el Art. 22 del Código Procesal Constitucional señala: *"La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda"*, y faculta al Juez a ejecutar medidas coercitivas en caso de incumplimiento de los resuelto, como son las multas fijas o acumulativas incluso la destitución del responsable, en caso de que el emplazado sea autoridad o funcionario público.

Este renovado ambiente intelectual encuentra en el Perú un nuevo desarrollo normativo en el terreno del precedente vinculante en materia constitucional. Ya la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, como el Código Procesal Constitucional y una copiosa jurisprudencia asentada por este tribunal, ha venido insistiendo en la fuerza vinculante y la auténtica naturaleza de fuente del derecho nacional de las interpretaciones constitucionalmente vinculantes y los precedentes vinculantes decididos como tales por el máximo intérprete de la Constitución.

## 4. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CARÁCTER VINCULANTE EN MATERIA PENAL

Las sentencias vinculantes que ha emitido nuestro Tribunal Constitucional en materia penal son las siguientes:

LEGALES EDICIONES

Tenemos la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 2 de febrero de 2006 recaído en el Exp. N° 0030-2005-PI/TC, Caso Barrera Electoral, Tema: Contenido normativo Límites de las sentencias interpretativas, Sumilla: Señala los límites al dictado de las sentencias interpretativas o integrativas denominadas "manipulativas" (reductoras, aditivas, sustitutivas y exhortativas"[56]; así también tenemos la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 9 de diciembre 2004 recaído en el Exp.

56 "60. Aunque la labor interpretativa e integrativa de este Tribunal se encuentra al servicio de la optimización de los principios y valores de la Constitución, tiene también en las disposiciones de ésta a sus límites. Y es que, como resulta evidente, que este Tribunal Constitucional sea el supremo intérprete de la Constitución (artículo 201 y 202 de la Constitución y 1 de la Ley N° 28301 "Ley Orgánica del Tribunal Constitucional"), en nada relativiza su condición de poder constituido, sometido, como todos, a los límites establecidos en la Constitución.

61. Así como la fuerza normativa de la Constitución (artículo 51) y las responsabilidades constitucionales con las que deben actuar los poderes públicos (artículo 45 de la Constitución) son las que, en última instancia, otorgan fundamento constitucional al dictado de las sentencias interpretativas e integrativas del Tribunal Constitucional, son, a su vez, las que limitan los alcances y oportunidad de su emisión. De esta manera, y sin ánimo exhaustivo, los límites al dictado de las sentencias interpretativas o integrativas denominadas "manipulativas"(reductoras, aditivas, sustitutivas, y exhortativas) son, cuando menos, los siguientes:

a) En ningún caso vulnerar el principio de separación de poderes, previsto en el artículo 43 de la Constitución. Esto significa que, a diferencia de la competencia del Congreso de la República de crear derecho *ex novo* dentro del marco constitucional (artículos 90 y 102, inciso a, de la Constitución), las sentencias interpretativas e integrativas sólo pueden concretizar una regla de derecho a partir de una derivación directa de las disposiciones de la Constitución e incluso de las leyes dictadas por el Parlamento "conforme a ellas". En suma, deben tratarse de sentencias cuya concretización de normas surja de una interpretación o analogía *secundum constitutionem*.

b) No cabe dictarlas cuando, advertida la inconstitucionalidad en la que incurra la ley impugnada, y a partir de una adecuada interpretación del texto constitucional y del análisis de la unidad del ordenamiento jurídico, exista más de una manera de cubrir el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad pueda generar. En dichos casos, corresponde al Congreso de la República y no a este Tribunal optar por alguna de las distintas fórmulas constitucionales que permitan reparar la inconstitucionalidad, en la que la ley cuestionada incurre, por lo que sólo compete a este Tribunal apreciar si ella es declarada de inmediato o se le concede al Parlamento un plazo prudencial para actuar conforme a sus competencias y atribuciones.

c) Sólo cabe dictarlas con las responsabilidades exigidas por la Carta Fundamental (artículo 45 de la Constitución). Es decir, sólo pueden emitirse cuando sean imprescindibles a efectos de evitar que la simple declaración de inconstitucionalidad residente en

LEGALES EDICIONES

2798-04-HC /TC/Lima, Caso: Gabriel Orlando Vera Navarrete, Tema: Desaparición forzada de persona como delito de lesa humanidad[57]; Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de abril de 2005, Exp. 1805-2005-HC /TC/Lima, Caso: Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, Tema: Duplicidad del plazo de prescripción y del delito cometido dentro de un aparato organizado de poder[58]; en esta misma línea podemos ubicar la Sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Exp. N° 2496-

---

la ley impugnada, genere una inconstitucionalidad de mayores alcances y perversas consecuencias para el Estado social y democrático de derecho.

d) Sólo resultan legítimas en la medida de que este Colegiado argumente debidamente las razones y los fundamentos normativos constitucionales que, a luz de lo expuesto, justifiquen su dictado; tal como, por lo demás, ha ocurrido en las contadas ocasiones en las que este Tribunal ha debido acudir a su emisión (STC 0010-2002-AI, 0006-2003-AI, 0023-2003-AI, entre otras). De este modo, su utilización es excepcional, pues, como se dijo, sólo tendrá lugar en aquellas ocasiones en las que resulten imprescindibles para evitar que se desencadenen inconstitucionales de singular magnitud.

e) La emisión de estas sentencias requiere de la mayoría calificada de votos de los miembros de este Colegiado.

Estos criterios constituyen precedentes vinculantes para todos los poderes públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo VII del Código Procesal Constitucional".

57 La protección judicial implica una doble dimensión. Por un lado, es consecuencia del derecho de las víctimas de violaciones a sus derechos humanos a alcanzar verdad, justicia y reparación como consecuencia de los hechos sufridos. Por otro lado, conlleva explícitamente la obligación de las autoridades jurisdiccionales de desarrollar los procesos judiciales a su cargo, bajo las estrictas medidas de seguridad, y determinando las figuras delictivas aplicables a tenor de las disposiciones del Derecho Internacional que resulten aplicables. La aplicación de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario no requiere validación formal alguna, siendo aplicables automáticamente en tanto se produzca un hecho contrario a las normas mínimas de humanidad. La desaparición forzada de personas se trata, sin duda, de un delito de lesa humanidad cuya necesidad social de esclarecimiento e investigación no pueden ser equiparadas a las de un mero delito común, dada su extrema gravedad.

58 Resulta lesivo a los principios de economía y celeridad procesal, vinculados al derecho al debido proceso, que el representante del Ministerio Público, titular de la acción penal, sostenga una imputación cuando esta se ha extinguido, o que formule denuncia penal cuando la potestad persecutoria del Estado, por el transcurso del tiempo, se encuentra extinguida, y que el órgano jurisdiccional abra instrucción en tales supuestos.

Duplicar el plazo de prescripción en todos los delitos cometidos en agravio del Estado, sería atentar contra el principio de legalidad, de cuya interpretación *pro homine* se infiere que aplicarlo a todos los imputados a los que se procese es extender *in malam partem* lo que pudiera afectar a este, cuando por el contrario su aplicación debe ser *in bonam partem*. En consecuencia, dicha duplicación solo es aplicable en el caso de delitos cometidos

LEGALES EDICIONES

2005-HC/TC, Caso: Eva Rosario Valencia Gutiérrez, Tema: Contenido normativo Libertad personal. Detención preventiva. Principio *tempus regit actum*[59]; así tenemos la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de diciembre de 2004 recaído

---

contra el patrimonio del Estado o de organismos sometidos por este, de conformidad con el artículo 41, *in fine*, de la Constitución.

Cuando el ilícito penal es cometido por una persona que, cual instrumento, actúa dentro de un aparato de poder organizado, que, como parte de su estrategia general, comete delitos o representa solo un ejemplo de un conjunto de conductas ilícitas similares, estamos frente a la existencia de un patrón de violaciones, lo que convierte a tal agrupación en una organización destinada a cometer delitos. Estamos, entonces, frente a un ilícito contra la paz pública previsto y sancionado en el artículo 317 de la ley penal material. A mayor abundamiento, dicho tipo penal está referido a una agrupación de personas organizadas con el objeto de cometer varios delitos, y que han hecho del delito un modo de vida.

59 Sumilla: Se reconoce a la libertad personal como un valor superior del ordenamiento jurídico, sujeto a límites. De otro lado, se señala que la detención preventiva constituye una de las formas constitucionales de garantizar que el procesado comparezca a las diligencias judiciales.

En relación a la aplicación de las normas procesales penales, el Tribunal precisa que rige el principio *tempus regit actum*; es decir, se aplica la norma que se encuentra vigente al momento de resolverse (FJ 3, 5, 7-8, 12 y 13).

Precedente vinculante: "3. En reiterada jurisprudencia, este Colegiado ha sostenido que el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso. En el presente caso, habida cuenta de que se han establecido judicialmente restricciones al pleno ejercicio de la libertad locomotora, tras la imposición de la medida cautelar de detención preventiva, el Tribunal Constitucional tiene competencia, *ratione materiae*, para evaluar la legitimidad de los actos judiciales considerados lesivos. (...)

5. Conforme a lo enunciado por éste Tribunal en reiterada jurisprudencia, 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.

Por ello, los límites a los derechos pueden ser impuestos por la misma norma que reconoce el derecho; por el ejercicio de uno o más derechos constitucionales, o por el ejercicio de uno o varios bienes jurídicos constitucionales. (...)

7. El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que 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 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 aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

8. De cuyo contenido se infiere que la detención preventiva constituye una de las formas constitucionales de garantizar que el procesado comparezca a las diligencias judiciales. (...)

LEGALES EDICIONES

en el Exp. N° 3771-2004-HC/TC, Caso Miguel Cornelio Sánchez Calderón, Tema: Contenido normativo Plazo razonable de la prisión preventiva, Sumilla: Se reconoce la existencia implícita del derecho de que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable y establece criterios para valorar la razonabilidad de la duración de la detención judicial (FJ 2-4, 6-11, 15, 17-19 y 26)[60]; cabe anotar la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha

---

12. Con relación a la aplicación de las normas penales, este Tribunal ha manifestado, en reiterada jurisprudencia, que en la aplicación de normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, que establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse.

13. Siendo ello así, resulta de aplicación al caso de autos, el artículo 1 de la Ley N° 27553, que desde el 13 de noviembre de 2001 modifica el artículo 137 del Código Procesal Penal, estableciendo que el plazo de detención en el proceso penal ordinario tiene una duración máxima de 18 meses; que se duplicará en caso de que el proceso sea por los delitos de terrorismo, tráfico de drogas, espionaje u otro de naturaleza compleja seguido contra más de diez imputados".

60 "2. Debe señalarse que, hallándose la causa en sede del Tribunal Constitucional, en el estado de absolverse el grado del recurso extraordinario, con fecha 1 de diciembre de 2004, entró en vigencia el Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), que regula los procesos constitucionales, entre ellos el hábeas corpus.

3. Este corpus normativo establece, en su Segunda Disposición Final, que "las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado".

4. Es necesario precisar que si bien de la citada disposición legal se puede interpretar que un proceso constitucional en curso, como el de autos, puede comenzar a ser regido por una nueva ley procesal, ello solo será posible siempre que la aplicación de la referida norma garantice la vigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que debe ser apreciado atendiendo a las particularidades del caso en concreto. (...)

6. Al igual que por imperio del derecho a la presunción de inocencia, el encarcelamiento preventivo no se ordenará sino cuando sea estrictamente necesario para asegurar que el proceso se pueda desarrollar sin obstáculos hasta su finalización, cuando la sentencia con que culmine no deje de merituar ninguna prueba (ni sufra la adulteración de alguna) por obra del procesado, y cuando se cumpla efectivamente la pena que ella imponga.

7. Por la misma razón (la presunción de inocencia), tampoco podrá prolongarse más de lo estrictamente indispensable para que el proceso se desenvuelva y concluya con una sentencia definitiva, mediante una actividad diligente de los órganos jurisdiccionales especialmente estimulada por la situación de privación de la libertad de un presunto inocente, y sin que pueda pretenderse la ampliación de aquel término argumentándose que se mantienen los peligros para los fines del proceso o la concurrencia de cualquier clase de inconvenientes prácticos (todos los imaginables deben estar comprendidos en

LEGALES EDICIONES

el término límite), ni mucho menos con argumentos que encubran o pretendan justificar la incuria o displicencia de los funcionarios responsables.

8. El derecho de que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable, si bien no encuentra reflejo constitucional en nuestra *Lex Superior*, se trata de un derecho, propiamente de una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en la Carta Fundamental (artículo 2.24) de la Constitución) y, por ello, se funda en el respeto a la dignidad de la persona.

9. La interpretación que permite a este Tribunal reconocer la existencia implícita del referido derecho en la Constitución, se encuentra plenamente respaldada por su Cuarta Disposición Final y Transitoria, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

10. Al respecto, debe señalarse que en el ordenamiento supraestadual existen diversos tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado que sí reconocen expresamente este derecho. Tal es el caso del artículo 9.3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que "[t]oda persona detenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad". Por su parte, el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho de "[t]oda persona detenida o retenida (...) a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso".

11. En consecuencia, el derecho de que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocidos por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, por tanto, no puede ser desconocido. (...)

15. Esta postura normativa coincide con lo reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando afirma que "La Comisión ha mantenido siempre que para determinar si una detención es razonable, se debe hacer, inevitablemente, un análisis de cada caso. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que se establezca una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima *prima facie*, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso. Esta acción sería congruente con el principio de presunción de inocencia y con todos los otros derechos asociados al debido proceso legal"(Informe N° 12/96, párrafo 70). (...)

17. Tal situación se aprecia en nuestro ordenamiento jurídico penal, pues el artículo 137 del Código Procesal Penal que regula el plazo máximo de la detención judicial, que establece que dichos plazos máximos fijados por el legislador integran el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal, puesto que el mantenimiento de la situación de prisión preventiva por un tiempo excesivo al previsto lesiona el derecho a la libertad personal.

18. Los parámetros legales, si bien son válidos para el enjuiciamiento de un caso concreto en el que haya sido dispuesta la medida, sin embargo, no agotan el contenido de dicho derecho fundamental, de modo que ni todo el plazo máximo legal es *per se* razonable, ni el legislador es totalmente libre en su labor de establecer o concretar los plazos máximos legales. Aunque no haya transcurrido todavía el plazo máximo legal, puede lesionarse el derecho a la libertad personal si el imputado permanece en prisión provisional más del plazo que, atendidas las circunstancias del caso, excede de lo razonable. Su duración

LEGALES EDICIONES

13 de abril de 2005 Exp. N° 1257-2005 PHC/TC, Caso: Enrique José Benavides Morales, Tema: Contenido normativo Conducta obstruccionista del procesado, Sumilla: Se precisa que la extradición supone un procedimiento al cual recurren los Estados en el caso de que un imputado se sustraiga de la acción de la justicia, ocultándose en un país distinto del suyo. Así, el sustraerse de la acción de la justicia constituye, evidentemente, una conducta obstruccionista (FJ 1)[61].

---

debe ser tan solo la que se considere indispensable para conseguir la finalidad con la que se ha decretado la prisión preventiva; por lo tanto, si la medida ya no cumple los fines que le son propios, es preciso revocarla de inmediato.

19. En efecto, para valorar si la duración de la detención judicial ha excedido, o no, el plazo máximo, este Tribunal, integrando el concepto de plazo razonable, se refirió a los criterios sentados por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) cf. Caso Berrocal Prudencio, Exp. N° 2915-2004-HC/TC, que en síntesis son los siguientes: 1. La naturaleza y complejidad de la causa. Es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito (Caso Tomasi. Sentencia del TEDH, del 27 de agosto de 1992), los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos delictivos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil. 2. La actitud de los protagonistas del proceso: por una parte, la inactividad o, en su caso, la actividad desplegada por el órgano judicial, esto es, analizar si el juez penal ha procedido con diligencia especial y con la prioridad debida en la tramitación del proceso en que el inculpado se encuentre en condición de detenido, y, por otra, la propia actividad procesal del detenido, a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, distinguiendo el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras, ambas, del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado Constitucional permite), de la denominada defensa obstruccionista (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional). (...)

26. No cabe duda de que con la previsión legal del plazo máximo de duración de la detención judicial, el afectado por la medida cautelar puede conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad. No obstante, como viene ocurriendo reiteradamente en el panorama judicial nacional, el hecho de que no se decrete la libertad inmediata de un procesado tras la culminación del plazo máximo de detención, obligándole, por el contrario, a que permanezca detenido *ad infinitum*, so pretexto de un equivocado concepto de la tramitación procesal, solo puede significar que se han transgredido todas las previsiones jurídicas que garantizan un proceso debido o regular, y que dicha situación ha comprometido, en particular, la eficacia o existencia de uno de aquellos derechos innominados constitucionalmente, pero, a la par, consustanciales a los principios del Estado democrático de derecho y al derecho a la dignidad de la persona reconocidos en el artículo 3 de la Constitución Política del Estado, como lo es, sin duda, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas".

61 Precedente vinculante "1. Antes de determinar si la pretensión resulta fundada, este Colegiado considera pertinente hacer notar, como ya lo señaló anteriormente [Exp. N° 3966-

LEGALES EDICIONES

## 5. ALGUNAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE FORMAN PARTE DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN MATERIA PENAL

Las sentencias del Tribunal Constitucional que forman parte de la doctrina jurisprudencial en materia penal son las siguientes:

Podemos citar la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 9 de julio de 2002 recaído en el Exp. N° 0804-2002 HC/TC, Caso Santiago Granda Sotero, Tema: Contenido normativo Aplicación en el tiempo de las leyes sobre beneficios penitenciarios[62]; por otro lado podemos citar la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 27 de agosto de 2003 recaído en el Exp. N° 1300-2002-HC/TC, Caso Hugo Eyzaguirre Maguiña, Tema: Contenido normativo Aplicación en el tiempo de las leyes sobre beneficios penitenciarios[63]; en esta misma línea citaremos la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 10 de diciembre de 2003 recaído en el Exp. N° 2196-2002-HC/TC, Caso: Carlos Saldaña Saldaña, Tema: Ley sobre beneficios penitenciarios[64]; en

---

3004-HC/TC], que la extradición "(...) es un instituto jurídico que viabiliza la remisión de un individuo por parte de un Estado, a los órganos jurisdiccionales competentes de otro, a efectos que sea enjuiciado o cumpla con una condena señalada". Los Estados recurren a tales procedimientos en el caso de que un imputado se sustraiga de la acción de la justicia, ocultándose en un país distinto del suyo. El sustraerse de la acción de la justicia constituye, evidentemente, una conducta obstruccionista del proceso, tanto más si ello implica salir del territorio del país, obligando así a las autoridades judiciales a recurrir al procedimiento de extradición. Dicha conducta debe ser tomada en cuenta al momento de determinar el plazo razonable del proceso y de la detención, conforme a los criterios expuestos por este Tribunal en la sentencia recaída en el expediente N° 2915-2004-HC/TC".

62 (I) Sumilla: El Tribunal considera que la Ley N° 24388 debía aplicarse en forma ultractiva, pues resultaba más favorable que una norma posterior, la Ley N° 26230, que prohibió el beneficio penitenciario de semilibertad. Por consiguiente, se emplaza al órgano judicial, a tener en cuenta la aplicación de la Ley N° 24388 para su aplicación ultractiva, por ser más benigna para resolver la petición de semilibertad planteada por el actor.

63 (II) Sumilla: El Tribunal varía el criterio relacionado con la aplicación del principio de favorabilidad de las normas previsto en el artículo 139 inciso 11 de la Constitución, y afirma que dicho principio sólo resulta aplicable en el caso de las normas penales sustantivas.

64 Sumilla: Respecto a la prolongación en el tiempo de una orden judicial de detención, el Tribunal reitera su jurisprudencia sobre la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, restringiendo sus alcances a las leyes penales sustantivas. Pero, a la vez, se pronuncia sobre la aplicación en el tiempo de las leyes sobre beneficios penitenciarios, afirmando que la norma a aplicar en estos casos es aquélla que se encuentra vigente

LEGALES EDICIONES

esta misma línea citaremos la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 30 de enero de 2004 recaído en el Exp. N° 1593-2003-HC/TC, Caso Dionisio Llarajuna Sare, Tema: Contenido normativo Naturaleza de las normas del Derecho Penitenciario[65]; así también tenemos la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 23 de noviembre de 2004 recaído en el Exp. N° 2915-2004-HC/TC, Caso Federico Tiberio Berrocal Prudencio, Tema: El plazo máximo de prisión preventiva previsto en el artículo 137 del Código Procesal Penal (CPP), sin haberse dictado sentencia en primera instancia y los criterios de evaluación de la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva[66]; también cabe

al momento de la presentación de la solicitud respectiva para acceder a dichos beneficios. Así, en el caso *sub litis*, se establece que la aplicación en el tiempo de la Ley N° 27770, que establece los requisitos para acceder a beneficios penitenciarios en el caso de las personas acusadas de corrupción (FJ 6 al 10).

65 El Tribunal estima que no son de aplicación retroactiva las disposiciones que tienen carácter sancionador, como, por ejemplo, las que tipifican infracciones, establecen sanciones o presupuestos para su imposición, o las restrictivas o limitativas de derechos. La aplicación de la norma vigente al momento de la comisión del hecho delictivo constituye, en efecto, una consecuencia del principio de legalidad penal, en su variante de *lex praevia*. En cambio, tratándose de disposiciones de carácter procesal, ya sea en el plano jurisdiccional o netamente administrativo-penitenciario, el criterio a regir, *prima facie* y con las especificaciones que más adelante se detallarán, es el de la eficacia inmediata de la ley procesal. De allí que, se establece que la norma a tomar en consideración es aquélla que se encuentra vigente al momento de solicitar los beneficios penitenciarios. Así, el problema de la ley aplicable en el tiempo en normas como la Ley N° 27770 ha de resolverse bajo los alcances del principio *tempus regis actum*, pero morigerado por la garantía normativa que proscribe el sometimiento a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley, proclamado en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución, que vela porque la norma con la que se inició un determinado procedimiento no sea alterada o modificada con posterioridad por otra, de manera que cualquier modificación realizada con posterioridad al inicio de un procedimiento, como la de solicitar un beneficio penitenciario, no debe aplicarse (FJ 4 al 9).

66 El Tribunal señala que el derecho a un plazo razonable de detención preventiva no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución, pero emplea las normas internacionales de derechos humanos para concluir que este derecho forma parte del contenido de la libertad individual. Se establece un conjunto de criterios, a modo de precedente de observancia obligatoria, sobre la interpretación del artículo 137 del Código Procesal Penal, referido a los requisitos que deben observarse al momento de expedir una orden judicial de detención preventiva:

a) Se trata de plazos máximos que no pueden ser sobrepasados bajo ninguna circunstancia (límite absoluto al plazo de duración de la prisión preventiva).



LEGALES EDICIONES

mencionar la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 15 de febrero de 2007, Exp. N° 5228-2006-PHC/TC, en el Caso: Gleiser Katz, Tema: Criterios para establecer la razonabilidad del plazo máximo de investigación fiscal[67].

También debe nombrarse las denominadas "Sentencias normativas emitidas por el Tribunal Constitucional", así como la Sentencia de fecha 19 de enero de 2007 recaído en el Exp. N° 00014-2006-PI/TC, Tema: Reincidencia y habitualidad, Norma cuestionada Ley N° 28726, que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46, 48, 55, 440 y 444 del Código Penal, y el artículo 135 del Código Procesal Penal[68].

---

b) Todos los criterios para valorar la razonabilidad de la duración del plazo son aplicables cuando se pretenda prolongarlo en los casos de la generalidad de los delitos merituados en procedimiento ordinario (hasta 18 meses) y de los delitos merituados en el procedimiento especial (hasta 36 meses).

c) Sin embargo, a la luz de una interpretación *pro homine* y favor *libertatis* del segundo párrafo del artículo 137 del CPP, se concluiría en que la "especial dificultad" o "especial prolongación de la investigación", que permite justificar la prolongación del plazo de detención en el caso de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado (más de 36 meses), sólo podría fundamentarse en retrasos atribuibles objetiva e inequívocamente al propio interesado, sin que para tales efectos sea posible recurrir a una supuesta "complejidad del asunto". d) En ningún caso el plazo de detención provisional de un procesado puede exceder el de la pena privativa de libertad preestablecida para el delito del que se le acusa (FJ 41).

67 Los criterios a considerar para determinar la razonabilidad del plazo de la investigación son de dos tipos: subjetivo y objetivo. En el primero quedan comprendidos 1) la actuación del fiscal y 2) la actuación del investigado; en el segundo, la naturaleza de los hechos objeto de investigación.

68 Fallo: Infundado. Sumilla: Temas relevantes Reincidencia. La reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de uno anterior. Dependiendo de la opción de política criminal de cada Estado, la reincidencia puede considerarse existente en cualquiera de estas dos situaciones: (1) cuando el imputado ha cumplido en su totalidad el tiempo de internamiento en que consiste la pena que se le impuso, o (2) cuando el imputado ha cumplido cierto plazo de la misma, el cual es determinado por ley. En la presente sentencia, se evalúa si la reincidencia atenta contra principios constitucionales tales como el *ne bis in idem*, el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad.

Respecto al principio *ne bis in idem*, en su configuración material, la cual consiste en la prohibición de que sobre un mismo sujeto recaigan dos sanciones como consecuencia de un mismo hecho delictivo, este Colegiado estima que no existe colisión con este principio

LEGALES EDICIONES

Asimismo debemos señalar las denominadas sentencias relevantes en materia penal, así como por ejemplo las siguientes sentencias: de fecha 23 de abril de 2002, Exp. N° 005-2002-HC/TC, Arequipa, Tema: Prórroga del plazo de suspensión de la PPL en ningún caso la prórroga acumulada excederá de tres años[69];

---

por cuanto el primer delito cometido no es objeto de una doble imposición de pena si es que se toma en consideración para graduar la pena a un hecho delictivo distinto y el segundo tampoco, ya que solo es objeto de aquella sanción prevista en su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal.

Sobre el principio de culpabilidad, según el cual la reprobabilidad del delito es un requisito para atribuir a alguien la responsabilidad penal, tampoco se aprecia colisión con este principio por cuanto, si bien entendido en su forma clásica, este principio proscribe la consideración de elementos externos al acto ilícito para determinar la reprobabilidad, una interpretación constitucional del mismo derivada de los artículos 2, inciso 24 literal f; 37, 140 y 173 de la Constitución conduce a concluir que el principio de culpabilidad no puede ser evaluado aisladamente, sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculpado, a fin de que se pondere de modo proporcional el nivel de reprobabilidad que merece el procesado.

En relación al principio de proporcionalidad, en su variante de prohibición o interdicción del exceso, la medida impugnada cumple con el sub principio de idoneidad, en tanto se persigue un objetivo constitucionalmente legítimo como lo es cumplir con el deber del Estado de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad (artículo 44 de la Constitución), además existe una relación fáctica entre la pena establecida para la reincidencia y el objetivo constitucionalmente legítimo perseguido; cumple con el subprincipio de necesidad, dada la inexistencia de medidas menos gravosas; y con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, por cuanto el Estado Constitucional de Derecho no solo tiene el deber de tutelar el derecho fundamental a la libertad personal sino otros bienes constitucionales, como la paz y la seguridad de los ciudadanos frente a delitos como el terrorismo.

*Habitualidad*

En el derecho penal se entiende la habitualidad como la comisión reiterada de delitos, usualmente los mismos. En su acepción legal, la habitualidad implica la reiteración de más de tres delitos, en tiempo diversos e independientes unos de otros. A juicio del Colegiado la habitualidad no es inconstitucional por cuanto esta no supone necesariamente que el juzgador penal ingrese en el ámbito de la personalidad del autor, castigando con una mayor de pena el modo de vida del autor, que genere un riesgo a la tranquilidad y seguridad de los ciudadanos. La reeducación, la reincorporación y la resocialización no son los únicos fines de la pena sino que es también obligación del Estado proteger otros bienes constitucionales, entre ellos, la seguridad de los ciudadanos.

69 El recurrente alega que no obstante haber cumplido la condena a 3 años de PPL, la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa ha confirmado la resolución expedida por el Juzgado Penal de Arequipa mediante la cual revoca la suspensión de la ejecución de la pena; sin tener en cuenta que, por vencimiento de la condena, corresponde su



LEGALES EDICIONES

STC de fecha 3 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-HC/TC, en el caso: Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, Tema: Inconstitucionalidad de artículos del Decreto Ley N° 25475[70]; STC de fecha 15 de diciembre de 2006, Exp. N° 0012-2006-PI/TC/Lima, Tema: El sistema punitivo en el marco de la Constitución, las garantías sustanciales y procesales de la Constitución y el *ius puniendo* en el Estado Social y Democrático de Derecho; STC de fecha 9 de agosto de 2006, Exp. N° 003-2005-PI/TC, Tema: colaboración eficaz de los arrepentidos, el arrepentido y el derecho a no auto incriminación, beneficio de colaboración eficaz y presunción de inocencia; STC de fecha 11 de mayo 2005, Exp. 1679-2005-PA/TC, Tema: cuestionan los artículos 7, 8 y 9 del Decreto Legislativo N° 813, vulneran el artículo 159, inciso 4) Constitución, porque desplaza al Ministerio Público de la función de conducir la investigación de los delitos al asignar esta al órgano administrador del tributo; STC de fecha 14 de julio de 2006 Exp. N° 3485-2005-PHC/TC, Caso: Bustamante Romani, Materia: Plazo razonable de juzgamiento; STC de fecha 28 de febrero de 2006, Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, CASO: Cantuarias Salaverry, Materia: Actividad fiscal previa al inicio del Proceso Penal, principios de interdicción de la arbitrariedad, legalidad en la función constitucional, debido proceso y tutela jurisdiccional; STC de fecha 9 de agosto de 2006, Exp. N° 6204-2006-PHC/TC/Loreto, Caso: Chávez Sibina, Materia: Control constitucional de

---

rehabilitación automática. El TC ha señalado que es necesario resaltar que, de acuerdo con el artículo 57, último párrafo, del Código Penal, "el plazo de suspensión es de uno a tres años". Y, según el artículo 59, inciso 2) del mismo cuerpo legal, se puede prorrogar el período de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado y "en ningún caso la prórroga acumulada excederá de tres años".

70 Se declaró inconstitucionales el artículo 7 y el inciso h) del artículo 13 del Decreto Ley N° 25475 así como la frase "con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención" y "en ningún caso, y bajo responsabilidad del Director del establecimiento, los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación" del artículo 20 del Decreto Ley N° 25475. También es inconstitucional el inciso d) del artículo 12 del mismo Decreto Ley 25475. Asimismo, son inconstitucionales los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 7 del Decreto Ley N° 25659. También la frase "o traición a la patria" del artículo 6 del mismo Decreto Ley N° 25659 y los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Ley N° 25708; los artículos 1 y 2 del Decreto Ley N° 25880. Finalmente, son también inconstitucionales los artículos 2, 3, y 4 del Decreto Ley N° 25744.

LEGALES EDICIONES

los actos del Ministerio Público; STC de fecha 6 de agosto de 2005, Exp. 3390-2005-PHC/TC/Lima, Caso: Margarita Toledo Manrique, Materia: Imputación necesaria.

## 6. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO Y SUS FUNCIONES DE LEGISLADOR EN MATERIA PENAL

Debemos citar que el Tribunal Constitucional peruano ha ingresado a cuestiones propios de la justicia penal ordinaria, es decir, asumiendo funciones que le corresponden a un Juez Penal cuando por ejemplo tipifica un hecho en una resolución de inicio de investigación judicial, o por ejemplo cuando introduce frases, elementos, requisitos en la conducta de un tipo penal, cuando el propio tipo penal no dice expresamente nada. Así, en este último caso se puede citar la Sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente N° 010-2002-AI/TC, donde se estaba ventilando la demanda de inconstitucionalidad de la legislación antiterrorista; ahí el máximo intérprete de la Constitución actúo como legislador penal[71].

En efecto el Tribunal Constitucional dijo en la citada sentencia lo siguiente: *"Finalmente, no es ajeno al tribunal Constitucional que, detrás de tipos penales de esta naturaleza, en ocasiones se ha pretendido silenciar la expresión de grupos minoritarios u opositores al régimen de turno. Por ello, el Tribunal considera que, en el resguardo de estas libertades, los jueces del Poder Judicial deben ser especialmente sensibles en su protección, y por lo tanto, debe-*

71 En otros fallos el Tribunal Constitucional no siempre estuvo "de moda" la teoría del dominio del hecho en la autoría y la accesoriedad en la participación criminal, pues en su momento lo estuvo la teoría unitaria de la participación, donde no se distinguía los aportes de los sujetos, después estuvo de moda la teoría formal-objetiva, etc.; es decir, cada base teórica de la participación criminal responde una determinada concepción dogmática del hecho punible. Sólo así se puede interpretar lo dicho en la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, de fecha 29-04-2005, Exp. N° 1805-2005-HC/TC, en el caso "Máximo Humberto Cáceda Pedemonte", que en el punto 32 tiene dicho lo siguiente: "... *es menester precisar que si bien la calificación del tipo penal es atribución del juez penal, la tutela jurisdiccional efectiva se concreta a través de las garantías que, dentro de un iter procesal diseñado en la ley, están previstas en la Constitución Política del Perú,* ***razón por la cual el Tribunal Constitucional estima conveniente revisar el marco teórico-jurídico de las formas de intervención delictiva***". *(Las negritas son mías).*



LEGALES EDICIONES

*rán aplicar estos tipos penales de conformidad con el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, en el sentido de que lo prohibido es la apología que constituya incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal".*

Luego nuestro Tribunal Constitucional, una vez que ha hecho esta breve introducción del tema precisa ya en el tipo penal del artículo 316 lo siguiente: *"En consecuencia, la aplicación de este artículo 316 del Código Penal ha de realizarse tomando en consideración los criterios de merecimiento de pena en función de la gravedad del hecho. De ahí que no cualquier expresión de opinión favorable sobre un acto terrorista, o su autor, constituya delito; sino que deben respetarse ciertos límites. Estos son:*

a) *Que la exaltación se refiera a un acto terrorista ya realizado.*
b) *Que cuando la apología se refiera a la persona que haya cometido el delito, esta debe tener la condición de condenada por sentencia firme;*
c) *Que el medio utilizado por el apologista sea capaz de lograr la publicidad exigida por el tipo penal, es decir, que debe tratarse de una vía idónea para propalar el elogio a un número indeterminado de personas; y,*
d) *Que la exaltación afecte las reglas democráticas de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso."*

Efectivamente como destaca el mismo Tribunal Constitucional no cualquier opinión favorable a un acto terrorista debe constituir acto criminal de apología, en eso estamos de acuerdo; sin embargo, como es sabido el artículo 316 del Código Penal sólo señala que en su tipo objetivo: *"El que públicamente hace apología de un delito o de una persona que ha sido condenada como autor o partícipe..."*; en ese sentido el Tribunal Constitucional en su "función de legislador" ha agregado al citado tipo penal que "*...cuando la apología se refiera a la persona que haya comedido el delito, esta debe tener la condición de condenada por sentencia firme*".

CAPÍTULO 5

# PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL

## I. EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD EN EL DERECHO PENAL. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y VALIDEZ DEL OBJETO DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO JURÍDICO-PENAL

### 1. EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

Si el concepto de acción tiene como principal característica la voluntariedad, pero sólo ésta es relevante jurídico-penalmente en la medida en que se haya exteriorizado, es decir que se haya dado cumplimiento al *principio de lesividad*[1] como función limitante del Derecho penal. El art. IV del Título Preliminar del Código Penal regula el denominado principio de lesividad en nuestro ordenamiento penal, principio que se enmarca dentro de la función del Derecho Penal, en el sentido de que la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley, reconociendo de esta manera no

1 Véase al respecto: ROXIN, Claus; "La Parte General del Derecho Penal sustantivo", traducción y notas españolas de Luis Arroyo Zapatero, en: Roxin / Arzt / Tiedemann, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Barcelona, 1989, p. 22. TOZZINI, Carlos A.; *Garantías constitucionales en el Derecho penal*, Buenos Aires, 2005, pp. 78 y ss. LUZÓN CUESTA, José María; *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2000, p. 49. GÓMEZ URSO, Juan Facundo; *Tipicidad penal*, Buenos Aires, 2005, p. 90. MATA Y MARTÍN, Ricardo; *Bienes jurídicos intermedios y delito de peligro*, Granada, 1997, p. 1. Por su parte, la Sala Penal de la Corte Suprema de la República, Recurso de Nulidad N° 5269-97, de fecha 17 de Noviembre de 1997, ha dicho "Que, el artículo cuarto del Título Preliminar del Código Penal establece el **principio de lesividad**, en virtud del cual en la comisión de un delito tiene que determinarse, según corresponda la naturaleza del mismo, al sujeto pasivo que haya sufrido la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal, de allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento integrante del tipo penal en el aspecto objetivo, que por tanto, al no encontrarse identificado trae como consecuencia la atipicidad de la conducta delictiva" (Extraído de: ROJAS VARGAS, Fidel; *Jurisprudencia penal*, tomo I, Lima, 1999, p. 81).

LEGALES EDICIONES

solo los delitos de lesión, sino también la existencia de los delitos de peligro que la doctrina actual ha desarrollado. En los delitos de lesión el tipo requiere la efectiva destrucción o menoscabo del bien jurídico para su consumación; en los segundos (de peligro), es suficiente con el peligro para el bien jurídico protegido, con la amenaza del mismo[2].

En los delitos de peligro, el legislador, de acuerdo con la experiencia y el nivel de los conocimientos científicos, considera que determinados comportamientos son idóneos para perjudicar bienes jurídicos. Su interés en reprimirlos radica en la idea de que para protegerlos con eficacia es indispensable adelantar la barreara de protección. Es por ello, que en lugar de esperar la producción del daño real (resultado material), estima que es mejor intervenir en el momento previo a que se produzca este suceso, es decir, cuando el agente crea una situación que pueda producirlo (situación de peligro).[3]

## 2. LA FINALIDAD DEL DERECHO PENAL (MATERIAL) ES LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS TUTELADOS

El bien jurídico como obra de la Ilustración lo fundamentó y formuló Paul Johann Anselm Feuerbach como arma contra una concepción moralizante del Derecho penal. Para declarar una conducta como delito no debería bastar que suponga una infracción de una norma ética o divina, es necesario ante todo la prueba de que lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, de que lesiona bienes jurídicos[4]. Sin embargo, habrá que tener en consideración que el bien jurídico cuenta desde mediados del siglo XIX –desde Birnbaum– entre los conceptos fundamentales del Derecho penal. Pero hasta hace poco su significado no ha sólido verse en una función de límite al legislador, sino

2 Véase: RODRÍGUEZ MONTAÑÉZ, Teresa; *Delitos de Peligro, dolo e imprudencia*, Buenos Aires, 2004, p. 29.

3 HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal Parte General*, I, Lima 2005, p. 783.

4 Así, en este sentido: HASSEMER, Winfried; *Fundamentos del Derecho penal*, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984, p. 37.

LEGALES EDICIONES

como expresión de la *ratio legis*, del objeto de protección elegido por la ley[5]; y de ahí la doctrina se esfuerza en ratificar la vigencia inamovible del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos convirtiéndolo en uno de los principios políticos centrales para la fundamentación del Derecho penal democrático[6].

Por otro lado, junto a las tradicionales funciones del bien jurídico[7], de orden dogmático-interpretativo (que busca la *ratio legis* del bien jurídico involucrado en la protección, orientación teleológica), garantizadora (que busca castigar solamente conductas que afectan bienes jurídicos importantes) y clasificadora (que responde a un criterio de jerarquización de los bienes jurídicos que subyacen en los tipos penales), se va perfilado paralelamente con mayor nitidez la idea de la función crítica trascendente al sistema penal, como rol decisivo de la política criminal, puesto que constituye el punto de unión entre la realidad y la valoración jurídico-penal.

El bien jurídico como obra del pensamiento de la Ilustración, merece destacar algo curioso en la elaboración sistemática de los juristas. Siendo una categoría fundamental del Derecho penal, motivo único de punición de las conductas prohibidas, solo se le conceda un carácter "residual" o paradójicamente "fragmentario", pues casi no tiene protagonismo alguno en la sistemática de la Parte General. Sólo servirá en la mayoría de veces para interpretar la *ratio* incriminadora de los tipos de injusto de la Parte Especial[8]. Cualquier exposición sobre la Parte General del Derecho penal sitúa al bien jurídico como su razón de protección

5 MIR PUIG, Santiago; *Introducción a las bases del Derecho Penal (Concepto y método)*, Barcelona, 1982, p. 128.

6 FERNÁNDEZ, Gonzalo D.; "Bien jurídico y principio de culpabilidad", en: *Derecho Penal Hoy. Libro Homenaje al Profesor David Baigún*, Buenos Aires, 1995, p. 170.

7 Sobre las distintas funciones del bien jurídico, véase: RUDOLPHI, Hans Joachim; "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", traducción de Enrique Bacigalupo, en: *Nuevo Pensamiento Penal*, N 5 a 8, Buenos Aires, 1975, pp. 328 y ss.

8 Véase, en este sentido: FONTAN BALESTRA, Carlos; *Tratado de Derecho Penal, tomo I, Parte General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 385, cuando dice que: "La importancia que este concepto tiene (bien jurídico) para la **interpretación de la parte especial de un código**, resulta del hecho de que, a diferencia del objeto material, que como antes hemos visto siempre es "un elemento del tipo legal", el objeto jurídico (objeto de protec-

LEGALES EDICIONES

exclusiva y, sin embargo en el desarrollo de la teoría analítica del delito, no se le vuelve a mencionar, sino es hasta llegar a la Parte Especial. En tal virtud, Hassemer tiene razón cuando escribe que la "... teoría del bien jurídico siempre parece quedarse atrás en el desarrollo del derecho penal"[9]. Esto, definitivamente implica, que la función de los bienes jurídicos no puede de manera alguna limitarse exclusivamente a la mera ordenación distributiva de temas delictivos dentro de la Parte Especial de los códigos penales, sino que debe constituir una guía interpretativa de directa incidencia en la función interpretativa y aplicativa.

La finalidad primordial del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos tutelados y con ello también se logra el mantenimiento del orden social[10]. Ello lo realiza a través de la

---

ción) no es una modalidad de la acción, un elemento del tipo, sino una "síntesis" del tipo en cuestión". (las negritas son mías).

9 HASSEMER, "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", traducción de Patricia S. Ziffer, en: *Doctrina Penal*, N 45 a 48, Buenos Aires, 1989, p. 280.

10 Véase: GARCÍA RIVAS, Nicolás; *El Poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, 1996, p. 26. CALDERÓN CEREZO A. / CHOCLÁN MONTALVO, J. A.; *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Barcelona, 2001, p. 20. Para una exposición sobre el bien jurídico-penal a nivel de nuestra jurisprudencia, véase la Sentencia de fecha 13.Oct.06 (Expediente acumulado N° 560-03), por la Sala Penal Nacional de Terrorismo en el caso "Abimael Guzmán Reinoso y otros", que analizando el tipo penal de terrorismo del artículo 2 del Decreto Ley 25475, manifiesta lo siguiente:

- En primer lugar, debe ser desestimada la tesis de la defensa en cuanto a que pues la teoría inmanente del bien jurídico, postulada por KARL BINDING, conforme a la cual se concede al legislador la tarea de determinar lo que debe ser un bien jurídico, fue dejada de lado por VON LISZT hace cien años, para quien la norma no crea el bien jurídico, éste resulta previo a ella (teoría trascendente). Cuando el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal señala que la pena precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley, esta última frase se refiere, obviamente, a que a través de la ley penal se tutelan bienes jurídicos y no a que estos se encuentran configurados por el legislador en la norma penal.
- En segundo lugar, ROXIN ha definido los bienes jurídicos como circunstancias reales dadas o finalidades necesarias para una vida segura y libre, que garantice todos los derechos humanos y civiles de cada uno en la sociedad o para el funcionamiento de un sistema estatal que se basa en estos objetivos. Los bienes jurídicos son intereses de la comunidad cuya protección garantiza el Derecho Penal. El tipo parte, pues, de la norma y ésta lo hace del bien jurídico. Un concepto de bien jurídico no puede limitarse de ningún modo a bienes jurídicos individuales, él abarca también bienes jurídicos de la generalidad. Sin embargo. Estos sólo son legítimos cuando le sirven en definitiva al ciudadano del Estado en particular. El bien jurídico es reconocido como la base de la

LEGALES EDICIONES

pena en base a los fundamentos prevencionistas que lo pregonan. A esto habría que agregar que toda intervención punitiva está sometida a determinados postulados consagrados expresamente por la comunidad, caso contrario dicha intervención perderá legitimidad. El llamado *"fin ético-social"* propio de autores como Welzel perseguían la protección de la vigencia de los valores ético-sociales, de los valores elementales de la vida de la comunidad. La misión del Derecho Penal –según Welzel– es proteger los valores elementales de la vida en comunidad[11].

---

estructura y de la interpretación de los tipos. Su concepto, sin embargo no debe ser equiparado con la *ratio legis* sino que debe poseer en sí mismo un decidido contenido real preexistente a la norma penal, ya que de lo contrario no podría cumplir con su función sistemática como criterio para el contenido, significado y delimitación de la disposición penal.

- En tercer lugar, el bien jurídico no es idéntico al resultado típico. La lesión de aquél significa el menoscabo de la pretensión de validez de un valor ideal mientras que, por el contrario, el injusto del resultado consiste en la lesión o puesta en peligro del objeto material del delito.
- En cuarto lugar, conceptualmente no deben confundirse bien jurídico y objeto material, sobre este último recae la acción típica o ataque. El objeto material puede aparecer de diferentes formas: como unidad psíquico – corporal (cuerpo o vida de una persona), como valor social (fama o crédito del injuriado), como valor económico (patrimonio), como cosa (un candelabro) o como una situación real (utilidad de un objeto).
- En quinto lugar, en la dogmática penal los tipos penales suelen ser clasificados en simples o monoofensivos (ejemplo: homicidio) cuando protegen un solo bien jurídico, y los compuestos o pluriofensivos (ejemplo: tipo de extorsión), cuando protegen a varios. La importancia práctica del concepto consiste en que en los delitos compuestos los diversos bienes jurídicos son de utilidad para la interpretación y en su caso han de ser ponderados comparando su respectiva importancia. En este último supuesto, la opinión dominante es que tratándose de una pluralidad de bienes jurídicos bastará alternativamente la lesión de uno u otro. También los delitos cualificados por el resultado son por regla general delitos compuestos como, por ejemplo, las lesiones corporales con resultado de muerte.
- En sexto lugar, la teoría de la imputación objetiva se deriva inexcusablemente del principio de protección de bienes jurídicos y, en esta dirección ha llegado a alcanzar una amplia difusión internacional. De modo tal que, acciones típicas son siempre lesiones de bienes jurídicos en forma de realización de riesgos no permitidos creados por los hombres.
- En sétimo lugar, la Constitución y los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, sirven de referencia fundamental en la configuración de determinados bienes jurídicos, pero no constituyen un límite concreto y cerrado a la actividad del legislador.

11 WELZEL, Hans; *Derecho penal alemán*, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Santiago, 1970, p. 11.

LEGALES EDICIONES

El bien jurídico es un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente. La mera protección de bienes jurídicos tiene sólo un fin preventivo de carácter policial y negativo. Por el contrario, la misión más profunda del Derecho penal es de naturaleza ético-social y de carácter positiva. Al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, revela, en la forma más concluyente a disposición del Estado, la vigencia inquebrantable de estos valores positivos de acto, junto con dar forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanente fidelidad jurídica[12].

Es de destacar que por el hecho de que se haya llegado al último escalón en la protección de los bienes jurídicos como es el Derecho Penal y mortales consecuencias que acarrea (la pena), sólo pretenda el Estado en cuanto a su estrategia la actuación monopolizada o exclusiva del mismo sin tomar en cuenta las consideraciones de las otras disciplinas de las *"ciencias penales"* o *"ciencia global del Derecho penal"* como lo son la dogmática jurídica, criminología positiva y actualmente la criminología crítica, victimología, penalogía entre otros que si bien son distintos en su naturaleza, pero son complementarios y resulta eficaz de cara al objetivo común que orienta toda política criminal: estabilidad de la convivencia social.

La teoría del bien jurídico servía para reforzar la anonimidad de la víctima, en tanto la objetivaba, y así el Derecho penal se podía dedicar a su "protección", por lo que no le interesaba la vida de Juan o de Pedro, sino la "vida". Asimismo tampoco le interesaba el patrimonio de Juan o Pedro, pues –como anota Maier– la protección estaba más allá del daño real provocado a una persona y próxima a la desobediencia, al control de comportamientos que hacían peligrar la paz jurídica dentro de un sistema de organización social. El conflicto, entonces, se reducía a la relación Estado-súbdito; en la traducción procesal, persecución estatal-imputado[13].

12 WELZEL, 1970, p. 13.

13 MAIER, Julio B. J.; "Dogmática penal y víctima del hecho punible", en: *Teorías Actuales en el Derecho penal, 75 Aniversario del Código Penal*, Buenos Aires, 1998, p. 342. Este

LEGALES EDICIONES

Por su parte, Binder, anota que, por ejemplo, el límite del bien jurídico tiene que ser la defensa del interés de la víctima. "El Estado, al seleccionar un conflicto (con los límites de los cuales ya hemos hablado), lo hace pensando en los intereses en juego y porque considera que uno de los intereses contrapuestos en más valioso y debe ser protegido. En esta dimensión, el Estado no puede ni desentenderse del concepto de la víctima, ni introducir un interés autónomo al de ella (que, recordemos, puede ser el concepto de personas que forma la sociedad). Introducir un interés autónomo es una de las formas que se han utilizado para provocar el corrimiento del conflicto primario hacia el castigo de la infracción, y desconocer el interés de la víctima (la víctima como excusa) ha sido una de las formas de disfrazar un puro interés estatal, desvinculado de las necesidades sociales"[14].

La idea del bien jurídico se opone al castigo, a la mera infracción como desobediencia. Además, debe tenerse en cuenta, que el bien jurídico no integra la tipicidad y tampoco la norma que subyace al él, sino que constituye la base fundamental sobre el cual se construye y "re" construyen los tipos de injustos y demás elementos del hecho punible[15]. Así las cosas, el Legisla-

---

autor agrega que: "...el principio del bien jurídico constituye el último y más acabado ensayo teórico de aquello que los abolicionistas expresan con las palabras *expropiación del conflicto*, en tanto, al objetivar a la víctima y abstraer el objeto de la lesión, transforman un conflicto social entre protagonistas reales, en un conflicto con el Estado por la desobediencia a sus normas". En igual sentido: RODRÍGUEZ DELGADO, Julio; "La reparación como sanción jurídico-penal", en: *Ius et veritas*, 17, Lima, 1998, p. 38. Por su parte, LÓPEZ BARGA DE QUIROGA, Jacobo; *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Lima, 2004, p. 20; anota que la teoría de bien jurídico lo único que nos dice es que ciertos bienes han sido valorados por el legislador de forma valiosa, pero no nos proporcionada ningún dato acerca de la necesidad o conveniencia de que tal "bien" sea considerado "bien jurídico".

14 BINDER, Alberto; *Introducción al Derecho penal*, Buenos Aires, 2004, p. 165.

15 Por eso algunos autores como el profesor Bustos Ramírez consideran que el concepto de bien jurídico constituye la base y razón de gran parte los niveles analizados en la estructura del delito. Así, BUSTOS RAMÍREZ, Juan; "La evolución de la teoría del delito", en: PRADO SALDARRIAGA/ BOJORQUEZ PADILLA / SOLÍS CAMARENA, *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 1995, p. 229, *"Por eso el concepto fundamental y vinculante para el injusto no es la acción, **sino el bien jurídico**, y el primer aspecto a considerar dentro del injusto tampoco es la acción, sino la tipicidad"*. (las negritas son del texto). BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Obras completas, tomo I, Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2004, p. 793, "La antijuricidad es, pues, la contravención del hecho típico con todo el ordenamiento jurídico

LEGALES EDICIONES

dor al momento de crear infracciones penales, tendrán que establecer determinados criterios político-criminales que permitan justificar la incorporación de aquellos bienes jurídicos que necesitan protección desde la órbita punitiva. Asimismo, para el Juzgador al momento de la aplicación e interpretación teleológica-sistemática de la ley ("según el bien jurídico protegido"), este tipo penal se convertirá en una herramienta indispensable que permitirá reducir a sus justos límites la materia prohibitiva y delimitar previamente la posición en torno a las múltiples fundamentaciones teóricas-dogmáticas que existen en torno al bien jurídico[16], como también al gran contenido criminológico que subyace en él.

---

en virtud de una afectación efectiva del bien jurídico. Se trata también de un juicio de valor que lleva a la afirmación o negación del desvalor de resultado, esto es, de afección del **bien jurídico** en forma de lesión efectiva o puesta en peligro".

16 Sobre las funciones intrasistemáticas o inmanentes al sistema del Derecho Penal positivo y una función extrasistemática del concepto de Bien Jurídico en su desarrollo histórico puede encontrarse en BARATTA, Alessandro; "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal, Lineamientos para una teoría del bien jurídico", en: *RPCP*, N° 1, Lima, 1993, pp. 35 y ss. En este mismo sendero es de destacar las posturas constitucionalistas, ellos aseguran que emanación de los bienes jurídicos deben encontrarse en una "fuente segura": la *norma normarum* del ordenamiento jurídico, esto es, la Constitución sería el medio idóneo para alcanzar las funciones de *lege lata* y *ferenda*. Sostienen, asimismo, no sólo una relación meramente formal entre la Constitución y Legislación penal, sino que debe ser aquel el soporte material de éste. Existen críticas en el sentido, que no se puede pretender buscar una conexión o encuadramiento formal y material entre el sistema social (y a la vez penal) y el marco constitucional. Respecto de lo anterior, existen dos posiciones: la tesis constitucionalista *amplia y las estrictas*. En estas últimas, se afirma una conexión estrecha y directa, mientras que en la primera, se proyecta como un vínculo amplio, un sistema flexible en el cual la Constitución material se irá incardinando.

Por otro lado, las fundamentaciones teóricas en la sistemática del hecho punible en la mayoría de veces tiene como base en la concepción del bien jurídico, es decir, por ejemplo: en un sistema dogmático subjetivista del ilícito penal –disvalor de la acción– la función del bien jurídico-penal será relevante y prioritaria. Así, el modelo seguido por SANCINETTI, Marcelo A.; *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, pp. 111 y 112. Este autor se hace la siguiente pregunta: ¿cuál es entonces esa función prioritaria del bien jurídico? En primer lugar, la de dar legitimidad a la norma que impone el deber: el legislador, según principios normativos de orden superior, constitucionales –y, por ende, contingentes, no conceptuales–, no puede imponer cualquier deber. En segundo lugar, cumple la función de definir el disvalor de acción contrario a la norma; pues la acción no es contraria a la norma sin más ni más, "porque

LEGALES EDICIONES

El bien jurídico, entre otras funciones, cumple un protagonismo central en la interpretación de los tipos penales pues a partir de él se definen los elementos que forman el supuesto típico; de allí que deba considerársele como el más importante elemento de interpretación[17]. Los bienes jurídicos no son tales porque el legislador los haya catalogado abstractamente en una norma jurídica, que puede estar supeditada quizá a un evento o situación coyuntural, sino porque, representan presupuestos indispensables para la vida en común. En general, los "bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema"[18].

Los bienes jurídicos más indiscutibles han sido reconocidos como derechos humanos por las declaraciones internacionales, y como estos derechos humanos representan intereses del in-

---

sí", sino en la medida en que la voluntad del autor se contrapone al bien jurídico, y por medio de esto, a la norma.

17 JESCHECK, Hans Heinrich; *Tratado de Derecho Penal,* Volumen Primero, Barcelona, 1981, p. 352.

18 ROXIN, Claus; *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito,* Traducción de la 2da. Edición alemana y notas de Luzón-Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remasal, Madrid, 1997, p. 56. Por otro lado: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Manual de Derecho Penal. Parte General,* Lima, 1994, p. 389, sostiene que: "Si tuviéramos que dar una definición del mismo, diríamos que bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan... Los bienes jurídicos suele decirse que son, por ejemplo, la vida, el honor, la propiedad, la administración pública, etc. En realidad, si bien no es incorrecto decir que el honor es un bien jurídico, eso no pasa de ser una abreviatura, porque *el bien jurídico no es propiamente el honor, sino el derecho a disponer del propio honor, como el bien jurídico no es la propiedad, sino el derecho a disponer de los propios derechos patrimoniales".* Asimismo, la definición de BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal,* Bogotá, 1982, p. 16 cuando dice: "Así individualizado entonces el bien jurídico, como algo concreto, pero qué al mismo tiempo da cuenta de la vida del cuerpo social, surge como una síntesis normativa (fijada por el ordenamiento) de una relación social determinada y dinámica. Es decir, donde hay varios sujetos en juego, determinados entre sí, en conexión con objetos, con un quehacer social y adoptando determinadas formas y modos". Siguiendo la definición de BUSTOS RAMÍREZ en nuestra doctrina, véase: BRAMONT ARIAS T., Luis A.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* Lima, p. 25, cita 3. PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial, I,* Lima, 1994, p. 60.

LEGALES EDICIONES

dividuo frente al Estado. Los bienes jurídicos son presupuestos indispensables para la realización del hombre a través de la funcionalidad social, los que son objetivados mediante su captación en el ordenamiento positivo. Asimismo, existe un enlace evidente, una conexión íntima entre bienes jurídicos y función motivadora de la norma. En verdad, ella lleva a cabo una protección a través de la motivación, porque la norma –que es de esencia imperativa– actúa apelando a la motivación del destinatario, para inclinar su decisión y determinarle a favor del derecho[19].

La protección de bienes jurídicos no significa imperiosamente la tutela a través del recurso de la pena criminal, puesto que una cosa son los bienes jurídicamente protegidos y otra cosa son los bienes jurídicos "penalmente" protegidos[20]. Esta última siempre tiene un ámbito mucho más reducido de tutela jurídica, que pasa principalmente por una decisión política criminalizante. En consecuencia, es inconcebible que pueda existir un tipo penal que no tenga como propósito proteger un bien jurídico determinado[21]. Por eso se ha dicho que el Derecho penal tiene encomendada la misión de proteger bienes jurídicos[22]. La intervención punitiva del Estado sólo se legitima cuando salvaguarda intereses o condiciones que reúnan dos notas. En primer lugar,

19 FERNÁNDEZ, Gonzalo D.; "Bien jurídico y principio de culpabilidad", en: *Derecho Penal Hoy. Libro Homenaje al Profesor David Baigún*, Buenos Aires, 1995, p. 181.

20 Así, MIR PUIG, Santiago; *Derecho penal. Parte general,* Barcelona, 1996, p. 91, apunta que "el Derecho penal *sólo* deba proteger "bienes jurídicos" no significa que todo "bien jurídico" haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinarse la intervención del Derecho penal. Ambas cosas se opondrían respectivamente a los principios de subsidiaridad y carácter fragmentario del Derecho penal. El concepto de "bien jurídico" es, pues, más amplio que el de **"bien jurídico-penal"**." Similar: ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro; *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2000, p. 464. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio; *Derecho penal. Introducción*, Madrid, 2000, p. 366. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 275. VILLAVICENCIO T., Felipe; *Derecho Penal. Parte General,* Lima, 2006, p. 95.

21 POLAINO NAVARRETE, 1996, p. 280. Este autor señala que "... la razón de ser de la pena, y con ello la propia justificación del Derecho penal, se halla integrada por la tutela de bienes jurídicos, configurados como determinadas categorías de valor, de singular relevancia en la convivencia humana".

22 JESCHECK, 1981, p. 9. PEÑA CABRERA, 1994, p. 67.

LEGALES EDICIONES

la de la generalidad: se ha de tratar de bienes o condiciones que interesen a la mayoría de la sociedad, no a una parte o sector de ésta. En segundo lugar, la de la relevancia: la intervención penal sólo se justifica para tutelar bienes esenciales para el hombre y la sociedad, vitales. Lo contrario sería la utilización de un uso sectario o frívolo del Derecho penal: su prevención[23].

Se sostiene en la actualidad que en vez de un concepto abstracto de bien jurídico, de índole estático y deducido directamente de valores de difícil materialización, es preciso ofrecer más bien "criterios delimitadores" para intentar la selección de los valores a proteger por el Derecho penal mediante *un procedimiento de carácter negativo* (Derecho penal mínimo)[24]. A ello se agrega, con razón, que al concepto de "bien jurídico" se le confiere una importancia sistemática fundamental, no sólo en la ciencia del Derecho penal, sino además en el plano de la Teoría General del Derecho[25]. Por eso, se ha llegado a hablar del "dogma" del bien jurídico protegido, de modo que sería rechazable todo precepto del que no pudiera decirse que pena conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico[26]. De ahí que se diga, con toda razón, que la función del Derecho penal sea la protección de bienes jurídicos[27]; desterrándose de esta manera

23 GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 367.

24 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; *Fundamentos del Derecho Penal*, Valencia, 1993, p. 52.

25 POLAINO NAVARRETE, Miguel; *Derecho penal. Parte general*. Tomo I, Barcelona, 1996, p. 281.

26 DIEZ RIPOLLES, José Luis; "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista" en: *Jueces para la democracia*, Madrid, 1998, p. 10.

27 Como es sabido, desde siempre se ha establecido que la función "primaria" del Derecho penal material es la exclusiva protección de bienes jurídicos fundamentales, de manera que no es tan acertado quienes piensan que la víctima nunca ha estado en mira del Derecho penal. Quien ostenta un bien jurídico (ya sea material o inmaterial) y lo afectan está siendo "víctima" de una infracción penal, precisamente por poseer un bien valioso que tutela el Derecho penal. Es decir, "bien jurídico" sería el presupuesto y momento previo a la afectación y "víctima" sería ya el estado concreto de afectación. Es solamente un cambio lingüístico que en el fondo representa lo mismo: proteger bienes jurídicos de las posibles víctimas a través de la amenaza de la pena. Otra cosa, es que en la práctica, el Derecho procesal penal no adecue las normativas pertinentes a los intereses de la víctima (aspectos reparatorios e indemnizatorios) dentro del proceso.

LEGALES EDICIONES

protecciones ligadas a meras desobediencias formales, o injustos administrativos o simplemente a cuestiones bagatelares.

El bien jurídico constituye el objeto típico de protección de las normas penales. Todo injusto típico, que lesiona la norma penal, tiene como contenido material de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido en el tipo legal. La dispensa de protección típica a cada uno de tales bienes jurídicos es una característica configuradora del Derecho penal[28]. La idea de bien jurídico, ni siquiera es posible construir una prohibición de insuficiencia en el Derecho Constitucional, y por consiguiente, tampoco en el Derecho Penal. La suposición de un bien jurídico necesitado y digno de protección es la base sobre la que se apoya un deber de protección, es el motor que hace funcionar a la prohibición de insuficiencia y que pretende obligar al legislador a actuar[29]. Así, la función protectora de "bienes jurídico-penales" ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 8 de junio de 1988, en la que otorga al Derecho penal "la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho"[30].

Los bienes llamados "jurídicamente protegidos", si bien todos poseen la misma importancia y jerarquía, habrá que advertir que tiene en su seno diferentes matices de regulación, y esto puede verse reflejado en el sistema de coerción ejercido por el Estado. Para muestra de ello veamos algunos ejemplos. Así, en el ámbito de la responsabilidad civil se necesitará la infracción del supuesto de hecho contenido en normas jurídicas que conciernen a la naturaleza dispositiva de las partes involucradas, para lo cual acarreará la imposición de una consecuencia jurídica (sanción pecuniaria o indemnizatoria), de acuerdo a lo previsto en

28 POLAINO NAVARRETE, Miguel; *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas* (con la colaboración Miguel Polaina Orts), Lima, 2004, pp. 228 y 229.

29 HASSEMER, Winfried; *"Bienes jurídicos en el derecho penal"*, en: Estudios sobre justicia penal. Libro Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier, Buenos Aires, 2005, p. 73.

30 Véase: REAÑO PESCHIERA, José Leandro; *Derecho penal bursátil. El delito de abuso de información privilegiada*, Lima, 2002, p. 41.

LEGALES EDICIONES

la Legislación civil. Por otro lado, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador o simplemente Derecho sancionador, si bien la vulneración de sus normas se relaciona con el Derecho público, es decir, aquellos intereses estatales o institucionales, que escapan a la libre disposición de los sujetos, pero la característica estará dada por la inaplicación de una pena, sino aquella sanción prevista en la Ley (en sentido amplio) de la materia administrativa (por Ej. multa).

Sin embargo, sí existe una parcela del ordenamiento jurídico, que ante la presencia de determinadas formas y modalidades de ataque –sea de resultado lesivo o peligroso– a bienes jurídicos se precise, previamente establecida en la legislación penal, la imposición estatal de una sanción, como por ejemplo, la pena privativa de libertad, teniendo como finalidad intrínseca la prevención general y especial (resocializadora) –y que no tienen las demás ramas del Derecho– capaz de preservar lo suficientemente las condiciones mínimas de convivencia social, esto constituye la categoría de bienes penalmente protegidos[31].

31 Aunque habrá que advertir que algunos bienes jurídico-penales se basan exclusivamente en "requerimientos económicos". Así, existen determinados delitos que dentro de sus presupuestos objetivos tiene como condición necesaria una "obligación de carácter pecuniaria", es decir, una obligación es traducible en determinada suma de dinero, que a su vez daña a un determinado bien jurídico-penal. Así, tenemos el delito de omisión de asistencia familiar (art. 149 CP) que tiene como presupuesto fundamental una cantidad de suma de dinero que en la vía extrapenal –civil– no se ha hecho efectivo, existe un intento fallido por parte de la judicatura civil para ejecutar el cobro de la deuda perteneciente al derecho alimentario, y esa omisión de no pagar por parte del sujeto obligado genera una vulneración al bien jurídico "familiar". En esta misma línea, debe ubicarse al delito de defraudación tributaria (Ley Penal Tributaria) que dentro de sus presupuestos objetivos también se asume como presupuesto una "obligación de sumas de dinero", específicamente, obligación de pagar tributos al Estado, que obviamente, su incorporación en el Derecho penal es porque ha fracasado las vías de cobro administrativo por parte de la SUNAT (proceso de cobro activo). Sin embargo, no debe confundirse la obligación jurídica que es el *presupuesto natural y objetivo en un delito*, con el *cobro efectivo de una suma de dinero* que emerge de una obligación jurídica. En un proceso penal no debe discutirse el cobro efectivo del dinero adeudado –recuperar el dinero no tributado o el dinero no ejecutado vía alimentos–, es decir, un proceso penal no debe generar una expectativa de recuperación del dinero adeudado objeto de procesamiento, sino que la expectativa que debe generar es solo *sancionar* penalmente aquellas conductas que se encuadran en un precepto penal, que dentro de sus presupuestos típico-objetivos contenga una

LEGALES EDICIONES

Debe establecerse algunos lineamientos que nos permitan abordar el tema del bien jurídico de acuerdo con la doctrina más actual. Así, el Derecho penal contemporáneo se fundamenta en principios de exclusiva protección de bienes jurídico-penales importantes, seguidos del principio de subsidiaridad, de necesidad y de efectividad. Esto significa en palabras de Luzón Peña[32] que solamente se consideren punibles aquellas acciones de ciertos autores frente a las que, en virtud de su gravedad, de la situación y de las circunstancias concurrentes, una determinada pena aparece, tanto en general como en el caso concreto, como merecida, proporcionada y necesaria.

Por otro lado, el legislador ha de moverse siempre dentro del ámbito delimitado por los bienes jurídicos. Sin embargo, el marco de movilidad es aún de gran amplitud, pues dentro de él no siempre debe utilizarse el Derecho penal, sino que puede recurrirse para su garantía a otros medios de control social y, en concreto, a otras ramas del ordenamiento jurídico[33]. Así, Binder ha dicho que "... *una teoría del bien jurídico nos debe indicar los criterios que impiden al Estado seleccionar un conflicto, aun cuando el poder punitivo sea el último recurso*"[34]. Uno de los efectos de la función subsidiaria del concepto de bien jurídico-penal es que resulta claro que la idea de bien jurídico y la teoría que en torno a él se ha generado deben combatir muchos problemas e interrogantes, pero puede servir de base a reflexiones críticas importantes, como por ejemplo, por qué conductas homosexuales no lesionan ningún bien jurídico y por lo tanto no deben ser criminalizadas.

---

obligación jurídica. Por ello, en el delito de defraudación tributaria cuando legislador peruano ha prescrito *"... dejar de pagar tributos..."* lo que está resaltando es el no-pago de una deuda de carácter tributaria, que en otras palabras, lo que está resaltando es su naturaleza pecuniaria (de tributos).

32 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; *La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito.*

33 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón / GARCÍA RIVAS, Nicolás; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, p. 7. FERNÁNDEZ, Gonzalo D.; "Bien jurídico y principio de culpabilidad", *cit.*, p. 17.

34 BINDER, Alberto; *Introducción al Derecho penal*, Buenos Aires, 2004, p. 163.

Es necesario advertir que la protección brindada al bien jurídico-penal es a su vez una protección realizada de manera indirecta o mediata a todas las ramas del ordenamiento jurídico, ya que sería contradictorio que por un lado, se proteja la vida y por el otro sería tolerable su extinción. En tal virtud, utilizaremos la denominación: bien jurídico-penal. En este orden de pensamiento, la función que realmente se considera legítima y adecuada al Derecho penal, es la *función instrumental*, la misma que se concibe como medio para la protección de bienes jurídico-penales resultantes de una selección operada conforme a los principios de intervención mínima, que legitima a las normas penales pues consiste en el efecto disuasorio de las conminaciones legales a sus eventuales infractores por la aplicación de la ley. Afirmándose que las controvertidas funciones de carácter *simbólico* (resultado de momentos críticos económicos, sociales o políticos que suele incidir en la criminalidad "expresiva": terrorismo, narcotráfico; además priman las funciones "latentes" sobre las "manifiestas"), *promocional* (que el Derecho penal debe operar como un poderoso instrumento de cambio y transformación de la sociedad y no limitarse a conservar el *statu quo*) y *ético-social* (el Derecho penal como fuerza creadora de costumbres y un "poderoso magisterio" de *facto*) significa una conculcación a los principios de subsidiaridad –*ultima ratio*– e intervención mínima.

El Derecho penal es entendido como potestad punitiva del Estado (Derecho penal en sentido subjetivo, *jus puniendi*), fundamentadora de la existencia de un conglomerado sistemático de normas primarias y secundarias[35], que al estar en conexión

35 Véase, por ejemplo, la Sentencia de fecha 13.Oct.06 (Expediente acumulado N° 560-03), por la Sala Penal Nacional de Terrorismo en el caso "Abimael Guzmán Reinoso y otros", que entre sus fundamentos, manifiesta que: "Así pues, el Derecho penal describe una selección de conductas humanas que han sido negativamente valoradas por los legisladores y la sociedad, y por ese motivo se declaran delictivas y se conmina con penas, pero en la medida en que esas conductas son consideradas repudiables se afirma también el valor y respeto que han de merecer los intereses o bienes que esas conductas ofenden. Por ello se afirma que el Derecho penal es un instrumento jurídico con el que se pretende contribuir a la convivencia y responder frente a los más graves ataques a los principios y valores en los que se supone que ésta se asienta. El Derecho penal no se reduce a un sis-

LEGALES EDICIONES

con la realidad social propicia que el bien jurídico asuma una importancia esencial en la reconstrucción del tipo del injusto. Ahora bien, una breve historia del bien jurídico nos hace entender que el concepto de bien jurídico, desde sus orígenes, no nace con pretensiones de limitar al legislador (de *lege ferenda*), sino para expresar, interpretar y sistematizar la voluntad de éste, como "ratio legis" del "ius positum" (de *lege lata*). Así las cosas, el bien jurídico-penal deberá cumplir una función material que es doblemente importante. Dicha función está ligada por un aspecto crítico tanto por los objetivos dogmáticos que de hecho protege el orden penal vigente (*lege lata*), así como a las valoraciones políticos-criminales que se relaciona con aquellos intereses que reclaman protección penal (*lege ferenda*), bajo los cuales deben sumarse los lineamientos imperativos de merecimiento y necesidad de pena insertados en el modelo del Estado social y democrático de Derecho[36].

En efecto, creo también que la discusión jurídica –al margen de su variedad y complejidad que representa el concepto de ambiente– hace patente una inidoneidad en los procesos de crimi-

---

tema de previsión de reacciones jurídicas llamadas penas ante la comisión de un hecho tipificado como delito, sino también es un poderoso elemento que coadyuva a la estructuración de la sociedad y que expresa relaciones de poder y sometimiento en el seno de la misma. Por ello, el poder punitivo del Estado en la sociedad moderna no es más que ejercicio de una potestad, frente a la cual el ciudadano no se encuentra en una relación jurídica de "igualdad", sino meramente subordinado a ella. Por tanto, tal potestad se ejerce como expresión de la voluntad de la mayoría de los ciudadanos, y en interés del conjunto de los mismos se le impone a los que contra ella se comporten".

36 Como indica CARO CORIA, Carlos; *"Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs"*, en: Themis, N° 35, Lima, 1997, pp. 165 y ss.; "...el camino hacia la concreción del bien jurídico-penal debe atender en primera instancia a las consideraciones de **merecimiento de pena**, cuyo juicio deriva de la significación atribuida al bien y de la gravedad de las diversas formas de ataque al mismo. Principios de justicia inspiran el merecimiento de pena, pues se sitúa en torno a consideraciones garantistas de proporcionalidad". Más adelante (ídem., p. 168) sobre la **necesidad de pena** sostiene que "...obedece a criterios de utilidad o rendimiento social, pues impone agotar la eficacia de otros medios menos lesivos, previo al paso de la intervención penal, pues de los que se trata es de proteger los bienes jurídicos al menor coste posible, y si ello es suficiente recurrir al control administrativo o civil, no existe necesidad de utilizar la pena". Sobre estos conceptos también: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas,* Lima, 1997, pp. 58 y ss.

LEGALES EDICIONES

nalización tanto primaria (creación de norma) como secundaria (aplicación de la norma). Como indica Albin Eser la cuestión está en identificar la problemática que puede resumirse en tres consideraciones: la cuestión del *merecimiento de protección*: por qué y en qué medida, la naturaleza y el ambiente son, en general digno de protección; la cuestión de la *necesidad de protección*: hasta qué punto esta protección debe ser de tipo jurídico; la cuestión de la *capacidad de protección*: en qué medida, y con qué instrumentos jurídicos, parece finalmente alcanzable la protección requerida.[37]

## 3. SOBRE LAS FUNDAMENTACIONES DOCTRINARIAS EN TORNO AL CONCEPTO DEL BIEN JURÍDICO-PENAL

En cuanto a las principales teorías que fundamentan el concepto de bien jurídico-penal hasta hoy no se ha logrado esclarecer el concepto de bien jurídico ni siquiera de modo aproximativo[38]. Al margen de que en la actualidad la discusión del concepto de bien jurídico se encuentra fuertemente vinculada al ámbito de la política criminal, lo que implica que la doctrina se encuentre sectorizada en cuanto al criterio de selección del origen del bien jurídico: para un sector es la norma constitucional la que debe actuar como ente formalizador de los bienes jurídicos, y para otros es imprescindible acudir a planteamientos sociológicos.

Los críticos de las posturas constitucionales aducen con razón que tales planteamientos no son más que una nueva versión de un neokantismo trasnochado, con la salvedad que la idealización del concepto ya no es a nivel penal, sino constitucio-

37 ESER, *"Derecho ecológico"*, cit., pp. 603 y 604. En esta línea: SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 277, cuando refiere que los bienes jurídicos pueden asentarse en consideraciones exclusivamente utilitaristas expresado en términos de necesidad y subsidiaridad o bien consideraciones axiológicas o de principio expresado en términos de merecimiento de protección.

38 Véanse: STRATENWERTH, Günter; *Derecho penal. Parte general, I, El hecho punible*, traducción de Manual Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, 2005, p. 65. CALDERÓN CEREZO, A. / CHOCLÁN MONTALVO, J. A.; *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Madrid, 2001, p. 22. HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal. Parte General, I*, Lima, 2005, p. 25.



LEGALES EDICIONES

nal. Considera que el concepto de bien jurídico se debe deducir de las prescripciones jurídicas positivas previas a la legislación penal pero obligatoria para esta, no puede apelarse a leyes de derecho natural, solo a aquellas contenidas en la Constitución. Aquí se equipara la realidad social con la realidad constitucional, lo que resultaría en un plano normativo pero jamás en un plano fáctico; cayendo en el absurdo de considerar la Constitución como un reflejo ágil de las cambiantes necesidades de una sociedad. Roxin afirma que el bien jurídico tiene su fundamento normativo en la Constitución[39].

En el Perú, puede citarse, como seguidor de la tendencia constitucionalista del bien jurídico, a Hurtado Pozo cuando sostiene que "...las normas constitucionales y de las declaraciones de derechos humanos constituyen puntos de referencia esenciales para determinar qué bienes jurídicos merecen protección penal"[40]. En esta misma línea puede ubicarse a Castillo Alva cuando dice que: "La importancia del bien jurídico puede ser obtenida generalmente de la Constitución Política, la cual recoge los bienes y valores más importantes de la sociedad política y sobre los que existe un consenso implícito. La Carta Magna, al ser producto de las fuerzas políticas existentes, suele recoger los bienes más importantes alrededor de las cuales hay un consenso social mínimo"[41].

Asimismo Urquizo Olaechea afirma que "la Constitución no puede entenderse como limitación en la conformación de bienes jurídicos: no todos los valores, principios e incluso fines que se encuentran en la Constitución tienen fuerza capaz para convertirse en objeto de tutela penal. Sin embargo, no se puede dejar de reconocer que la Constitución surge como fuente programática mínima capaz de relacionar y fundar los contenidos de los bienes jurídicos. El aspecto positivo de la Constitución como elemento integrador en la conformación de bienes jurídicos viene

39 ROXIN, 1997, pp. 55 y 56.

40 HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal. Parte General,* I, Lima, 2005, p. 27.

41 CASTILLO ALVA, José Luis; *Principios de Derecho Penal. Parte General,* Lima, (reimpresión), 2004, p. 258.

LEGALES EDICIONES

dado por la indicación que *existen valores vigentes* que defender, sin que ello nos lleve a posiciones acríticas o de obediencia o fidelidad al Estado"[42].

La Constitución cumple una función programática que incidirá en el derecho penal y en lo específico en la configuración del bien jurídico. El punto de referencia más claro se deriva del Capítulo I de los Derechos Fundamentales de la Persona del Título I de la Constitución, que coloca en el frontispicio de la normatividad constitucional *la dignidad de la persona humana*[43]: ("Art. 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado")[44]. La Constitución informará sobre otros principios como el de libertad, igualdad y justicia. Por la misma razón, la Constitución peruana exige a los Poderes Públicos remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (párrafo tomado del artículo 9.2 de la Constitución española)[45]. Los deberes constitucionales de protección pueden referirse solo a unos pocos derechos fundamentales, es decir, que cubren, si es que lo hacen, sólo un ámbito nuclear del Derecho penal.

En efecto, Hormazábal Malarée dice que "...los bienes jurídicos son relaciones sociales concretas, de carácter sintético, protegidas por la norma penal que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialécti-

42 URQUIZO OLAECHEA, José; "El bien jurídico", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*.

43 "La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara respecto a los límites que supone el ejercicio penal: Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana". Citado por BOVINO, Alberto; *"encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos"*, AA VV, en: pp. 440 y 441, en la causa "Velásquez Rodríguez", 29-7-88, Serie C, N 4, párrafo 154.

44 URQUIZO OLAECHEA; "El bien jurídico", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, cit.

45 URQUIZO OLAECHEA; "El bien jurídico", *cit.*



LEGALES EDICIONES

co que tiene lugar en su seno"[46]. De la misma manera Mir Puig anota que los bienes jurídicos son las condiciones necesarias, según la observación empírica, de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales. Pero para evitar una concepción poco respetuosa para con el individuo, que lo contemple sólo desde la perspectiva de su utilidad social, conviene requerir que tales condiciones se traduzcan en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social[47].

En principio, habrá que tener en consideración que constituye una referencia obligada para la selección de los bienes o intereses jurídicamente protegibles la Constitución Política. Aunque la misma no ofrezca las garantías de seguridad necesaria para erigirse en el instrumento exclusivo para la selección y jerarquización de los valores que el Derecho penal está llamado a proteger. Hay que reconocer que no es posible deducir de la Constitución –ni de ningún otro lugar– un catálogo de reglas "matemáticas" y exactas para dar solución definitiva a los problemas de la selección y la jerarquización de los bienes jurídicos: ambas cuestiones, en el fondo están abiertas a las más variadas valoraciones jurídicas y apreciaciones de tipo subjetivo (consideraciones ideológicas, éticas, políticas, etc.)[48]. Sin embargo, también hay que considerar que el bien jurídico no puede ser definido de manera rígida, por el contrario, hay que tratar de conocer los hechos y los fines que deben ser protegidos. Estos, así como la manera de apreciar su importancia, son condicionados, en general, por los cambios sociales y, en particular, por el marco

46 HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán; *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, Lima, 2005, p. 169.

47 MIR PUIG, Santiago; *Introducción a las bases del Derecho Penal (Concepto y método)*, Barcelona, 1982, p. 140. Como afirma MIR PUIG, 1982, p. 123, "Para quien crea, como nosotros, que el Derecho Penal sirve a la función de protección de los bienes jurídicos a través de la prevención de delitos, un Derecho Penal deberá incorporar los postulados del planteamiento social, porque la justificación del Derecho penal subjetivo se halla condicionada a su capacidad para satisfacer del modo más eficaz posible la necesidad de protección de la Sociedad".

48 Así, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; *Fundamentos del Derecho Penal*, Valencia, 1993, pp. 50 y 51.

LEGALES EDICIONES

constitucional en el que está organizado y funciona el sistema político y jurídico[49].

## 4. LOS CUESTIONAMIENTOS DEL CONCEPTO "TRADICIONAL" DEL BIEN JURÍDICO-PENAL EN LA ACTUALIDAD

Actualmente, el bien jurídico expresa un criterio legitimante de *limitación* del poder de definir conductas criminales por parte del Estado –y no meramente interpretativa o sistemática–, y encausarlo a la exclusiva protección de bienes jurídicos[50]; sin embargo, esta garantía de limitación actualmente sufre una crisis[51]. La función significativa de delimitación sirve primordialmente para evitar una hipertrofia cualitativa y cuantitativa del

49 HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal. Parte General, I,* Lima, 2005, p. 27.

50 Así, BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE; *Lecciones de Derecho penal,* Volumen I, Madrid, 1997, p. 58. WOLTER, Jürgen; "Derechos Humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del Derecho penal", en: *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal,* Barcelona, 1995, p. 37. MIR PUIG, Santiago; *Introducción a la bases del Derecho penal,* Buenos Aires, 2002, p. 112. Este autor nos recuerda que el concepto de bien jurídico no nació con el propósito de trazar una frontera al *ius puniendi* del Estado, sino que fue introducido por BIRNBAUM en el ámbito de los delitos contra la religión y las buenas costumbres, en contra de los postulados liberales". MUÑOZ CONDE, Francisco; "Nuevas tendencias en la legislación penal: El Nuevo Código Penal español de 1995", ponencia presentada en el Seminario Internacional de Derecho penal, en: *Nuevas tendencias en el Tercer Milenio,* Universidad de Lima, 2000, p. 17, este autor considera con relación a la limitación, que "...si se tuviera en cuenta actualmente más esta idea clásica, se evitaría el recurso al derecho penal en relación con hechos que pueden ser adecuadamente sancionados por otros vías jurídicas no penales, evitando así que el derecho penal pueda utilizar como pretexto para suplir las deficiencias de regulación o de funcionamiento de otras instituciones jurídicas". REYNA ALFARO, Luis Miguel; *Derecho penal económico. Parte General y Parte Especial,* Lima, 2002, p. 161. REAÑO PESCHIERA, José Leandro; *Derecho penal bursátil. El Delito de abuso de información privilegiada,* Lima, 2002, p. 40.

51 Vid., MOCCIA, Sergio; *"De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales"*, traducción de Ramon Ragués i Vallès, en: SILVA SÁNCHEZ, (ed.); *Política criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin,* Barcelona, 1997, p. 114. Este autor considera que el argumento principal de la crisis "... viene dado por la consideración según la cual, tras el examen de algunos bienes jurídicos, la mayoría de ellos de titularidad difusa o de amplio espectro, sería necesaria una tutela fuertemente anticipada, que se materializaría en la incriminación de conductas notablemente distantes a la realización efectiva de la agresión".



LEGALES EDICIONES

Derecho penal que eliminara su carácter de *ultima ratio* frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico[52].

En tal línea, resultará cuestionable cualquier decisión política en torno a la criminalización primaria –crear delitos y faltas[53]– que tenga como propósito reforzar pedagógicamente determinadas tendencias inmorales, credos o intereses particulares (rol de comunicación "superior"), ideologías, como el caso del "mantenimiento de la pureza de la sangre" o la protección al "sano sentimiento del pueblo alemán" en la cual el pueblo tenía vida propia y que no es simplemente un conjunto de individuos; esto fundamentó la represión del denominado Nacional-Socialismo (Escuela de Kiel), que significó para la teoría del bien jurídico un retroceso, puesto que tuvo lugar en un Estado totalitario. Asimismo, estos hechos interrumpieron los primeros postulados de la teoría finalista, a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial. Retomando el hilo argumentativo, tampoco pueden concebirse como bienes jurídicos aquellas nociones abstractas o eminentemente valorativos sin contenido material[54].

Desde mi punto de vista una visión crítica y actual del bien jurídico-penal puede encontrarse resumida en el texto del Profesor Alcácer Guirao en los siguientes términos:

> "Desde el concepto del bien jurídico se ha pretendido desarrollar el catálogo de los intereses que, por su carácter

52 MUÑOZ CONDE, Francisco; "Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal", en: *XX Jornadas Internacionales de Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 194.

53 Así, ROXIN; *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 57, correctamente dice: "En efecto, también las contravenciones lesionan bienes jurídicos, puesto que causan daño al individuo (¡ruido perturbador de la tranquilidad o descanso¡) o son perjudiciales para el bien común (y con ello mediatamente también para el ciudadano). Incluso una prohibición de aparcamiento tiene la finalidad de impedir un atasco de las calles y asegurar de ese modo el libre comercio y movimiento; por tanto protege un bien jurídico".

54 Así, PRADO SALDARRIAGA, Víctor; *Derecho penal y política*, Lima, 1990, p. 45, nos recuerda que en el Perú el rol crítico del Principio de Bien Jurídico Real ha permitido desmitificar múltiples "decisiones políticas" del Estado, Verbigracia, a través de él se ha podido reconocer que la criminalización de actos de rechazo a la reforma agraria, sólo perseguía la potenciación aplicativa de una política de desarrollo. Y que detrás de la penalización de la huelga de hambre no existía un propósito de proteger la salud, sino un afán autoritario de superar con la represión penal las paralizaciones y demandas sindicales.

LEGALES EDICIONES

esencial para la convivencia, podrían considerarse merecedores y necesitados de protección a través de la sanción penal. A este respecto, si en algo existe consenso en la actualidad, es que a partir de la mera noción del bien jurídico apenas pueden aportarse parámetros de decisión al legislador, no sólo por la propia vaguedad en su definición, coexistiendo una multiplicidad de acepciones del mismo, sino porque para esa decisión político-criminal –siendo lo primero debatir, por lo demás, si ello ha de ser labor de la doctrina– se precisa una más amplia perspectiva de análisis y decisión, orientada hacia aspectos filosóficos-políticos –como por ejemplo la tensión entre los intereses de la persona y los de la sociedad– o jurídicos –como la interpretación de la Constitución–, incorporando otra serie de principios limitadores del *ius puniendi*, de naturaleza tanto utilitarista como valorativa (principio de intervención mínima, de *ultima ratio*, de fragmentariedad, etc.), que no pueden integrarse en a exclusiva referencia al bien jurídico"[55].

Actualmente la capacidad de rendimiento que se ha entendido en forma tradicional del concepto de bien jurídico en el campo del Derecho penal está siendo cuestionada por dos motivos fundamentales:

- En primer lugar, por la influencia enorme que ha tenido –y tiene– el denominado derecho penal económico, ya que sus categorías (relación de causalidad, peligro abstracto) se alejan de la efectiva lesión a los bienes jurídicos tutelados, al utilizar la técnica de *delitos de peligro abstracto*[56]. Una de las

55 ALCÁCER GUIRAO, Rafael; *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Lima, 2004, pp. 22 y 23.

56 MUÑOZ CONDE, Francisco; "Prólogo" al libro de HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán; *Bien jurídico y Estado social y Democrático de Derecho*, Lima, 2005, p. 8, ha dicho que "Asistimos, en la actualidad, a un movimiento científico y legislativo que se caracteriza por extender la intervención del derecho penal a ámbitos muy alejados de los intereses humanos tradicionalmente protegidos por él: la vida, la integridad física, la salud, la libertad o el patrimonio. La simple puesta en peligro, incluso abstracta, de intereses económicos estatales (como, por ej., sucede en algunos delitos monetarios), o del medio ambiente



LEGALES EDICIONES

causas de la expansión del Derecho penal –siguiendo a Silva Sánchez– se debe a que la anticipación de las fronteras de la protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo *"delito de lesión de bienes individuales"* al modelo *"delito de peligro de bienes supraindividuales*[57]*"*. Una clara muestra de esta tendencia actual puede percibirse en el Anteproyecto de Ley del Código Penal. Parte General, 2004, artículo IV, cuando prescribe que: *"La pena precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley. Sólo en casos excepcionales, por razones de estricta necesidad para la protección de un bien jurídico colectivo o institucional, se sancionaran comportamientos idóneos para producir un estado de peligro para el referido bien jurídico"*. En otras palabras, las tendencias de la moderna política criminal se caracteriza por dos formas: la creación de delitos de peligro abstracto (como el fraude de subvenciones) y el bien jurídico normalmente objeto de protección es un bien jurídico universal vagamente configurado (como la salud pública en el Derecho penal de estupefacientes)[58]. Urquizo Olaechea, al referirse al sistema jurídico penal de los bienes jurídicos macrosociales o universales en un Estado liberal y social de Derecho sostiene que: "(...) la tendencia a crear estructuras típicas de peligro en los preceptos que protegen bienes jurídicos colectivos puede estar condicionada por una indebida

(elevando a la categoría de delitos simples infracciones administrativas), son la mejor prueba de esta tendencia. También se habla de "delitos sin víctimas" y dentro de la "guerra de las drogas" se preconiza la punición del consumo, haciendo de la salud un bien jurídico por encima de la idoneidad o la eficacia de las normas para proteger estos intereses, sino la consistencia de los intereses mismos como bienes jurídicos. Poco se gana pues, con decir que el Derecho protege bienes jurídicos, si antes no nos ponemos de acuerdo sobre lo que entendemos como tales".

57 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *La expansión del Derecho penal...*, p. 98. En igual sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco; "Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal", en: *XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, 1998, p. 200, "La tendencia a la protección de bienes jurídicos institucionales o universales parece inevitable y, dada la dificultad de precisar con nitidez sus perfiles y contornos, parece inevitable también el recurso a los delitos de peligro abstracto, anticipando la intervención del Derecho penal a momentos anteriores a la afectación del bien jurídico".

58 HASSEMER, "Perspectivas del Derecho penal futuro", *cit.*, p. 37.

LEGALES EDICIONES

confusión entre el plano abstracto y el plano concreto del substrato del bien jurídico: para poder hablar de lesión de un bien jurídico colectivo no es preciso la desaparición de esa realidad social como consecuencia de la lesión, del mismo modo que para afirmar una lesión a la vida tampoco hace falta que desaparezca la vida humana del planeta o de un determinado territorio; o lo que es igual, que el bien jurídico tenga una dimensión colectiva no quiere decir que tal bien no sea susceptible de diferenciación en elementos individualizables que constituyen formas concretas de manifestación de él (...)".[59]

- En segundo lugar, porque el concepto de bien jurídico está siendo seriamente cuestionado por la propuesta del sistema funcionalista en su expresión más extrema: la teoría funcionalista sistemática de Luhmann[60]. Existen las tesis sociológicas funcionalistas que pregonan la dimensión social de los bienes jurídicos, como condiciones indispensables para garantizar la estabilidad del sistema, por ej. la doctrina particular de quien ha puesto en tela de juicio el valor de rendimiento de la exclusiva protección de los bienes jurídicos, y su principio de lesividad. Jakobs sostiene que "se trata más bien de si las normas jurídicas (y con ellas sólo indirectamente también el propio Derecho penal) sólo son legítimas si se protegen bienes jurídicos, sin que esté especialmente claro lo que es un bien jurídico en ese contexto. El bien jurídico se ha convertido en un auténtico Proteo, que en las propias manos que creen sujetarlo se transforma en seguida en algo distinto"[61]. El fin no deja de ser la estabilización de los con-

59 URQUIZO OLAECHEA, José; en: *Sistemas Penales Iberoamericanos*, 2003, Lima, p. 292.

60 HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán; *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, Lima, 2005, pp. 13 y 14, como efectivamente señala que "si se asiente el funcionalismo sistémico con su postulado que la misión del Derecho penal es asegurar, por sobre las cosas, simplemente la vigencia de la norma sin otra referencia material legitimadora que la defensa del sistema social, posiblemente el Derecho penal pierda con la teoría del bien jurídico, como señala Muñoz Conde (1985, 28), *"el último apoyo que le queda para la crítica del Derecho penal positivo"*.

61 JAKOBS, Günther; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid,

LEGALES EDICIONES

tactos sociales, pero esto no se realiza a través del fomento e internalización de la moral dominante, sino exclusivamente a través de la reafirmación simbólica de la vigencia fáctica de las normas de conductas establecidas por el ordenamiento[62]. Quien ha seguido este criterio es Bacigalupo, quien dice que: "... el derecho penal tiene la misión de garantizar normas. Las normas, por su parte, autorizan la lesión de bienes y la modificación de situaciones cuando ello es necesario para el desarrollo de la sociedad: se autoriza a producir ciertos peligros con el tráfico automotor y la concertación de estos peligros en daño no se imputa al autor que se mantuvo dentro del límite del riesgo permitido. "En suma: *las normas son el objeto de protección de las normas penales. Los valores superiores del ordenamiento jurídico (libertad, justicia, igualdad*

1997, pp. 47 y 48. ÍDEM "¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", en: JAKOBS / CANCIO MELIÁ, *El sistema funcionalista del Derecho Penal*, Lima, 2000, p. 46. Quien sigue esta tendencia en el Perú, aplicado al derecho penal económico es: GARCÍA CAVERO, Percy; *Derecho penal económico, Parte General*, tomo I, Lima, 2007, p. 115, cuando sostiene que "... el fin de la prohibición penal no es garantizar la existencia de determinados bienes, sino evitar un ataque contra los mismos, es decir, el desconocimiento del derecho de las personas sobre los bienes. Lo que se sanciona, por tanto, no es la lesión del sistema económico, sino la defraudación de la expectativa normativa de conducta de actuar de acuerdo con el modelo de orientación vigente en el sistema económico, esto, respetando los derechos e instituciones reconocidas". Un buen resumen del pensamiento del Profesor JAKOBS lo podemos encontrar en: PARMA, Carlos; *El pensamiento de Günther Jakobs. El derecho penal del siglo XXI*, Mendoza, pp. 145 y 146, cuando afirma "... que en la gran mayoría de las ocasiones hay bienes jurídicos que no le interesan al Derecho Penal. Abona su posición el hecho de la muerte natural, un aluvión que destroza un campo, etc. Interpretando a esta teoría Jakobs dice que "la muerte por senectud es la pérdida de un bien, pero la puñalada del asesino es una lesión de un bien jurídico"... por lo tanto el Derecho Penal no sirve para la protección genérica de bienes, sino para la protección de bienes contra ciertos ataques (...) Así se entiende que el Derecho Penal garantiza la expectativa de que no se produzcan ataques a bienes. Ejemplificativamente sería así: la propiedad no debe ser lesionada, pero el titular del bien puede permitir su destrucción, y si el bien está en peligro no significa que otros deban ayudar al titular a salvarlo. Entonces razona Jakobs que desde este punto de vista el bien no ha de representarse como un objeto físico, sino como una norma, como expectativa garantizada. Porque así se representa el derecho en cuanto a estructura de la relación entre personas y no puede representarse como un objeto físico".

62 ALCÁCER GUIRAO, Rafael; "¿Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas? Consideraciones sobre el destinatario de las normas" en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 2, p. 56.

LEGALES EDICIONES

*y pluralismo político), así como los llamados fundamentos del orden político y la paz social y los derechos fundamentales de ellos derivados, marcan los límites del legislador para la creación de normas penales*"[63].

A partir de aquí se entenderá como *bien jurídico* el objeto de protección de una norma, en contraposición como "bien jurídico-penal". La pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Un punto de vista crítico a las concepciones sociológicas funcionalistas es hecho por Silva Sánchez cuando dice que "... aprecian correctamente la necesidad de atender los bienes jurídicos en su dimensión social, como condiciones necesarias para la conservación del orden social. (....) Sin embargo, la corrección de la tesis básica de estas corrientes, que se expresa en el rescate de la noción de bien jurídico del mundo abstracto de los valores y su integración en el ámbito de la realidad social, en el que se desarrollan las funciones del Estado y, por ende, del Derecho penal, no puede hacer olvidar determinadas dificultades inherentes a tal concepción. Así por un lado, como ha advertido cierta doctrina, la adopción de una perspectiva exclusivamente funcionalista puede anular de hecho la eficacia limitadora del concepto, pues ciertamente, la protección de valores morales (o incluso, como sucede en nuestros días, de determinadas estrategias políticas) puede ser estimada "funcional a una determinada sociedad"[64]. Entendiendo que las

63 BACIGALUPO, Enrique; *Derecho Penal. Parte General,* Buenos Aires, 1999.

64 SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 269. Véase también la crítica de MIR PUIG, Santiago ("Los límites del normativismo en Derecho penal", en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 07-18 (2005), disponible: www.criminet.ugr.es/recpc), al funcionalismo sociológico extremo, cuando dice que: "... prescindir de esta referencia individual y poner en su lugar las normas jurídicas, como objetivo central de protección del Derecho penal, subraya la sujeción de los individuos al poder estatal. Las normas jurídicas son manifestaciones del poder y limitan la libertad de sus destinatarios. Erigirlas en el objeto último de protección por parte del Derecho penal supone considerarlas valiosas en sí mismas, esto

LEGALES EDICIONES

críticas intra-sistemáticas y extra-sistemáticas formuladas al funcionalismo radical o extremo tienen validez a la luz del sentido político criminal del modelo de Estado social y democrático de Derecho que se puede deducir de los artículos 3, 38, 43 y 45 de la Constitución, debiendo regirse los procesos de criminalización y descriminalización por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos[65].

## 5. LOS MOMENTOS DE ANÁLISIS DEL BIEN JURÍDICO-PENAL

Existen diversos momentos de análisis para la elaboración del bien jurídico en la vía penal. Estos momentos son los siguientes:

a) Así, existe un primer momento de análisis del bien jurídico-penal cuando el legislador intenta crear un delito –o hasta una falta o contravención– en el Código Penal, por ejemplo,

---

es, supone considerar valiosas por sí misma la restricción de la libertad que implican. Ello no puede aceptarse desde una perspectiva democrática".

A mi juicio, si nos adherimos en la medida de lo posible a una posición teórica como la que propugnan los defensores del funcionalismo sistémico de JAKOBS, en cuanto a que si ¿existe un bien jurídico-penal dentro de sus postulados? se podría inferir erróneamente las siguientes consecuencias:

a) Por un lado, si la finalidad del Derecho penal es la "vigencia y estabilidad de la norma", entonces, lo protegido no son las personas humanas, ni las instituciones –públicas ni privadas– ni tampoco los bienes muebles o inmuebles, etc., sino fundamentalmente la vigencia y estabilidad de la norma. Así, entonces se podría hasta causar agresiones graves como la muerte, apoderarse ilegítimamente de los bienes muebles, causar detenciones ilegales y arbitrarias, etc., si con ello se asegura la vigencia y estabilidad de una norma. En tal sentido, si lo que se quiere cautelar es sólo lo que ha de desempeñar alguna función para la sociedad o para uno de sus subsistemas, incluido el ciudadano, entonces: a) El ciudadano carece de protección jurídico-penal; b) Se puede causar la muerte, apoderarse de bienes, etc., sobre elementos o personas que no estén cumpliendo una función o expectativa para con la sociedad civil, porque sencillamente están "fuera" del sistema social.

b) Por otro lado, si es necesaria –como dicen los funcionalistas sistémicos– una expectativa de que todos los seres humanos mantengan en orden su nivel de organización social, para que no se produzcan efectos exteriores mediante los que podrían resultar dañados otros, entonces todas las personas deben pertenecer a un "mismo" círculo organizacional o rol social, lo cual sería un absurdo.

65 REAÑO PESCHIERA, José Leandro; *Derecho penal bursátil. El delito de abuso de información privilegiada*, Lima, 2002, p. 45.

LEGALES EDICIONES

antes de introducir determinados tipos penales, previamente debería preguntarse si una determinada conducta dañosa que se intenta acompañar con una pena criminal, vulnera determinados intereses personales y sociales. Así, por ejemplo, la incorporación de los denominados delitos contra la "humanidad" (en las cuales se encuentra la tortura, el genocidio) determinó que existían hechos disvaliosos que merecían una tutela jurídico-penal.

b) Existe un segundo momento de análisis cuando, por ejemplo, el Juez Penal intenta encontrar una razón en su fallo –imponiendo una pena– precisamente por que la conducta del sujeto ha afectado (lesión o puesta en peligro concreto) de un bien jurídico-penal –principio de lesividad–. A veces cuando los juzgadores llegan a la conclusión (dentro del proceso) que tal persona se le ha encontrado culpable de un delito, es porque, en realidad, ha vulnerado un bien jurídico-penal. No se concibe, actualmente, una sentencia condenatoria si es que no hay un bien jurídico que se haya trasgredido, ya sea en forma consumada o tentada.

c) Por último, un tercer momento de análisis del bien jurídico es cuando el jurista o intérprete trata de razonar sobre las posibles alternativas y reformas –de *lege ferenda*– que deberían introducirse en la Parte Especial del Código Penal. A veces, la visión de quienes comentan las distintas figuras de la parte especial resulta muy "limitada" si solamente se ocupan los tipos penales y olvidan el análisis del bien jurídico. A veces la razón de un tipo penal encuentra sentido si se "engarza" con el bien jurídico que se pretende proteger. Quizá mucha atención brindamos al análisis objetivo de los tipos penales (por ejemplo: sujetos activos y pasivos, verbos típicos, relación de causalidad, resultado y consumación, etc.) y olvidamos que todos esos conceptos están en función a la protección del bien jurídico-penal.

No es que en cada momento de análisis el bien jurídico-penal adquiera una distinta "dimensión" y que sea, a su vez, contradictorio con el otro momento de análisis, sino por el contrario,

LEGALES EDICIONES

cada momento supone una distinta posición por parte de quien hace el análisis (legislador, juzgador o jurista) teniendo como base fundamental el bien jurídico-penal. Por tal motivo, remarco que no interesa el orden de análisis del bien jurídico-penal, es decir, resulta irrelevante el orden en que lo hemos presentado en esta oportunidad (legislador, juzgador y jurista), sino lo relevante está en la forma de *cómo* lo lleva a cabo su labor.

## 6. LA CRISIS DEL CONCEPTO DE CORTE LIBERAL DEL BIEN JURÍDICO-PENAL. IMPLICANCIAS EN EL DERECHO PENAL PERUANO

El bien jurídico cumple también una función ordenadora al jerarquizar las distintas infracciones penales contenidas en la Parte Especial, es decir, la ordenación que presentan los preceptos penales de la Parte Especial, responde a una jerarquización, que en el plano valorativo, se le atribuyen a los bienes jurídicos subyacentes en los tipos penales. El efecto de la jerarquía de los bienes jurídicos, por ejemplo, coloca a la vida por encima de la propiedad, se derivan grados de intensidad de las lesiones que constituyen parámetros para el análisis de la proporcionalidad de las injerencias estatales que afectan la libertad del ciudadano como reacción a la lesión[66]. El valor de un bien jurídico penal, por lo tanto, contribuye a una determinación más fina de los límites dentro de los cuales es legítima una restricción de la libertad general de acción, y también los límites dentro de los cuales

66 Nuestra literatura penal también ha seguido este criterio: PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial,* I, Lima, 1994, p. 66, "Nuestro Código aglutina los hechos jerárquicamente de acuerdo con los intereses jurídicos amparados; la escala va desde los bienes altamente valorados como la vida, hasta aquellos de íntima estimación a que se refieren las contravenciones". BRAMONT ARIAS T., Luis A.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* Lima, p. 25, "El criterio dominante y el que ha seguido nuestro legislador al momento de elaborar el Código Penal peruano ha sido el de clasificar los delito de acuerdo al bien jurídico protegido: por ejm., la "vida humana" en el delito de homicidio, asesinato, parricidio, la "libertad sexual" en el delito de violación, el "patrimonio" en el delito de hurto, etc.". ANGELES GONZALES, Fernando / FRISANCHO APARICIO, Manuel; *Código Penal (comentado-concordado-anotado-jurisprudencia),* tomo II, Lima, 1997, p. 645, "Legislativamente la Parte Especial ha sido ordenada teniendo en cuenta la jerarquía de los bienes jurídicos protegidos en los respectivos delitos".

LEGALES EDICIONES

los ciudadanos pueden ser amenazados con sanciones frente a la desviación a la norma[67].

Así, el Código Penal peruano clasifica las diferentes infracciones partiendo, en primer lugar, de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, siguiendo con los delitos contra el honor, la familia, la libertad, el patrimonio, la confianza y buena fe en los negocios, etc., todos ellos teniendo como base protectora la persona humana y de todo aquello que lo relaciona para su supervivencia en sociedad; para terminar luego con un bloque interesante de los denominados delitos colectivos-institucionales (entre los que se encuentra la Tranquilidad Pública, Ecología, Salud Pública, Administración Pública, Fe Pública).

Lo curioso es que las penas en ambos rubros –personales y colectivos– sean casi similares, cuando supuestamente la muerte de un ser humano (homicidio) sería el delito más grave de todos los delitos de la Parte Especial, en un sistema donde la dignidad del hombre es la base del funcionamiento del sistema social. De todas formas la sistemática utilizada por el legislador patrio indica definitivamente el predominio de la tendencia liberal de nuestro Código Penal que concuerda con lo previsto en la Constitución Política al referirse a la persona humana –y su dignidad– como fin supremo de la Sociedad. Sin embargo, existen actualmente Códigos penales que, por ejemplo, comienzan su Parte Especial protegiendo los intereses estatales como el caso de Chile (por ejemplo: Seguridad Interna y Externa, Orden Constitucional y los Poderes del Estado, etc.), antes que los intereses personales, teniendo una evidente vocación intervencionista del Estado –en la vía penal– sobre los intereses individuales.

Empero, el verdadero *talón de Aquiles* que enfrenta la teoría del bien jurídico de corte liberal es la inusitada presencia de los bienes jurídicos colectivos: los delitos ecológicos, delitos contra la humanidad, delitos financieros, etc.; pero no se queda ahí el problema, sino que algunos delitos que son colectivos se ven incrementados en las penas, como por ejemplo el delito de tráfico

67 Véase: HASSEMER, Winfried; "Bienes jurídicos en el derecho penal", en: *Estudios sobre justicia penal. Libro Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, 2005, pp. 70 y 71.



LEGALES EDICIONES

ilícito de drogas donde el bien jurídico es la Salud Pública, y las penas son sumamente severas, o los delitos de terrorismo que el bien jurídico es la tranquilidad pública, donde las penas son también severas.

En consecuencia, el Estado no sólo le interesa la existencia y protección de los bienes jurídicos colectivos e institucionales, sino que a esa existencia se le agrega un factor agravatorio en cuanto a las penas (penas de más de 25 años de pena privativa de libertad y algunos llegan hasta la cadena perpetúa). Todo esto demuestra, una vez más, que el corte liberal que le concede la Constitución Política a la persona humana y su protección mediante el Derecho penal queda relegada. Ahora bien, no estoy en desacuerdo en la proliferación de bienes jurídicos colectivos en sede penal, al contrario, pienso que el avance de la sociedad y los grados de afectación hacia él son cada vez más graves y perversos que pueden redundar en la propia subsistencia individualmente hablando –por ejemplo los delitos ecológicos–, sino lo repudiable desde el punto de vista liberal, es que el bien jurídico "salud pública" que se cautela en el delito de tráfico ilícito de drogas en jerarquía "penológica" valga más que la propia "vida humana" que se protege en el delito de homicidio.

Nuevamente la política criminal y los aspectos netamente coyunturales y emergenciales son los criterios que priman, en perjuicio de las garantías y derechos individuales. En suma, una Teoría del Derecho Penal que pretenda estar a la altura de la política criminal y de la teoría que la acompaña, sin perder de vista las buenas tradiciones del Derecho penal, debe renovar también hoy la Teoría del Bien Jurídico en todas sus dimensiones y manifestaciones, ya sea como límite al legislador, como pauta teleológica en la ubicación del bien jurídico en cada delito, como pauta de interpretación para los juristas, o como criterio de reforma (función de *lege ferenda*) en los delitos, etc.

## 7. EL BIEN JURÍDICO Y LAS TÉCNICAS DE TIPIFICACIÓN

El problema del Código Penal peruano, no ha sido la decisión político-criminal de proteger bienes jurídicos económicos.

LEGALES EDICIONES

El problema ha estado más bien, por un lado, en la configuración de los tipos penales, y por otro lado en la implementación práctica de esa protección[68]. La implementación para su protección penal tiene que ver con las denominadas técnicas de tipificación que son aquellas estrategias político-legislativas que se realizan a través de normas penales, teniendo como finalidad máxima brindar una adecuada y prudente protección a determinados bienes jurídicos. En tal virtud, la reacción penal realizada por el legislador especificada dentro del precepto responde a una labor no solamente de juicio valorativo, abstracta y genérica, de *atribución*, que puede ser la estructura típica inmediata. Sino que aquel juicio puede estar conectado hacia determinadas fórmulas -abstracta y genérica- de *defensa* para el objeto protegido por la norma penal. Evidentemente, estas fórmulas de defensa tendrán diferentes connotaciones en función a la complejidad del bien jurídico a proteger. En este caso existen dos criterios para la construcción en defensa de los bienes jurídicos colectivos:

a) *En atención al grado de adelantamiento de la barrera de protección penal desde el punto de vista del bien jurídico básico.* En este sentido, el legislador puede construir un sistema escalonado de bienes jurídicos, siguiendo un proceso de adelantamiento y abstracción a partir de un bien jurídico individual. Esta técnica resultará, en la práctica insuficiente de cara la protección exclusiva de intereses colectivos ya que siempre estará supeditada a la protección "prioritaria" de los intereses individuales.

b) *En atención a la sectorización de la protección jurídico-penal.* Es decir, existen bienes jurídicos llamados instrumentales para un determinado sector o ámbito de riesgo en el que

68 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; "Diez años de Derecho penal económico peruano: un balance", en: *RPCP* N° 11, Lima, 2002, p. 22. GARCÍA PABLOS DE MOLINA. Ob. cit., p. 375, opina que "... lo que debe preocupar no es la emergencia de nuevos bienes jurídicos, de naturaleza supraindividual, sino las técnicas, principios y contenido de los correlativos movimientos *neocriminalizadores*".



LEGALES EDICIONES

determinados bienes jurídicos individuales pueden ser puestos en peligro; así, en el tráfico rodado, salud pública, ambiente, etc. La utilización de esta técnica puede conducir a ciertos grados de alejamiento y abstracción del bien jurídico individual y pueden, eventualmente, surgir serias dudas sobre su contenido material. Una de esas técnicas legislativas es precisamente los bienes jurídicos colectivos, sin embargo, existen otras técnicas de protección circunscrito a momentos previos a la lesión efectiva como son los delitos de peligro.

Las técnicas de *protección,* –ya sea para bienes jurídicos personales o de "sectores grandiosos"–, están circunscritos al resultado típico, que a su vez existen dos posibilidades. Bien se instrumentaliza la técnica de *delitos de lesión,* lo cual tendría que verificarse, para el caso de delitos ambientales –para efectos del perfeccionamiento típico– una situación de gravedad máxima extrema (catastrófica) en perjuicio del ambiente natural, o bien se legisla a través de los *delitos de peligro.* En principio, no habría mayores problemas en la utilización simultánea de bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Sin embargo, acá debemos tomar una postura de los bienes jurídicos individuales con relación a los bienes jurídicos colectivos. La doctrina ha entendido que la mejor técnica sería la de peligro abstracto, en su límite mínimo externo del tipo penal, sin exigir un peligro real y concreto (insignificante), lo cual colindaría a una mera infracción a las disposiciones del Derecho administrativo protectoras del ambiente. Esta propuesta sin duda alguna no sería respetuosa del principio de ofensividad. Existen también técnicas de *complementación* que abarca características de la conducta desvalorada referidas al supuesto de hecho: que pueden estar referidas a la cualidad especial del sujeto activo ("funcionario público", "directivo", "juez", etc.), o la incorporación de remisiones normativas como las leyes penales en blanco, especialmente para ámbitos del Derecho penal económico (en sentido amplio) que contienen normas administrativas.

LEGALES EDICIONES

## 8. EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO ES LA "CLAVE" PARA CIERTAS CONSTRUCCIONES DOGMÁTICAS. EL CASO DEL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA

El bien jurídico es un concepto que no solamente es importante en la teoría general de Derecho, sino que en muchas ocasiones, resulta la razón de ser de la punición de una conducta en sede jurídico-penal. Así por ejemplo, cuando analizamos una responsabilidad penal a título de omisión impropia –y también en supuestos de omisión propia–, tenemos que referirnos a cada estructura del bien jurídico que se quiere proteger. Ahora, ese bien jurídico tendrá que ser aquel protegido por el Derecho penal, es decir, que se encuentre en la sistemática de la Parte Especial o Legislación complementaria del Código Penal. Sólo así el sujeto asumirá un compromiso con aquellos bienes que la sociedad considera valiosos.

Por otro lado, resulta un error técnico decir: existe posición de garante de tal o cual delito, sin previamente averiguar a cuál delito el sujeto tenía una asunción de compromiso de evitación del resultado, sería una visión unilateral del problema. Sería atribuir una responsabilidad penal hacia el vacío. Aun en el supuesto que el sujeto-omitente tenga una responsabilidad de vigilar una fuente de riesgo, ésta siempre va relacionada con la idea de que dicho riesgo no lesione un bien jurídico. Por consiguiente, habrá una posición de garante en el delito de homicidio, posición de garante en algunos delitos contra el patrimonio (estafa), posición de garante en los delitos contra el medio ambiente. Cada una de estas figuras delictivas tendrá su particularidad, en razón de la naturaleza del sujeto activo, del bien jurídico (en unas es personal y en otras es colectivo).

Existe una fuente común, o si se quiere primaria, por la cual deberá partir toda estructura vinculativa de un sujeto con aquello que está bajo su custodia, vigilancia. Se dice que son objetos concretos y valiosos que interesan a todos los miembros de la sociedad, de ahí la injerencia del Derecho penal. No son otra cosa que bienes jurídicos, que es una confirmación del principio "exclusiva protección de bienes jurídicos", relacionados con

LEGALES EDICIONES

los principios de "fragmentariedad" y de "mínima intervención". Estas consideraciones tendrán como objetivo servir de un marco de garantía, pues si no existe si quiera un bien que sea tutelado por el Derecho, no tendrá ningún efecto o incidencia en el terreno penal.

Hemos preferido el término "bien" en sentido genérico, y no necesariamente protegido penalmente, en este estadio de análisis, porque habrá situaciones en las cuales podrá estar comprometido un bien jurídico con la actividad salvadora que debería realizar el individuo, que al inicio no tenga visos de protección penal, y es probable que se diga con justa razón: es conducta es atípica. Cuando se alude al ejemplo de la madre que deliberamente no alimenta a su bebe recién nacido, los deberes genuinos y fundamentadores habrá que encontrarlos fuera del ordenamiento penal, concretamente en los preceptos del Derecho de Familia. Pareciera que existiese en mayor proporción deberes morales-éticos, que jurídico-penales a la hora de enjuiciar dicho supuesto.

El hecho que hayamos aludido a los bienes jurídicos como piedra angular en la actividad salvadora, no es que participemos de las teorías funcionales de las posiciones de garante; ni tampoco que la estemos desechando porque no ayudan a definir qué es lo realmente significan. Lo que resulta claro, es que la idea de bienes jurídicos, nos sirve como punto de referencia, y porque responde a la lógica de todo discurso punitivo: "no puede haber pena sino se lesiono o puso en peligro bienes jurídicos". Es más, algunas legislaciones penales comparadas aluden expresamente a esta cuestión: el Código colombiano ("*A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido*"); el Código paraguayo ("2. *Este mandato tenga la finalidad de proteger el bien jurídico amenazado...*"). Además, porque el concepto de bien jurídico atraviesa todas y cada una de las categorías dogmáticas de la teoría general del delito. Estas y otras apreciaciones serán decisivas para el tratamiento de las denominadas "fuentes de garantía".

LEGALES EDICIONES

## 9. LA APARICIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS EN EL MODERNO DERECHO PENAL. ESPECIAL REFERENCIA A LOS LLAMADOS BIENES JURÍDICOS QUE CUMPLEN FUNCIÓN REPRESENTATIVA

En doctrina se ha hecho la distinción entre bienes jurídicos de naturaleza individual y colectiva. La base teórica de tal distinción debemos encontrarla a la luz del pensamiento filosófico, en tal sentido, la orientación individualista pregona que los valores de las obras y de la colectividad, están al servicio de los valores la personalidad[69]. En cambio, para la concepción supraindividualista, los valores colectivos supeditan cualquier otro valor, de manera que todos ellos sirven al Estado y al Derecho.

No cabe duda, que uno de los puntos centrales de la crítica respecto a la teoría actual del bien jurídico, lo constituyen las nuevas formas de protección de carácter masivo y universal. Roxin sostiene que en la tercera fase (desde 1975) de la evolución del Derecho penal en Alemania, estaba determinado por

69 HEFENDEHL, Roland; "¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto", traducción de Eduardo Salazar Ortuño, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 4-14 (2002), disponible en: *criminet.ugr.es/recpc,* "Independientemente de cómo se defina el bien jurídico, éste ha de encarnar una posibilidad de participación de los individuos en el sistema social. Como ya he afirmado anteriormente esto no nos debe llevar a excluir la protección penal la organización estatal, puesto que ésta, al realizar las funciones que le son propias, garantiza los presupuestos para el libre desarrollo del individuo. Del mismo modo el medio ambiente no puede ser considerado como un bien jurídico en sí: éste sólo adquiere su condición de bien jurídico por la función que ejerce para la persona....". TAVARES, Juarez E.X.; *Bien jurídico y función en Derecho Pen*al, traducción de Mónica Cuñarro, Buenos Aires, 2004, p. 40, dice que: "El bien jurídico es una cualidad de valor y, consecuentemente, se halla inserto en el amplio aspecto de la finalidad del conjunto del ordenamiento jurídico, cumple la función de protección, no de sí mismo, **sino de la persona humana**, que es el objeto final de protección de todo en el orden jurídico. Esto significa que el bien jurídico sólo vale en la medida en que se inserta como objeto referencial de protección de la persona, pues sólo esta condición es la que lo incluye en la norma como valor". (las negritas son mías). Así, también: SILVESTRONI, Mariano H.; *Teoría constitucional del delito,* Buenos Aires, 2004, p. 148, que dice que: "*El bien jurídico es un derecho individual.* No es nada más que eso. Es la expresión de la libertad individual respecto de una situación concreta: la libertad de disponer de la vida, de la honra, de las ideas, de la propiedad, en suma, de todo aquello a lo que tenemos derecho de disponer. Con los bienes jurídicos colectivos ocurre lo mismo, sólo que son muchos los titulares".

LEGALES EDICIONES

el desplazamiento que experimentó los comportamientos punibles, esto es, desde la protección individual a la protección de la colectividad, ya que "...tales hechos delictivos el bien jurídico protegido sólo reconoce a menudo de una forma difusa, porque los tipos delictivos, en lugar de describir formas concretas de lesión del bien jurídico, tienden a describir situaciones de peligro abstracto que se sitúan en una fase previa a la producción del daño"[70].

Para la delimitación entre bienes jurídicos e individuales se utiliza el concepto adicional de "no-distributividad". Puede decirse que un bien será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible dividir este bien en partes y asignar una porción de éste a un individuo[71]. Todo bien jurídico colectivo se caracteriza por poder ser disfrutado por cada miembro de la sociedad, por ello no es posible relacionarlo en todo o en parte a un único sector de la misma. De la seguridad en el tráfico monetario, así como de la seguridad interior del Estado se beneficia cada ciudadano en igual medida[72].

Las posturas que pregonan la inexistencia de los bienes jurídicos colectivos son aquellas que se tildan de "personalísimas";

---

70 Vid., ROXIN, Claus; *La evolución de la política criminal, El Derecho penal y el proceso penal*, traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Valencia, 2000, p. 27.

71 HEFENDEHL, Roland; "¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto", traducción de Eduardo Salazar Ortuño, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 4-14 (2002), disponible en: *criminet.ugr.es/recpc.*

72 HEFENDEHL, Roland; "¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto", traducción de Eduardo Salazar Ortuño, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 4-14 (2002), disponible en: *criminet.ugr.es/recpc.* Por otro lado, MAZUELOS COELLO, Julio; "Derecho penal económico y de la empresa: concepto, sistema y política criminal", en: MAZUELOS COELLO, Julio (comp.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Lima, 1996, p. 35, anota que "... la distinción de bienes jurídicos colectivos no debe llevar a pensar que carecen de materialidad y, en consecuencia, que representan serias dificultades para precisar su afectación; es todo lo contrario. Los bienes jurídicos colectivos, por su propia naturaleza macrosocial, sólo pueden ser admitidos si están en función de la protección de los bienes jurídicos microsociales o personales, esto es, se encuentran en relación teleológica con los que constituyen su base de existencia".

LEGALES EDICIONES

así un contundente ataque a la teoría personal del bien jurídico lo ha realizado Schünemann cuando dice que "... la teoría personal del bien jurídico ha caído en la trampa de esta sociedad postmoderna, ha tomado sus mundos ficticios y sus técnicas de encubrimiento por su núcleo esencial y ha elevado a la categoría de objeto de protección de mayor rango del derecho penal el despilfarro de los recursos de generaciones venideras por parte del hedonismo sin sentido de un pseudoindividualismo fabricado industrialmente, despilfarro que en verdad cumple con el concepto primigenio de delito"[73].

La proliferación de los llamados indistintamente bienes colectivos, difusos, universales, institucionales, supraindividuales, macrosociales, multipersonales, institucionales-sociales, plurisubjetivos, unidades funcionales de valor, etc., en el campo jurídico es consecuencia del intervencionismo estatal, pues debe atender a un nivel macrosocial las nuevas necesidades y prestaciones que se convierte en condiciones para que los intereses individuales (salud, libertad, etc.) puedan tener vigencia real y efectiva. Ahora, la discusión gira en torno a su naturaleza, a su legitimidad en la protección, a su vinculación material con los bienes jurídicos personales y a la instrumentalización de las técnicas legislativas para la formulación de los tipos de injustos encargados de su protección. Y no puede obviarse, las dificultades que plantean los bienes jurídicos colectivos en relación con su conflictividad con otros intereses[74].

Los bienes jurídicos referidos a las bases de existencia del sistema social son aquellos sin los cuales el sistema social concreto, en este caso la que garantiza el Estado social y democrático de Derecho, no podrá existir, como la vida, la libertad, la salud in-

73 SCHÜNEMANN, Bernd; "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 5, 1995, p. 248.

74 De otro lado, es posible seleccionar bienes jurídicos sociales afirmando la necesidad de establecer *valores colectivos* en los cuales el individuo se desarrolla y sin los cuales su subsistencia peligra, la defensa del medio ambiente, del patrimonio cultural y artístico, protección de la salud, la defensa del consumidor, etc. El peligro de admitir los valores colectivos consiste en dar pie a la aparición de legislaciones de emergencia donde se declare enemigos internos a sectores de la población.



LEGALES EDICIONES

dividual, el patrimonio. En cambio, los bienes jurídicos conexos al funcionamiento del sistema tienen por objeto asegurar su correcto funcionamiento y equilibrar los desajustes que pudieran producirse en el sistema social situaciones sociales conflictivas[75]. Luego, con mayor propiedad, ya que no hay estrictamente bienes jurídicos individuales, hay que hablar de bienes jurídicos microsociales y de bienes jurídicos macrosociales[76].

En los bienes jurídicos donde se brinda a los nuevos bienes jurídicos de carácter institucional, colectivo o universal, se hace recaer el acento en la protección de la institución misma, quedando en un segundo plano o muy difuminada la protección de los intereses individuales. Así tenemos que juntos a los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, o la propiedad están más adelante los delitos contra la ecología, sistema socio-económico, delitos financieros, etc., dando lugar en algunos casos a delitos de peligro abstracto que en nada se diferencian de las infracciones administrativas que constituyen las acciones incriminadas.

### 9.1. Aspectos generales sobre aquellos bienes jurídicos que cumplen función representativa

#### *9.1.1. Planteamiento*

Puede pensarse de forma ingenua que puede hablarse aquí también de delitos de lesión, de peligro abstracto y de delito concreto, pero no tardaríamos en darnos cuenta que esto realmente no funciona, no encaja: a través de una conducta determinada no puede afirmarse que un bien jurídico colectivo es lesionado o puesto en peligro de forma concreta.

Los contornos de los cuales están hechos los bienes jurídicos colectivo-institucionales son demasiados "gaseosos" e "intangibles" en su mayoría, y que no necesariamente deben de pertenecer a la categoría de los bienes jurídicos del Derecho

75 HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán; "Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma en el sistema penal español", en: *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornada en honor al Prof. Klaus Tiedemann*, México, 1992, p. 193.

76 HORMAZÁBAL MALARÉE; "Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma en el sistema penal español", *cit.*, p. 194.

LEGALES EDICIONES

penal económico. "Sin duda todo bien jurídico, en cuanto juicio de valor positivo sobre una situación o relación de la realidad social, posee un componente ideal; tal juicio supone integrar esa relación o situación en un lugar preciso dentro de una determinada ordenación valorativa de las relaciones sociales. Esas situaciones o relaciones de la realidad social son el *sustrato* del bien jurídico"[77].

Así, puede citarse el caso del bien jurídico "tranquilidad pública" o "salud pública". Rojas Vargas sostiene que si bien el derecho penal toma a la administración pública como objeto de tutela en su dimensión objetiva o material, es decir, como actividad funcional, sin embargo es el Estado como órgano global y la diversidad de sus instituciones (dimensión subjetiva) quien asume la titularidad de sujeto pasivo. (...) No obstante, puede hablarse, sin que existan problemas de contradicción lógica, de un *sujeto pasivo genérico*: el Estado, y un *sujeto pasivo específico* (directo): la entidad estatal afectada o el funcionario (en determinados casos delictivos cometidos por particulares)[78].

Existe lo que se ha llamado la *desmaterialización* del bien jurídico –o del concepto del mismo– que significa admitir ya la existencia de uno a partir de cualquier substrato social inmaterial al que se le atribuya un valor, y esto, precisamente, es lo que sucedería en este caso de los bienes jurídicos universales o colectivos, cuyos substratos, contra lo que había requerido hasta ahora el concepto material de bien jurídico, no estarían constituidos ya por ninguna realidad empírica material más o menos perceptible y susceptible de ser referida a intereses concretos de las personas[79]. El concepto de bien jurídico, por ello, tendría en el Derecho penal moderno un sentido más bien sólo "nominal".

77 DIEZ RIPOLLÉS, José Luis; "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", en: *Jueces para la democracia*, Madrid, 1998, p. 17.

78 ROJAS VARGAS, Fidel; *Delitos contra la administración pública*, Lima, 2001, pp. 20 y 21.

79 GRACIA MARTÍN, Luis; *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003, p. 131.

LEGALES EDICIONES

*9.1.1.A. Sujeto pasivo de la acción y del delito*

En la tipicidad objetiva, como bien es sabido, en el tema de los sujetos existe una dualidad o pareja de componentes diametralmente opuestos. Así, en un extremo, está el "sujeto activo", quien es el que realiza la conducta punible descrita en la norma penal; en cambio, en el otro extremo, está el "sujeto pasivo". El concepto de sujeto pasivo engloba una serie de protecciones a través de elementos personales y supraindividuales que pueden ser: la *persona humana o el hombre*, tanto en su forma intrauterina como el delito de aborto como durante su existencia en el caso del delito de homicidio; la *persona jurídica* expuesta a ser víctima en cuanto se refiere a su patrimonio en los delitos de fraude en administración de personas jurídicas, entre otras; el *Estado* protegido de los delitos contra la administración pública, contra los poderes del Estado y el orden constitucional, entre otros; y la *colectividad* en general como pueden ser los delitos contra la seguridad pública, los incendios y estragos, entre otros. Aunque, el Estado quedaría siempre como sujeto pasivo "mediato" o "genérico" –a través de los delitos pluriofensivos– al ser el encargado de proteger los intereses personales y nacionales.

Ahora, en las cuatro manifestaciones aludidas, lo "pasivo" puede encarnar supuestos de unificación pero también de desdoblamiento normativo en el objeto jurídico; en el primero sería el caso de los delitos contra las personas: concretamente en homicidio, lesiones corporales, donde el objeto material sería el cuerpo del sujeto y en esa línea de ataque y de protección sería el mismo sujeto pasivo: vida humana independiente, en este caso no vemos mayores inconvenientes. En cambio, serios problemas de interpretación pueden encontrarse en el segundo supuesto –de desdoblamiento normativo–, particularmente en los bienes jurídicos donde se protege a la colectividad, pues no puede observarse con certeza la "individualización" en la recepción del objeto protegido por parte del agente activo. Por esta razón, y para efec-

LEGALES EDICIONES

tos metodológicos, el vocablo "sujeto pasivo" se ha dividido conceptualmente en dos elementos[80]:

a) Sujeto pasivo de la acción

Es aquella donde recae la conducta típica del sujeto activo, por lo que también se le conoce como "objeto de acción", "objeto de ataque" u "objeto material" del bien jurídico. Jescheck[81] afirma que éste puede aparecer bajo formas diversas: como unidad corpórea-anímica (integridad o vida de una persona), como valor social (derecho al prestigio del injuriado), como valor económico (patrimonio), como cosa (animal que puede cazarse), como situación real (utilidad de un objeto); y

b) Sujeto pasivo del delito

Viene hacer el titular del derecho (bien jurídico) o interés lesionado o puesto en peligro por el delito cometido. Por

80 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; *Tratado de Derecho Penal*, tomo III, Buenos Aires, 1950, p. 101. VILLAVICENCIO, Felipe; *Lecciones de Derecho penal*, Lima, 1990, p. 131. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Manual de Derecho penal, Parte general*, Lima, 1994, p. 399. LUZÓN PEÑA, 1996, p. 316. ABANTO VÁSQUEZ, 1997, p. 50. BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL, MALARÉE, Hernán; *Lecciones de Derecho penal*, Vol. 2, Madrid, 1999, pp. 50 y 51. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *Delitos contra el medio ambiente*, 1999, Valencia, p. 24. Este último autor considera que es posible distinguir entre la relación de la conducta con el objeto de la acción y la relación de la conducta con el objeto del bien jurídico (o el bien jurídico, sin más). Así cabe que se trate de un delito de resultado en cuanto al objeto de acción y que, en cuanto al objeto de bien jurídico (o el bien jurídico, sin más), se trate de un delito de peligro abstracto. En tal caso, el resultado físico-natural constituiría la base de la situación típica de peligro. Expresado de otro modo: sería el resultado de la acción lo que convertiría a ésta, en su caso, en peligrosa. TAVARES, Juarez E. X.; *Bien jurídico y función en Derecho Pena*l, traducción de Mónica Cuñarro, Buenos Aires, 2004, p. 47, dice al respecto que: "El bien jurídico, por su orden, no se confunde con el objeto de la acción, no puede ser entendido en el sentido puramente material, como si fuera una persona o una cosa, sino en el sentido de característica de esa persona y de sus relaciones concretas, esto es, como un valor que es propio de la vida individual y social, indispensable para su mantenimiento y desenvolvimiento". CARO CORIA, Carlos; "Presupuestos para la delimitación de la estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal", en: FRANCISKOVIC INGUNZA, Millitza (comp.), *Derecho Ambiental*, Lima, 2002, p. 192. REYNA ALFARO, Luis Miguel; "La protección penal del medio ambiente: posibilidades y límites", disponible en: *www.unifr.ch/derechopenal/artículos/pdf/Reyna1.*

81 Citado por ESCRIVA GREGORI, José M.; *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Barcelona, 1976, pp. 40 y 41. WELZEL; 1970, p. 15. BRAMONT ARIAS, Luis A.; *Derecho Penal*, tomo I, Lima, 1978, p. 275.

LEGALES EDICIONES

ejemplo, en el hurto, una cosa es la propiedad (bien jurídico) y otra es la cosa hurtada (objeto de la acción). Al Derecho penal no le interesa tanto el elemento "concreto-material", sino el interés general o valioso que se materializa en ese "elemento". En algunas ocasiones pueden coincidir el sujeto pasivo de la acción con el sujeto pasivo del delito, generalmente en supuestos donde se protege a la persona, pero en algunas ocasiones no lo es.

En los delitos contra el patrimonio, concretamente en el delito de estafa (art. 196 del CP), el objeto material del delito lo constituye por ejemplo el hijo menor que recepciona directamente el engaño suficiente, que producto de ese error o ignorancia, dispone del patrimonio de su padre. En este caso, se generará un desdoblamiento en el sujeto pasivo, pues será el padre, en última instancia el titular del bien jurídico tutelado. Asimismo en el delito de falsificación de documento público o privado (art. 427 del CP), el objeto de la acción es el documento sobre el cual falsifica o adultera el sujeto activo, pero, el bien jurídico protegido, será la "fe pública". Este es el objeto jurídico que equivale al bien jurídico, es decir el bien objeto de la protección de la ley[82].

*9.1.2. Explicación doctrinaria*

Siguiendo con nuestro hilo argumentativo debe establecerse aspectos tangibles para la protección de determinados elementos que formarían el bien jurídico colectivo. En tal sentido, una parte de la doctrina ha esbozado las siguientes posturas:

a) Bernd Schünemann denomina "*bien jurídico intermedio espiritualizado*", a través de los cuales pueden protegerse aquellos bienes jurídicos colectivos en los que la tipificación de una lesión o concreta puesta en riesgo es difícilmente imaginable, haciéndose incierta la determinación del grado de lesividad exigible a la conducta individual con el bien colectivo[83].

82 MIR PUIG, 1996, p. 199.

83 Citado por CARO CORIA, Dino Carlos; "Sociedad de riesgos y bienes jurídicos colectivos", en: *Themis* N° 37, PUCP, Lima, 1998, p. 205.

LEGALES EDICIONES

b) Mata y Martín[84] prefiere, en cambio, el término "*bienes jurídicos intermedios*" y se trataría de bienes jurídicos cuya titularidad no pertenece a una determinada persona, es decir, que por su propia naturaleza no puede ser atribuido en exclusiva a un titular singular. En la tradicional contraposición, a la que ya nos hemos referido, entre bienes personales o de los particulares y bienes jurídicos universales o suprapersonales, los bienes intermedios no ocupan, como podría entenderse en una primera aproximación, el espacio entre unos y otros, como un *tertium genus*, sino que –dice el autor– pertenecen a la segunda categoría.

c) La afectación típica también puede alcanzarse a través de un menoscabo relevante en términos normativos de aquellos sectores, si se quiere físicos. Esta protección punitiva se puede realizar mediante lo que el profesor Jakobs denomina "*objetos con función representativa*".

### *9.1.3. Toma de posición*

Una vez revisada esta breve exposición doctrinaria, me adhiero a la denominación "objetos que cumplen una función representativa". Me explico: el bien representante es el que inmediatamente sale a relucir y por ende, objeto de afectación (lesionado o puesto en peligro), sin que sea preciso averiguar si realmente se produjo algún daño al bien jurídico inmediata y directamente protegido en sentido técnico. La elaboración doctrinal de estas consideraciones tiene perfecto sentido en los delitos contra el ambiente[85] ya que precisa-

84 MATA Y MARTÍN, 1997, p. 24. Por su parte, CARO CORIA, Carlos; "Los delitos concursales en el Derecho Penal peruano. Alcances de la Ley de reestructuración patrimonial y de la nueva Ley general del sistema concursal", en: *RPD y JP*, N 3, Lima, 2002, p. 131, rechaza tal nomenclatura "... pues la finalidad del planteamiento consiste en instaurar una tutela más eficaz de los bienes colectivos a través de sus objetos representantes, lo que no equivale a convertir a éstos últimos en bienes jurídicos intermediarios ("intermedios") entre los colectivos y los individuales".

85 En este mismo sentido: MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, 1998, p. 99, pero solamente para los delitos económicos en *sentido estricto*.



LEGALES EDICIONES

mente, la "abstracta peligrosidad" de la conducta típica para este bien mediato reside en la lesión reiterada y generalizada del bien intermedio con función representativa.

Únicamente es el bien jurídico inmediato (bien jurídico por antonomasia) el que se incorpora al tipo de injusto de la infracción delictiva de que se trate, en el sentido de que su vulneración (su lesión o su puesta en peligro) por parte de la acción del sujeto activo se erige como un elemento implícito indispensable de la parte objetiva de cualquier tipo[86]. Por el contrario, la vulneración del bien jurídico mediato no aparece incorporada al tipo de injusto de la infracción correspondiente y, por tanto, el intérprete no tiene porqué acreditar que en el caso concreto se ha producido una lesión o puesta en peligro de dicho bien, ni tiene por qué exigir que el dolo o la imprudencia del autor vayan referidos a él[87].

Por lo tanto, la función que cumple el bien mediato es sumamente limitada, desde que es limitada la labor interpretativa. Ahora bien, habrá que considerar que en la función de clasificación y sistematización sí cumple una labor destacable: por ejemplo para el legislador peruano el bien mediato "salud pública" estará siempre por delante del también bien mediato "administración de justicia", y obviamente también la afectación al bien mediato puede tener injerencia en la determinación judicial de la pena.

En consecuencia daremos algunos ejemplos para entender esta posición:

a) Ya nos hemos pronunciado en otro trabajo referido al delito de contaminación ambiental. En aquél trabajo dijimos que los objetos que cumplen una función representativa en dicho delito "... serían las entidades funcionales de carácter natural (abióticas) como son indistintamente: el aire, el agua o los suelos, y los recursos bióticos como

86 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos; *Derecho penal económico. Parte General*, Valencia, 1998, p. 91.

87 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ; cit, 1998, p. 91.

LEGALES EDICIONES

la flora y la fauna, que en su interacción dinámica permiten conservar el ambiente equilibrado que sería en última instancia el verdadero bien jurídico-penal protegido como "agrupado" o "colectivo". Ahora bien, habría que considerar, de acuerdo la descripción del art. 305 del CP, que el patrimonio y la salud e integridad personal constituyen también manifestaciones singulares para el funcionamiento del ecosistema, y por tanto serían objetos con función representativa[88].

b) Por su parte, Caro Coria utiliza el bien jurídico "sistema crediticio" para apuntar que: "En esa línea, si la vinculación al principio de lesividad exige en el caso del art. 209 del CP la afectación del "sistema crediticio", ella difícilmente podrá ser producto de un único comportamiento defraudatorio, el alzamiento de bienes (inc. 1) en una gran empresa no acarrea el colapso del sistema crediticio, las personas no dejarían de otorgar préstamos, los deudores dejarán de pagar sus créditos ni se romperán todos las cadenas de pagos del país"[89].

c) Así, por ejemplo, en los delitos contra el "Orden constitucional y los Poderes del Estado, que contiene –entre otros– el delito de rebelión se trata de un bien jurídico supra-individual, pero éste bien necesita de determina-

88 Véase, en este sentido: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; *La contaminación ambiental como delito. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, 2006, p. 150.

89 CARO CORIA, "Los delitos concursales en el Derecho penal peruano. Alcances de la Ley de reestructuración patrimonial y de la nueva Ley general del sistema concursal", *cit.*, p. 137. Esta argumentación es hilvanada por CARO CORIA, por ejemplo para el análisis del bien jurídico en los delitos contra la administración pública; en: SAN MARTÍN / CARO CORIA / REAÑO PESCHIERA; *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, 2002, pp. 134 y 135. Este autor afirma: "La lesión de un bien propio del Derecho penal protector de la administración pública no tiene por qué acarrear la destrucción de todo el sistema administrativo y sus funciones, éstos pueden verse seriamente afectados si se comete por ejemplo una defraudación importante en la adquisición de equipos para las Fuerzas Armadas, a través de la cual se distrae del erario público varios cientos de millones de nuevos soles"(...) "Si la intervención penal opera en este ámbito a través de objetos con representación representativa, como el erario público o la imparcialidad del funcionario público, entonces la lesividad deberá buscarse en el grado de afectación de dichos objetos".

LEGALES EDICIONES

dos objetos materiales que hagan evidente y corpóreo el bien jurídico colectivo e institucional "Poderes del Estado y el orden constitucional". Entonces, los objetos materiales que cumplen una función representativa son las siguientes: Congreso de la República; Poder Judicial; Tribunal Constitucional; Consejo Nacional de la Magistratura; Ministerio Público; Contraloría General de la República y de las Asambleas Regionales, entre otros.

d) Últimamente se ha expedido la Sentencia de fecha 13.Oct.06 (Expediente acumulado N° 560-03), por la Sala Penal Nacional de Terrorismo en el caso "Abimael Guzmán Reinoso y otros", que entre sus fundamentos, manifiesta que: "La vida, integridad física, la libertad y el patrimonio son bienes jurídicos inmediatos, cuya lesión se utiliza instrumentalmente para otro ataque más trascendente que atenta contra bienes jurídicos mediatos y específicos (seguridad y tranquilidad pública) que asumen a los anteriores y que con cuya lesión se consuma el delito. De modo tal que tales bienes jurídicos no constituyen bienes jurídicos del tipo terrorista, sino, que deben de entenderse como objetos de protección, percibidos por Muñoz Conde como aquellas cosas del mundo exterior sobre los cuales, si bien recae directamente la acción típica (por ejemplo cuerpo humano en el homicidio o un bien mueble en el patrimonio) no son reinvindicados como bienes o valores de tipo particular, en este caso el delito de terrorismo. Podemos convenir entonces en que el bien jurídico reivindicado exclusivamente por el tipo terrorista es la tranquilidad pública y que los bienes comprendidos en los delitos medios deberán ser considerados, en todo caso como objeto de protección a través de los cuales se concretiza el delito".

### 9.2. Consecuencias de admitir la teoría del bien jurídico que cumplen función representativa

Las consecuencias serían las siguientes:

LEGALES EDICIONES

1. Que la autoría y la participación criminal sólo tendrá como límite *hasta el riesgo corrido por el bien jurídico*, de manera que si existe una participación criminal por complicidad o instigación, o incluso una autoría o coautoría como es el caso presente, resultará irrelevante penalmente ya que el bien jurídico-penal ha efectivamente lesionado, y ésta lesión formará parte del agotamiento del delito de rebelión y no de la consumación del mismo, es decir, se alcanzó la finalidad alcanzada por sus autores o partícipes.
2. Que para efectos de la contabilidad de la prescripción de la acción penal se computará a partir del día en que se consumó formalmente el delito de rebelión, es decir, *desde el día en que se terminó el riesgo (concreto) al bien jurídico-penal* y no cuando efectivamente se lesionó el mismo.
3. Que, para efectos de determinar la consumación del delito debe tenerse en cuenta los bienes intermedios. La iniciación y la terminación del delito está en función a la afectación de los bienes intermedios.

Los bienes jurídicos colectivos y los objetos con función representativa tiene una relación de género a especie, y como tal, la afectación de estos últimos tienen a mi juicio importantes consecuencias de orden práctico: el ámbito de la imputación subjetiva, puesto que para la configuración del delito de contaminación doloso (art. 304, primer párrafo), no se necesitará que el sujeto activo conozca efectivamente el grado de lesión o peligro de su conducta hacia la "grandiosidad" bien jurídico-penal: estabilidad de *todo* el ecosistema nacional o en su defecto regional, sino que su vinculación subjetiva (dolo o culpa) ahora puede ser parcial y racional (probatoriamente hablando), en la medida que estará abocada a un "objeto representante" como por ejemplo el agua expresada en un río adyacente a una refinería minera.

El objeto material del delito está ligado generalmente al tema de los bienes jurídicos individuales, porque es a partir de aquellos bienes corpóreos-individuales que se "representa" y se hace "conocer" el bien jurídico-penal finalmente tutelado. En tal sentido, los bienes individuales (intermedios) y bienes colectivos

LEGALES EDICIONES

(tutelados por ley) están en una misma línea de ataque por parte del sujeto activo.

Sentada esta posición, la afectación de bienes jurídicos llamados indistintamente universales, colectivos o difundidos, aún siendo individuales, no pueden alcanzarse mediante la destrucción total del objeto protegido. Muchos de los objetos protegidos por los tipos penales modernos se caracterizan por las grandes dimensiones que haría prácticamente inimaginable que la conducta individual y aislada de un sujeto determinado pudiera lesionarlos o ponerlos en peligro concreto. Por eso, tiene que darse, tanto en los bienes jurídicos individuales como en los supraindividuales, no una afectación en el sentido naturalístico, sino un "menoscabo normativo de valor"[90].

En este punto, Diez Ripolles sostiene correctamente que "... para poder hablar de la lesión de un bien jurídico colectivo no es preciso la desaparición de esa realidad social como consecuencia de la lesión, del mismo modo que para afirmar una lesión a la vida tampoco hace falta que desaparezca la vida humana del planeta o de un determinado territorio; o lo que es igual, que el bien jurídico tenga una dimensión colectiva no quiere decir que tal bien no sea susceptible de diferenciación en elementos individualizables que constituyen concretas formas de manifestación de él"[91]. Asimismo, Abanto Vásquez[92] sostiene que no se trata del "peligro concreto" (o de la "lesión") de los "bienes jurídicos", pues no se puede exigir a estos un menoscabo en términos naturalísticos, sino una mera "afectación" en términos normativos (...). Los "objetos" del bien jurídico son aquellos intereses que "representan" a los bienes jurídicos en el campo concreto de las relaciones sociales: la vida de un individuo, sus bienes, su honor, el patrimonio de una empresa, etc. La "afectación del bien jurídico", en el sentido de "negación de su vigencia" (y no de la

90 En este sentido: ABANTO VÁSQUEZ, 1997, p. 52.

91 DIEZ RIPOLLES, "El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista", en: *Jueces para la Democracia*, 1998, Madrid, p. 18.

92 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; "Diez años de Derecho penal económico peruano: un balance", en: *RPCP*, N 11, Lima, cita a pie de página 10.

LEGALES EDICIONES

norma), se produce cuando el individuo "lesiona" o "pone en peligro" los objetos.

## 10. RECAPITULACIÓN

Una concepción preventiva del Derecho penal, para la cual el límite del *ius puniendo* deba ser la absoluta necesidad de defensa de la Sociedad, deberá, en cambio, excluir de reacción penal los ataques menos peligrosos, frente a los cuales basten medios menos lesivos para el ciudadano. Es por ello que la actividad que realiza el sistema penal debe estar circunscrita o en todo caso limitada a ciertos principios y garantías constitucionales y penales consagrados por antonomasia en el Derecho penal eurocontinental. Quisiera referirme sólo al principio racionalizador del sistema penal como es el principio de *subsidiaridad* que prácticamente es el resumen o el resultado de todo lo expresado líneas atrás, es decir que bajo de determinadas pautas se debe la existencia del derecho penal como expresión del tan pregonado pero casi nunca cumplido "*ultima ratio*", pues en nuestro medio es común que se cumpla *"prima ratio"*.

No se concibe un derecho penal material que no tengo como objetivo la tutela de bienes jurídicos, por tanto nos distanciamos de aquella postura del Profesor Jakobs que indica que el derecho penal tendrá como objetivo la estabilidad de la vigencia de la norma. No se concibe ningún tipo penal de la Parte Especial que no tenga como protección un bien jurídico-penal, pero no solo en la Parte Especial cumple una función relevante, también la Parte General tendrá que cumplir una rol sobretodo limitante del *jus puniendi* estatal, por ejemplo, no hay posición de garantía –y por ende omisión impropia– si antes no se ha verificado un bien jurídico que el omitente-garante precisamente tendría que proteger y vigilar. La relevancia también tiene su razón de ser en la faz negativa del delito por ejemplo se hablaría del consentimiento de la víctima, es decir, si la víctima forma parte de un bien jurídico individual o de corte supra-individual. La existencia del bien jurídico-penal cumple una función primordial en las elaboraciones e interpretación de las distintas categorías jurídico-dogmáticas, en fin, cumple un rol protagónico en estructura sistemática del hecho punible.

LEGALES EDICIONES

En un modelo de Estado Democrático de Derecho (artículo 43 de la Constitución Política del Perú), el ejercicio de la fuerza pública penal debe estar condicionada a determinadas exigencias constitucionales –proporcionalidad, subsidiaridad– y principalmente la fuerza pública penal sólo tiene que germinar cuando se ha afectado –se ha lesionado o puesto en riesgo– aquellos intereses que la sociedad considera indispensable para la subsistencia de la misma (principio de lesividad). Una adecuada técnica legislativa debe responder a una efectiva lesión o una real puesta en peligro de los bienes jurídicos, y sólo excepcionalmente debe admitirse en los delitos de peligro abstracto, cuando se tutela bienes jurídicos colectivos-institucionales.

Sin embargo, existe un problema de "focalización" en los delitos colectivos-institucionales, pues es tan grande el espectro de comprensión de dichos bienes jurídicos que la misma protección se torna inútil. Por tal motivo se tiene que apelar a determinadas teorías que hagan tangibles el objeto de protección; a mi juicio, los bienes jurídicos intermedios son los que cumplirían esta tarea, en el sentido que tiene que hacerse una división: por un lado, los bienes intermedios cumplen una función representativa (*protección inmediata pero secundaria*), y por otro lado, el verdadero bien jurídico colectivo (*protección mediata primaria*).

## II. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

### 1. EL DOBLE ENFOQUE DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO PENAL

El contenido del principio de culpabilidad en su concepción político-criminal no coincide, al ser su cobertura más amplia, con la categoría de la culpabilidad entendida como elemento del delito, pero influye sobre ésta, como lo hace con la estructura del delito en general[93]. Sobre la relación existente entre la culpabilidad como principio y como categoría dogmática, se pronuncia Rivacoba y Rivacoba en los siguientes términos: "... se trata de que no cabe al Derecho Penal prescindir de que los actos a que

93 CASTILLO ALVA, 2004, p. 371.

LEGALES EDICIONES

se refiere tengan una dimensión subjetiva, dirigida hacia el autor, pero no considerando cómo sea éste ni su comportamiento en general (culpabilidad por la personal o de carácter y por la conducción de la vida), sino concretada, precisamente, en que se represente lo que hace y que lo que se infringe (prescripciones jurídicas), y lo quiera o admita (directo y eventual), o bien que se lo represente o deba y pueda representar y deba y queda evitarlo (culpa con o sin representación), y, además, en que, atendidas las circunstancias en que se encuentra, pueda exigírseles en términos efectivos que haga la representación del deber jurídico motiva de su obrar y, por tanto, obrar de manera distinta a como lo ha hecho y ajustada a Derecho (exigibilidad de otra conducta); todo y sólo lo cual hace susceptible a su obrar de un juicio negativo de valor, esto es, de un juicio de reproche o, expresado en breve, que el acto sea reprochable (reprochabilidad)"[94].

Con relación al estudio de la culpabilidad la doctrina suele diferenciar dos caminos o enfoques para su estudio[95]:

94 DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel; "Culpabilidad y penalidad en el Código Penal argentino", en: *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Buenos Aires, 1998, p. 296.

95 Véase, sobre el doble concepto de culpabilidad en el Derecho penal: MIR PUIG, Santiago; *Introducción a las bases del Derecho Penal (Concepto y método)*, Barcelona, 1982, p. 153, "Tradicionalmente se incluyen en él dos exigencias de diversa naturaleza. Por una parte, la necesidad de que se requiera entre los presupuestos de la pena la concurrencia de dolo e imprudencia y se deje sin castigar el caso fortuito. Por otra parte, el postulado de quien la pena se condicione a la posibilidad de reprochar el hecho a su autor, por ausencia de causas de inimputabilidad o de inculpabilidad. Ambos extremos caben bajo la común designación "principio de culpabilidad" para quienes consideran a dolo y culpa como integrantes de la culpabilidad, pero no para quien crea que el dolo y la culpa afectan ya a la antijuricidad, como defiende el finalismo. Puesto que participo, aunque por otras razones que he resumido en parte en otro lugar, de esta última posición sistemática, he de separar los dos postulados que suelen incluirse bajo el llamado "principio de culpabilidad", y reservar esta designación para la exigencia de reprochabilidad". POLAINO NAVARRETE; Miguel / POLAINO ORTS, Miguel; *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas*, Lima, 2004, p. 347, "El principio de culpabilidad tiene dos vertientes: a) en primer lugar, supone que no es concebible una pena sin culpabilidad; b) en segundo lugar, que la pena que, en su caso, corresponda imponer habrá de ser proporcional al grado de culpabilidad del agente". ZIFFER, Patricia S.; "La discusión en torno al concepto de culpabilidad", en: *Revista peruana de Ciencias Penales*, N° 3, 1994, p. 260, "El principio de culpabilidad cumple dentro del sistema penal básicamente tres funciones: 1°) fundamenta la punibilidad conjuntamente con la tipicidad y la antijuricidad; 2°) indica que debe existir congruencia entre ilícito y culpabilidad, que no puede haber elementos del

LEGALES EDICIONES

### 1.1. La culpabilidad en un sentido amplio (como principio).

En el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.[96] La culpabilidad en el sentido amplio se encuentra regulado en el art. VII del Título Preliminar del Código Penal[97], la misma que es expresada en el siguiente axioma *"no hay pena sin culpabilidad" (nullum crimen sine culpa)*. Este principio indica que si es cierto se necesita una vinculación del hecho con el actor, también es cierto que esa vinculación tiene un límite que es el principio de proporcionalidad regulado en el art. VIII del Título Preliminar[98] en el sentido que debe sancionarse en función al de la gravedad del injusto cometido. Todo esto incluye una limitación político-criminal de la función punitiva estatal que incluye a un derecho penal coherente con los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho. En suma, es importante establecer que de este principio se abrevian tres consecuencias[99]:

---

ilícito que sean indiferentes a la culpabilidad y que no se reflejan en ella; y 3°) señala la adecuación que debe haber entre pena y culpabilidad (principio de proporcionalidad)". Por su parte: SILVESTRONI, Mariano H.; *Teoría constitucional del delito*, Buenos Aires, 2004, p. 167, sostiene que: "En general se distingue a la culpabilidad como principio constitucional, de la culpabilidad como estrato sistemático del delito. Personalmente, creo que ambas son una misma cosa: el principio constitucional coincide con su sentido como estrato del delito. Este existe como expresión de aquél pero son lo mismo; el reproche por la falta de motivación en la norma". MONTES HUAPAYA, Sandro; "El principio de culpabilidad como concepto político-criminal dentro de un Estado de Derecho, Social y Democrático", disponible en: *www.unfr.ch/derechopenal/articulos/pdfmontesos1.pdf.*

96 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; *La Ley y el delito. Principios de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1981, p. 352. GÓMEZ BENÍTEZ. José Manuel; "Sobre lo interno y lo externo, lo individual y lo colectivo en el concepto penal de culpabilidad", en: *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 271.

97 El texto del artículo es el siguiente: *"Artículo VII.- la pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva".* Sin embargo, el Código derogado de 1924 no contenía una regla específica que incorpora el principio de culpabilidad, ella se encontraba regulado implícitamente en los arts. 1, 2, 81 y 167 del Código de Procedimientos Penales de 1940, lo incorpora en el artículo 284.

98 El texto del artículo es el siguiente: *"Artículo VIII.- La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho...".*

99 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Ob. cit., p. 48.

LEGALES EDICIONES

### *1.1.1. Que no hay responsabilidad objetiva por el mero resultado*

Esta consecuencia del principio de culpabilidad nos lleva a la exclusión de la aplicación del barbarizante aforismo *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu* (quien incurre en un hecho ilícito responde aun por el resultado delictuoso fortuito)[100]. En un Derecho penal basado en la culpabilidad pierden todo apoyadura legal las antiguas figuras consistentes en el *versari in re illicita*, en cuya virtud, quien realizaba un acto ilícito respondía de todas sus consecuencias, la fundamentación o agravación de la pena por el mero resultado, esto es, la responsabilidad objetiva y los delitos cualificados por el resultado, y, en fin, la vieja presunción de culpabilidad del acusado[101]. La producción "objetiva" de un determinado resultado lesivo para los bienes jurídicos no es suficiente para que el autor que ha producido el resultado pueda ser sancionado con una pena: es necesario, además, y como mínimo, que ese resultado haya sido querido por el autor (causado con dolo), o haya sido al menos previsible para él (causado por culpa)[102].

Esto genera importantes consecuencias para el tratamiento dogmático del "error de tipo". La jurisprudencia peruana ha dicho en relación a este tema lo siguiente: "A que, el vigente Código Penal en el numeral sétimo de su Título Preliminar (Preliminar General), ha proscrito toda forma de responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado, de modo que para imponer una sanción penal se hace imprescindible que en el proceso quede debidamente acreditado que el autor haya querido causar la lesión que se le imputa (Dolo); y

100 MUÑOZ CONDE, Francisco; "Principios inspiradores del Nuevo Código Penal español", en: *Gaceta Jurídica, especial Derecho Penal* (edición del estudio Bramont Arias), Lima, 1997, p. 9.

101 JAEN VALLEJO, Manuel; *Principios constitucionales y Derecho penal moderno*, Buenos Aires, 1999, p. 39.

102 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; *Fundamentos de Derecho Penal*, Valencia, 1993, p. 250. Dicho enunciado se encuentra cristalizado en el art. 11 del CP que establece: "*Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley*".



LEGALES EDICIONES

en el caso de los delitos culposos, que éste haya podido prever o evitar el resultado (Culpa)"[103]

### *1.1.2. Que la responsabilidad es por el acto y no por el autor*

El derecho penal de culpabilidad por el acto significa que un concreto quebrantamiento o infracción de una norma, que produce un resultado lesivo (muerte de una persona, el perjuicio de la Hacienda Pública), es imputable al autor culpable, y además en la medida de su culpabilidad[104]. En otras palabras, exige un derecho penal de acto en contraposición de sancionar la manera de ser o la personalidad. En no pocas ocasiones el legislador ha resuelto en contra de lo que la doctrina mayoritaria ha considerado oportuno, por ejemplo con el mantenimiento de la reincidencia como circunstancia

---

103 Expediente N° 607-98 de fecha 16 de Julio 1998 (Extraída de BACA CABRERA / ROJAS VARGAS / NEIRA HUAMAN, *Jurisprudencia penal,* tomo III, Lima, 1999, p. 93). También puede citarse la ejecutoria penal de la Sala Suprema Penal Transitoria R.N. N° 1189-2003 de fecha 04.Noviembre.2004 que ha dicho:"Se ha podido llegar a la inferencia de que si bien es cierto se produjo el aludido accidente de tránsito que produjo la muerte del agraviado, según se observa de la Partida de Defunción, ello obedeció principalmente a un factor preponderante como lo constituye el hecho de que el agraviado se encontraba en estado etílico; (...) **el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal prevé taxativamente que queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva**, dispositivo con el que se pretende enfatizar que para imponer una sanción a título de pena se hace imprescindible demostrar en el proceso que el imputado actúo deliberadamente para lograr el resultado, lo que ha sido desvirtuado fehacientemente e indubitablemente con todo lo señalado precedentemente" (las negritas son mías). Así también puede citarse la Ejecutoria expedida por la Sala Suprema Penal Transitoria R.N. N° 1189-2003 Cono Norte de Lima, cuatro de Noviembre de dos mil cuatro: "Se ha podido llegar a la inferencia de que si bien es cierto se produjo el aludido accidente de tránsito que produjo la muerte del agraviado, según se observa de la Partida de Defunción, ello obedeció principalmente a un factor preponderante como lo constituye el hecho de que el agraviado se encontraba en estado etílico; (...) el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal prevé taxativamente **que queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva**, dispositivo con el que se pretende enfatizar que para imponer una sanción a título de pena se hace imprescindible demostrar en el proceso que el imputado actúo deliberadamente para lograr el resultado, lo que ha sido desvirtuado fehacientemente e indubitablemente con todo lo señalado precedentemente".

104 POLAINO NAVARRETE; Miguel / POLAINO ORTS, Miguel; *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas*, Lima, 2004, p. 348. CALDERÓN CEREZO, A. / CHOCLÁN MONTALVO, J.A.; Derecho *Penal. Parte General,* tomo I, Barcelona, 2001, p. 224.

LEGALES EDICIONES

agravante o la eliminación de la inducción frustrada cuando no se realiza a través de los medios de comunicación.

### *1.1.3. Que la culpabilidad es la medida de la pena*

La culpabilidad debe servir de principio para la medida de la pena, y la individualización de la pena no sería otra cosa que la expresión de la culpabilidad en unidades de pena[105]. La pena nunca puede ser mayor a la culpabilidad del individuo, y, cuando la pena es inferior a la respectiva culpabilidad, son las razones de prevención especial las que abona tal medida. El principio de culpabilidad tiene una gran relevancia para graduar la magnitud y la escala de la pena a imponer el reo dentro de su fase de medición judicial (artículo 46 del Código Penal). En tal sentido, la determinación de la pena como acto mediante el cual se fijan las consecuencias de la comisión de un delito, se manifiesta en base a una triple identidad: a) determinación legal[106], b) determinación judicial, y c) determinación administrativa. Se deja a discrecionalidad del juez la evaluación de aspectos personales del imputado como podría ser la reincidencia o la habitualidad en el delito. El Juez en esta etapa debe valorar las circunstancias del caso, la educación del agente, los deberes infringidos, etc.

En este tema entra lo que se ha denominado la determinación judicial de la pena, que es la que permite "dosificar" las

105 ZIFFER, Patricia S.; "La discusión en torno al concepto de culpabilidad", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 3, 1994, p. 260. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; "Culpabilidad y pena en el Código Penal español de 1995", en: *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Buenos Aires, 1998, pp. 311 y ss. CALDERÓN CEREZO, A. / CHOCLÁN MONTALVO, 2001, p. 224.

106 La determinación legal de la pena consiste en el establecimiento del marco penal genérico (por ej. prisión de dos a cuatro años) que corresponde a cada delito. A partir de este tipo de determinación, el legislador señala el máximo y mínimo de pena como márgenes para efectos de adecuarla a la conducta delictiva y circunstancias del hecho cometido. Por su parte, la determinación judicial de la pena, responde a la idea de que la pena debe adecuarse al individuo concreto. Este tipo de determinación de la pena que desde luego deja cierto margen de discreción al Juez para su imposición concreta, debe efectuarse tomando en cuenta una *determinación cualitativa*, la misma que tiene lugar siempre que la ley obliga a imponer penas inferiores o superiores en grado a la prevista para el delito, pero también debe tomar en cuenta una *determinación cuantitativa*, consistente en la elección de la extensión o cantidad concreta de pena a cumplir.

LEGALES EDICIONES

penas de los delitos. Los grados de culpabilidad deben influir en la determinación de la pena. Precisamente por ello las escalas penales son amplias, para que los jueces puedan conectar el grado de culpabilidad con la intensidad de la reacción violenta. De este modo, del principio de culpabilidad extraemos un doble nexo: el primero entre el hecho y la persona, el segundo entre el grado de culpabilidad y la intensidad de la reacción estatal[107].

La individualización de la pena responde a un proceso de determinación de la misma; que va desde la imposición conminada de un máximo y mínimo de pena para cada delito hasta su concreción y posterior ejecución. Sin embargo, es únicamente en el campo de la determinación judicial de la pena donde el juzgador –en base al margen de discreción legal– determina, *sólo para efectos de elegir la extensión o cantidad concreta de pena a imponer, las circunstancias de concurrencia de personas y delitos*, así como de agravantes y atenuantes entre otras circunstancias. En suma, sin culpabilidad como base de la pena la violencia de la ley sería comparable a la fuerza física ya que el juez no entraría en un diálogo con el autor del hecho sino que directamente le aplicaría medidas que serían penas encubiertas, arbitrarias e injustas.

En definitiva, entendemos que el principio de culpabilidad solo tiene carácter constitutivo para el «sí» de la pena (en el sentido de que no cabe pena alguna sin culpabilidad), pero como medida de la pena adquiere solamente una función de limitación. Junto a ello, del carácter constitutivo del injusto se sigue que solo es legítimo manejar un concepto de «culpabilidad por el hecho», mientras que otros conceptos como la «culpabilidad por la conducción de la vida, la disposición o el carácter», han de ser rechazados, y ello no solo por este motivo, sino además, por el argumento principal de que la culpabilidad presupone injusto, y el derecho ni prohíbe ni ordena un determinado carácter, o una determinada conducción de la vida[108].

107 BINDER, Alberto M.; *Introducción de Derecho Penal*, Buenos Aires, 2004, p. 252.

108 DEMETRIO CRESPO, Eduardo; *Culpabilidad y fines de la pena, con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*, Lima, 2008, pp. 66 y 67.

LEGALES EDICIONES

### 1.2. La culpabilidad en sentido estricto (como categoría dogmática)

Ahora daremos un salto dialéctico hasta el último pavimento en el edificio de la teoría del delito cual es la culpabilidad como categoría del delito. Cuando un individuo realiza una conducta (activa u omisiva) y la misma se encuadra en los procesos penales de la Parte Especial diremos que dicha conducta es típica y si no está amparado bajo ninguna causa de justificación, diremos que la conducta también es antijurídica (hasta aquí un injusto penal); pero todavía falta por determinarse si el sujeto es culpable. La teoría del delito es un sistema de filtros que sirve para que sólo pueda superarlo el poder punitivo que presenta características de menos irracionalidad, la mera existencia de un conflicto criminalizado –el injusto– no es suficiente para afirmar la existencia del delito, cuando no pueda vincularse a un autor en forma *personalizada*, puesto que la *criminalización secundaria siempre lo es de una persona*[109].

La culpabilidad, como categoría sistemática del delito, es una culpabilidad *jurídica* y no una culpabilidad *ética*, es decir, el objeto del reproche es una acción disconforme con el Derecho no con la Moral[110]. El carácter delictivo del hecho ilícito (típi-

109 ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000, p. 620.

110 CALDERÓN CEREZO, A. / CHOCLÁN MONTALVO, J. A.; *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Barcelona, 2001, p. 224. La culpabilidad deriva, para algunos, de su procedencia del derecho penal teológico La tradición de que sin culpabilidad no habría delito se remonta al Derecho Penal Teológico de los siglos XVI y XVII, y, al menos estructuralmente influye en la concepción del delito a lo largo del siglo XIX, cuando se inicia en España el estudio puramente jurídico del delito. La culpabilidad teológica ha mantenido su carácter subjetivo; por ejemplo constituiría delito (pecado) la tentativa irreal y no lo sería la causación imprudente de un hecho prohibido. En el otro extremo se sitúa la "culpabilidad popular", aquella que para la colectividad, tiene un carácter marcadamente objetivo. Para esta "culpabilidad" suele bastar la causación de un resultado para que el autor sea culpable ("el que la hace la paga"). Y del mismo modo no se entiende, por el común de los mortales, la aplicación de atenuantes, eximentes... salvo casos muy concretos (como pueda ser la enajenación mental y la minoría de edad). La culpabilidad jurídica, apartándose de la teológica, participa de la subjetividad propia de esta última y de la objetividad que caracteriza a la "culpabilidad popular". Y se sitúa entre ambas, no equidistante (*in medio virtus*) sino tomando las bondades de una y otra y ello en beneficio del reo. Supone para la culpabilidad un lastre su origen teológico aunque no tenga nada que ver ya el delito

LEGALES EDICIONES

co y antijurídico) exige comprobar, en tercer lugar, por último, que ha sido realizado por un "autor culpable" (la culpabilidad es una cualidad que sólo se puede predicar del "autor" del hecho ilícito)[111]. La culpabilidad es el ámbito en el que se comprueban las posibilidades psíquicas de motivación normal del autor de un comportamiento antijurídico por parte de la norma penal. Sólo cuando tal posibilidad de motivación normal concurra, será el autor "culpable" y tendrá sentido realizar la amenaza penal en su persona[112].

Es decir, la posibilidad de la motivación normal está ligada necesariamente a la figura del "hombre promedio", que es un modelo de lo que se espera de un individuo en una sociedad determinada. El hombre promedio se comporta como la sociedad espera que se comporten quienes participan en la vida social. Si lo que se espera de quienes toman parte en los contactos sociales es que en la situación en cuestión se motiven aún a seguir la norma, la capacidad de formar una motivación acorde con la norma se le imputa al autor del caso concreto[113].

La culpabilidad es la categoría que más se enfrenta al análisis del hombre que ha delinquido, es decir, la acción, la tipicidad, y la antijuricidad (injusto penal). Se tratan de categorías dogmáticas que son impersonales y a la vez generales. Recién cuando se llega al último eslabón como es la culpabilidad es cuando comienza verdadera una verificación de carácter "personalizada" del autor o partícipe del hecho punible. La comprensión de la prohibición penal por parte de quien ha delinquido resulta fundamental a la hora de definir una condena. Como veremos más adelante, la

con el pecado, ni la reprochabilidad moral con la jurídica, ni la amplia definición de pecado (ofensa de pensamiento, palabra, obra u omisión) con la estricta de delito (hecho típico, antijurídico y culpable).

111 ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (Dir.) / PÉREZ ALONSO, Esteban (Coord.); *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2004, p. 604.

112 Véase: MIR PUIG, Santiago; *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, p. 91.

113 Véase, al respecto: CÓRDOBA, Fernando Jorge; "La capacidad de motivación y la imputación de culpabilidad", en: *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Libro Homenaje al profesor Claus Roxin*, Córdoba, 2001, p. 184.

LEGALES EDICIONES

culpabilidad ha ido variando en cuanto a su fundamentación, así en líneas generales la culpabilidad se fundamentó desde un inicio en una idea de libertad del ser humano –libre albedrío–, pasando por una relación meramente psicológica, hasta llegar a una cuestión estructural-sociológica orientada a los fines preventivos (generales) de la pena. En suma, la culpabilidad a través del tiempo perdió su arista personal-psicologicista para convertirse en una versión impersonal de corte normativista como es la versión de Jakobs.

Resulta novedosa la fundamentación de la culpabilidad en el concepto de exigibilidad que plantea por ejemplo el Profesor Villavicencio Terreros y no en la reprochabilidad como generalmente ocurre en los Manuales y Tratados de Derecho penal, Parte General. Así Villavicencio Terreros dice: "... es pues un examen humano, y dado que se trata de apreciar esa respuesta del individuo, la exigibilidad, como instrumento de graduación de la culpabilidad, se debe constituir en el más importante fundamento de culpabilidad"[114]. Agrega el citado autor que la "... *culpabilidad es imputar responsabilidad por un injusto a un individuo en base a la exigibilidad en un ámbito comunicativo, en atención a condicionamientos reconocibles, en una determinada práctica social*". En otras palabras, la exigibilidad es un concepto que le corresponde, por esencia y naturaleza, al individuo y es para hacerle frente al Estado, el más fuerte en la relación Estado-individuo. En definitiva, de la definición dada puede colegirse que la culpabilidad para Villavicencio Terreros está sujeta a ciertos condicionamientos; así, para la imputabilidad penal se trata de un condicionamiento de tipo biológico, psicológico, o psiquiátrico de manera que sea posible exigirle al sujeto que pueda "actuar de conformidad con la norma que advierte"[115].

Como elemento dogmático del delito, la culpabilidad constituye un elemento imprescindible –según la mayoría de la doctrina– para la calificación de una conducta como delictiva. Pero la exigencia de un elemento subjetivo en el delito no es nueva,

114 VILLAVICENCIO TERREROS, 2006, p. 565.

115 VILLAVICENCIO TERREROS, 2006, p. 596.



LEGALES EDICIONES

sino que ya el inicial concepto germinal de delito previo a von Liszt configuraba el delito como la "acción culpable" o, retrotrayéndonos aún más en el tiempo, como, "yerro a sabiendas" en expresión de las Partidas. Hoy en día, según la concepción del delito que se siga actualmente ocupa el segundo lugar –teoría de los elementos negativos del tipo–, o tercero –teoría tripartita–.

A mi juicio, no resulta ser lo mismo la culpabilidad como principio y la culpabilidad como categoría del delito. Así, existen varias razones que abonan esta posición: en primer lugar, la culpabilidad como principio responde a un objetivo "macro", más cercano a un aspecto jurídico-constitucional, cual es brindar protección al individuo en cuanto a su acto y a la vez la de servir de límite al *ius puniendo* estatal. En segundo lugar, la culpabilidad como principio básicamente responde a la idea de que ningún individuo puede ser condenado si éste ha obrado con dolo o al menos con culpa, es un límite irrestricto de imputación subjetiva. Además, si queremos ser más rigurosos, ésta versión de culpabilidad respondería más bien a una idea retrógrada de una culpabilidad psicológica, formado por el dolo y culpa. Por el contrario, la culpabilidad como categoría dogmática del delito es más bien de corte específico: es la capacidad de culpabilidad, y en razón de ella la capacidad de determinar la comprensión de la prohibición penal –norma prohibitiva o norma de mandato– y la exigibilidad de otra conducta. Como se verá la culpabilidad como categoría dogmática no tiene nada que ver con aspectos de intencionalidad (dolo) o descuido (culpa) del individuo en el hecho típico.

## III. EL PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD

El Derecho penal material sólo legítima su protección a una parte (importante) de los bienes jurídicos, aquella que de acuerdo a criterios político-criminales se consideren lo más indispensables para la base y el funcionamiento del sistema social; en tal sentido, esta labor fundamentalmente legislativa, no siempre se realiza de modo general, sino frecuentemente sólo a determinadas formas concretas tanto de ataque (comportamiento) como de objeto de ataque (bien jurídico), de ahí que se hable también

LEGALES EDICIONES

de la naturaleza "fragmentaria" del Derecho penal[116]. No obstante, su autor Binding, desde una posición conservadora, decía que constituía en realidad un defecto de la Parte Especial a raíz que le otorga una protección parcial a los bienes jurídicos y que había que superar este problema; lo que jamás pensó es que hoy en día, desde una posición liberal progresista –al ser mantenido y valorado positivamente– se convertiría en una de las más importantes características de una legislación penal propia de un Estado de Derecho.

El principio de fragmentariedad o carácter fragmentario es un desprendimiento del principio de proporcionalidad. La fragmentariedad se expresaría por partida doble: se protegen ciertos y determinados bienes jurídicos (los más importantes), no todos; y de ellos se terminan prohibiendo las conductas que encierran un *disvalor* apreciable o un daño intolerable para el bien jurídico[117]. En nuestro caso, si manejamos un concepto demasiado amplio del bien jurídico-penal ambiente induciría, por consiguiente, a no respetar aquellos mecanismos psicológicos que forman parte del complejo proceso llamado "motivación" en los individuos[118].

---

116 Vid., ROXIN; *Derecho penal. Parte general...*, p. 65. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; *Curso de Derecho penal. Parte general*, I, Madrid, 1996, p. 83. AGUADO CORREA, Teresa; *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, 1999, p. 249. Por su parte, la Sentencia de fecha 13.Oct.06 (Expediente acumulado N° 560-03), por la Sala Penal Nacional de Terrorismo en el caso "Abimael Guzmán Reinoso y otros", que entre sus fundamentos, manifiesta que: "El Derecho penal determina qué transgresiones contra el orden social constituyen delito, amenazando con la pena como consecuencia jurídica por la realización de aquél. *En tal sentido el Derecho penal no puede comprender la totalidad de las consecuencias dañosas de un fenómeno social o político, de ahí que se le considere como un sistema discontinuo de ilicitudes y fragmentario*".

117 Vid., CASTILLO ALVA, José Luis; *Principios de Derecho penal. Parte general*, Lima, 2002, p. 259. AGUDO CORREA, Ob. cit., p. 250, esta autora nos habla de una triple forma de aparición del carácter fragmentario: "en primer lugar, tan sólo se tutela al bien jurídico frente a las formas más graves, se excluye la punición imprudente en determinados casos, se exige la presencia de determinados elementos subjetivos del injusto; en segundo lugar, se tipifica únicamente una parte de lo que es antijurídico según lo previsto en otros sectores del ordenamiento jurídico; en tercer lugar, se dejan sin castigo las acciones meramente inmorales".

118 Vid., MUÑOZ CONDE, Francisco; "Derecho penal y control social (Sobre la función motivadora de la norma jurídica penal)", en: PRADO SALDARRIAGA/ BOJORQUEZ PADILLA / SOLÍS CAMARENA, *Derecho Penal. Parte general*, UNMSM, Lima, 1995, p. 25.



LEGALES EDICIONES

La fragmentariedad tiene tres manifestaciones frecuentes en la Parte Especial: unas veces, se tipifican exclusivamente ciertas modalidades de ataque (vg. sólo la "dolosa"); en otras, opera con criterios selectivos de la antijuricidad, más estrictos que los restantes sectores del ordenamiento jurídico; y otras, por último, se prescinden de criminalizar comportamientos meramente inmorales[119]. Así, el principio de legalidad es una de las manifestaciones de la fragmentariedad, en consecuencia, es a través de los "tipos" donde el Derecho penal originariamente debe seleccionar los bienes jurídicos y a su vez determinar los comportamientos relevantes; la protección penal debe atender una necesidad político-criminal, acorde con su naturaleza y función, de tal forma que la protección del ambiente no gira en torno a una tutela "global" o "totalizadora", que conllevaría a un Estado policial y provocaría la angustia e inseguridad en los ciudadanos, ya que se estaría criminalizando todo comportamiento típico (acciones u omisiones) que sea perjudicial para el ambiente natural, y obviamente de *lege ferenda* se exigiría que el Título XIII del Código Penal peruano no solo tuviera un listado de 11 artículos (selectivo y parcial) que castiga las conductas anti-ecologistas, sino quizá 15 ó 20 o más artículos para dar protección a casi todo lo que tenga que ver con el ambiente, haciéndolo "caer" en demasiadas casuísticas –por cierto lamentables– relacionadas con descripciones típicas detallistas, con la consiguiente tendencia a una sobrecriminalización primaria, que es precisamente lo que se quiere evitar.

## IV. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

### 1. INTRODUCCIÓN: LA CRISIS DEL DERECHO PENAL LIBERAL Y DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (LA SOCIEDAD DEL RIESGO EN EL DERECHO PENAL)

El Derecho penal, tradicionalmente se ha "enfrentado" a casos por ejemplo de homicidio simple doloso, donde no habrá mayor dificultad para la ubicación e identificación del autor

119 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Ob. cit., p. 387.

LEGALES EDICIONES

pues la conducta, que es factiblemente individualizable, las circunstancias que rodearon al hecho delictivo y el resultado lesivo mortal se dan en una relación de causalidad casi directa. Situación que evidencia las características del Derecho penal de corte liberal construido sobre la base, entre otros, del "sujeto activo individual", "bien jurídico individual" y "sujeto pasivo individual", y con ello todo el arsenal dogmático-conceptual como la relación causal, autoría y participación, tentativa, etc., que ha dado como conclusión que se hable de una estructura nuclear en la dogmática penal:"delitos de comisión doloso con resultado individual" todo esto basado en el principio de la responsabilidad personal. Sin embargo, actualmente el Derecho penal vive una suerte "estado de incertidumbre", que entre otras razones, se debe a la crisis del Derecho penal liberal[120].

120 El Derecho penal liberal sostiene que la responsabilidad penal debe descansar sobre cuatro principios básicos: "legalidad", "culpabilidad", "causalidad" y "lesividad". Sin embargo, *actualmente estos cuatro principios no pueden admitirse en toda su dimensión*, porque el problema está en resolver la siempre disyuntiva que atraviesa el Derecho penal: ¿queremos un Derecho penal "clásico-liberal" o un Derecho penal "contemporáneo"? ¿Pueden superponerse ambos derechos? Un ejemplo paradigmático lo constituye los delitos de peligro abstracto, que es la "piedra en el zapato" en la actual dogmática jurídico-penal. Me explico: en los llamados bienes jurídicos colectivos la realidad demuestra que no hay que "protegerlos" esperando su destrucción física (delitos de resultado lesivo), sino que hay que adelantar su protección admitiendo solo una "afectación jurídica" (delitos de peligro –abstracto-). Pero ésta afectación jurídica amplía los marcos de punibilidad que precisamente cuestionan los "liberalistas" del Derecho penal. Entonces, –dicen los liberales– los bienes jurídicos colectivos no necesitan tener protección penal por que contraviene el principio de lesividad, y además, constituye una infracción de orden constitucional. Sobre esto último habrá que decir que *en el Perú, los delitos de peligro abstracto no constituyen una infracción constitucional*. En la Constitución peruana no se establece expresamente una norma que mencione la lesividad de la conducta como presupuesto para imponer una pena criminal. Sólo el principio de legalidad tiene jerarquía constitucional. En consecuencia, en el Perú, el delito de peligro abstracto, sólo constituye una infracción legal (por el art. IV Título Preliminar, CP). En países como la Argentina, donde la Constitución Nacional (art. 19) sí lo tiene normado, un planteo de inconstitucionalidad en contra de los delitos de peligro podría prosperar. A mi entender, sólo cabría entender que los delitos de peligro abstracto, en el Perú, tienen cuestionamiento constitucional si consideramos que el principio de lesividad u ofensividad es una expresión más concreta del principio general de legalidad, porque precisamente para que se castigue penalmente una conducta antes debe haberse afectado un bien jurídico tutelado "penalmente" y sólo se tutelan bienes que están previamente en la "ley".

LEGALES EDICIONES

La sociedad de hoy en día no se organiza en función a un modelo de "luchas de clases" o exclusivamente del desarrollo industrial del siglo XIX y probablemente de la primera mitad del siglo XX, donde se planteaba la lógica del dominio de producción de la riqueza sobre el riesgo generado, que vinculado a la dogmática jurídico-penal había traído consigo el propio desarrollo del concepto –utilizado en los delitos imprudentes y en la imputación objetiva– de *riesgo permitido* como límite doctrinal (interpretativo) a la incriminación de conductas[121].

Actualmente esta visión ha cambiado de forma vertiginosa. Estos cambios en los parámetros sociales, como objeto no solamente de regulación por parte del Derecho, sino también de planificación en lo que respecta concretamente a la materia político-criminal, debe incidir en las actividades que realizan las personas y los servicios que éstos utilizan para satisfacer necesidades sociales. Como consecuencia lógica, se desprende otra premisa que es producida a raíz de la existencia de nuevas tecnologías como la atómica, la genética, la informática, la fabricación y comercialización de productos potencialmente peligrosos para la vida y salud de la población.

De la misma manera, otras actividades tradicionales como el tráfico rodado o la construcción, todo ello producto de la sociedad tecnológica post-industrial caracterizada por la sociedad de riesgos en que vivimos, o llamada también epistemología del riesgo, a raíz de la difusión de la obra *Risikogesellschaft,* de 1986,del sociólogo alemán Ulrich Beck, y que ha sido tratada por primera vez monográficamente en la obra de Prittwitz sobre "Derecho penal y riesgo" (*Strafrecht und Risiko,* 1993). La sociedad llamada post-industrial puede ser examinada desde diferentes facetas: de lo social, político y lo cultural.

En el plano estrictamente jurídico-penal el cambio político es palmario en la participación de la ciudadanía en la política de decisión en materia criminal. Sin embargo, ello no es ajeno a

121 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999, p. 31.



LEGALES EDICIONES

que las políticas estatales en materia penal se vean impregnadas por las confusiones y demandas vindicativas de una sociedad altamente sensibilizada por la proliferación de actividades riesgosas, y en donde la seguridad pretendería erigirse como principal objeto de tutela[122].

En otras palabras, las sociedades de riesgos, vendrían hacer aquellas situaciones donde la realidad inevitablemente se percibe y estructura en el ámbito cognitivo como una constante tensión o controversia entre seguridad y riesgo[123], que ha conducido inexorablemente a un "moderno Derecho penal del riesgo", que significa que dada la cantidad de conductas que generan riesgos sociales para bienes jurídicos fundamentales y dado que la lesión resulta muchas de factores imponderables, ahora las reglas de imputación penal deben asumir un papel preventivo, de contención de riesgos. Desde esta perspectiva, se pone en tela de juicio todo el arsenal dogmático-conceptual del Derecho penal clásico. En palabras de Donna: "Este Derecho penal moderno contiene una fuerte restricción de las garantías de los ciudadanos que abarca no sólo al Derecho de fondo, sino también al Derecho Procesal. En cuanto al primero, como ya se dijo, se crean tipos penales sin relación alguna al bien jurídico, de una amplitud tal que el principio de legalidad se diluye"[124].

En este punto, sobre las sociedades de riesgos, Roxin apunta que "... lo cierto es que no se podrá renunciar totalmente a la intervención del Derecho penal en este campo. Pero también al luchar contra el riesgo mediante el Derecho penal hay que preservar la referencia al bien jurídico y los restantes principios de imputación propios del Estado de Derecho; y donde ello no sea

122 MONTIEL, Juan Pablo; "¿Hacia las postrimerías de un Derecho penal subsidiario?", en: *Libro de Ponencias del XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Córdoba, 2003, p. 350.

123 CARO CORIA, Dino; "Bienes jurídicos colectivos en la "sociedad de riesgo" y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo", en: *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Lima, 1997, p. 51. ÍDEM; *Derecho penal de ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Lima, 1999, pp. 401 y ss.

124 DONNA, Edgardo Alberto; "¿Es posible el Derecho penal liberal?", en: *Revista de Derecho penal, Delitos contra las personas*, Santa Fe, 2003, p. 600.



LEGALES EDICIONES

posible, debe abstenerse de intervenir el Derecho penal"[125]. Una temática importante y excluyente en el Derecho penal del riesgo es la "extensión" hacia la responsabilidad por el producto, que no es más que una respuesta dogmática a esta real demanda de la sociedad. Los conocidos casos de la jurisprudencia alemana del *Contergan*, *Holtzschutzmittel* y *Lederspravs*, y en el Derecho español, el caso del aceite de colza, así lo demuestra. De ahí que algunos puntos característicos del moderno Derecho penal, y siguiendo a Rodríguez Montañés[126] presentan dificultades en los criterios de imputación tradicionales, entre ellos lo concerniente a determinar *quién* es el responsable y *en qué consiste su infracción del deber penal* de conducta que fundamenta su responsabilidad.

## 2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL

Para garantizar las libertades frente al poder público, y evitar que los ciudadanos quedaran a merced de los juzgadores, para que todos y cada una pudieran calcular las consecuencias de sus actos y saber cuándo se exponen a un castigo y cuándo no, se logró, como una conquista histórica del mundo moderno, la consagración del principio de legalidad[127] y de las consecuencias que

125 ROXIN, Claus; *Derecho penal. Parte general,* Tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito,* traducción de Luzón-Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, Madrid, 1997, p. 61.

126 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa; "Consideraciones generales acerca del desarrollo actual de la teoría del delito, a propósito del problema de la responsabilidad penal por el producto", en: *Debate Penal,* Junio, Lima, 1997, p. 84. Existen otras dos características que son: en primer lugar, están los supuestos de la *constatación de cursos causales no verificables* entre los resultados lesivos (muertes, lesiones...) y la actuación de los sujetos intervinientes. Ello se debe a la complejidad del proceso productivo, con múltiples factores cocausantes cuyos efectos no pueden aislarse empíricamente, como por el deficiente conocimiento científico-naturalístico de los procesos causales en cuestión. En segundo lugar, también se plantea graves problemas en el ámbito de la *imputación subjetiva y de la culpabilidad*. Dada la complejidad de la situación objetiva, resulta muy difícil determinar cuál es el objeto de referencia del dolo, cuál es el grado de conocimiento exigible, y por tanto, cuándo podemos afirmar su existencia.

127 Como es sabido, el principio de legalidad tiene consagración constitucional. La Constitución peruana de 1828 se diferencia de las anteriores, constituyendo en la primera norma

LEGALES EDICIONES

constitucional que recepciona en suelo patrio el **"nullum crimen"**: Art. 150.- *"Ningún peruano esta obligado a hacer lo que no manda la ley o impedido de hacer lo que ella no prohíbe"*. La Constitución de 1856, intenta una nueva redacción para el reconocimiento del principio legalista: art. 15.- *"No se reconoce más obligaciones que las impuestas por las leyes y ninguna tiene efecto retroactivo"*. La Constitución de 1860, desestima la nueva redacción y reincorpora la fórmula primigenia y a su vez muestra una mejor técnica en la garantía de legalidad procesal. Así el art. 14.- *"Nadie esta obligado a hacer lo que manda la ley, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe"*. La Constitución 1867, en la parte pertinente, no se aparta de la anterior. La Constitución de 1920 también no se aparta de la anterior, al decir en su art. 19.- *"Nadie esta obligado a hacer lo que manda la ley, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe"*. La Constitución de 1933, con una mejor técnica legislativa, recoge el principio dándole la configuración que hasta la fecha mantiene: art. 24.- *"Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe"*, y el art. 57.- *"Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estén calificados en la ley de manera inequívoca como infracciones penales, ni juzgado sino por los tribunales que las leyes establezcan..."*. La Constitución de 1979 dice –en su art. 24– lo siguiente: *"a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe; d) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley"*. Bajo esta misma concepción, la Const. peruana de 1993 regula el principio de legalidad con la salvedad que también se legitima la punición de la conducta omisiva de forma genérica al referirse expresamente en su artículo 2 inciso 24, letra "d" lo siguiente: *"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; ni sancionado como pena no prevista en la ley"*. Esto es recogido también en el Título Preliminar del CP peruano en su art. II: *"Nadie será sancionado por un **acto no previsto como delito o falta por ley vigente** al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ellas"*.

En esta misma perspectiva, la Constitución Nacional de argentina lo estatuye en su art. 18 que a la letra dice: *"Ningún habitante de la Nación puede ser penado **sin juicio previo fundado en ley anterior** al hecho del proceso..."*. El principio de legalidad, uno de los pilares básicos de interdicción al abuso del poder punitivo estatal, en su misión orientadora de los comportamientos sociales está severamente distorsionada por la magnitud del ámbito de lo punible. El artículo 18 de la Constitución Nacional argentina es conocido como el de las garantías individuales porque en él se establecen instrumentos que otorgan protección a los derechos individuales. El mérito del artículo 18 radica en su fecundidad como norma clave para regular la función pública represiva, para sentar las bases de todos los procesos y establecer principios rectores a los que ajustan el Código Penal, las constituciones provinciales y códigos procesales penales (Véase: ZARINI, Helio Juan; *Constitución Argentina (comentada y concordada)*, Buenos Aires, 2001, p. 94). EDWARS, Carlos Enrique; *Garantías constitucionales en materia penal*, Buenos Aires, 1996, p. 77, afirma que este "...significativo postulado se convierte en una verdadera garantía que tiene el individuo, ya que únicamente podrá ser penado cuando su conducta encuadre en un delito previamente tipificado en la ley penal. A su vez, este principio esencial del derecho penal liberal implica

LEGALES EDICIONES

de ella se derivan[128]. El principio de legalidad representa la más valiosa garantía a los derechos y libertades del ciudadano y en el que se sintetizan los demás principios informadores del Derecho penal como el principio de intervención mínima, el principio de proporcionalidad, el principio de humanidad de las penas, entre otras. Cualquier cambio que afecte al derecho penal empieza por la modificación de la ley penal, pues ésta es su única puerta de ingreso[129]. El reconocimiento que a nivel constitucional se realiza del principio de legalidad en materia penal resulta relevante por dos aspectos importantes: en primer lugar, por el rango jerárquico que se le confiere, el mismo que lo ubica a nivel de derecho fundamental de toda persona; y en segundo lugar, porque se vincula directamente su reconocimiento a otras dos facetas esenciales en materia de derechos fundamentales, como son la libertad y la seguridad personales[130].

En ese sentido Landa Arroyo dice: "Al respecto debemos tener en consideración que la Constitución exige que tanto la conducta típica como la sanción deben estar previstas "de manera expresa e inequívoca". Con ello surge una cuestión respecto de cómo debe interpretarse dicha exigencia, pues de la perspectiva de una interpretación hermenéutica (literal) de la Constitución parece imponer una precisión absoluta. En tal entendido, el principio de legalidad se vería vulnerado, desde este punto de

una contundente limitación al *jus puniendi* del Estado, ya que únicamente se podrá ofrecer la potestad punitiva estatal cuando la conducta de una persona se subsuma en una figura penal previamente tipificada como delito".

128 En particular se reconocen cuatro prohibiciones: retroactividad de la ley *(lex praevia)*; de aplicación de otro derecho que no sea el escrito *(lex scripta)*; de extensión del derecho escrito a situaciones análogas *(lex stricta)*; de cláusulas legales indeterminadas *(lex certa)*. Cada una de estas prohibiciones tienen un destinatario preciso: la exigencia de *lex praevia* se dirige tanto al legislador como al juez; la de *lex scripta*, al igual que la *lex scricta;* por último, la de *lex certa* tiene por destinatario básicamente al legislador y, subsidiariamente al juez.

129 CASTILLO ALVA, José Luis; *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2004, (reimpresión), p. 63.

130 Véase: GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen; "Algunos alcances del principio de legalidad en el ámbito del ordenamiento jurídico peruano", en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, N° 5, 2004, p. 140.

LEGALES EDICIONES

vista, en la medida en que no se consiga establecer el comportamiento y la sanción "de manera expresa e inequívoca""[131].

El principio de legalidad fue tomado originariamente de la Carta Magna de 1215 e iluminada bajo la filosofía racionalista de su época: el iluminismo. Por tal motivo, ya en el Código Penal francés de 1791 quedaron plenamente plasmados los principios revolucionarios de libertad, igualdad y fraternidad. El principio de libertad está enmarcado en el famoso apotegma *nullum crimen, nulla poena sine praevia* que los alemanes quieren vincular a Feuerbach, y que en realidad se origina en la filosofía de Rousseau. Es decir, se constituye como una de las conquistas centrales de la Revolución Francesa y plasmada en la Declaración de los Derechos del Hombre del 26 de agosto de 1789 y se erige, como señala Mezger, en un "Palladium de la libertad ciudadana".

Así, la idea básica del principio de legalidad reside en que el castigo criminal no depende de la arbitrariedad de los órganos de persecución penal ni tampoco de los Tribunales, sino que debe estar fijado por el legislador legitimado democráticamente[132]. La legalidad es el factor esencial del Estado de Derecho, en el que los órganos administrativos y jurisdiccionales deben respetar las reglas generales establecidas mediante las leyes, para garantizar el respeto de las libertades individuales y el normal desarrollo de la vida de la comunidad[133]. La vinculación del juez a la ley no significa sólo, pues, para el sistema jurídico-penal la garantía de una jurisprudencia consistente y la previsibilidad de la decisión –éstos son intereses de todos que también pueden ser satisfechos por otros sectores jurídicos–, sino sobre todo la protección del inculpado concreto ante la intervención arbitraria (y, por tanto, incontrolable) en sus derechos a la libertad y al patrimonio[134].

131 LANDA ARROYO, César. "Interpretación constitucional y Derecho penal", en: HURTADO POZO, José (Dir.); *Interpretación y aplicación de la ley penal*, Lima, 2006, p. 96.

132 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción de Miguel Olmedo Cardenote, 2002, p. 136.

133 Véase, en este sentido: HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal*, Lima, 2005, p. 135.

134 HASSEMER, Winfried; *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984, p. 246.

LEGALES EDICIONES

En principio, habrá que tener en cuenta que según Zugaldía Espinar[135] sostiene que son cuatro las manifestaciones del principio de legalidad, y son los siguientes:

a) **Garantía criminal** (*"nullum crimen sine lege"*) ninguna conducta, por reprochable que sea, puede ser considerada como delito si previamente una ley no lo ha establecido.

b) **Garantía penal** (*"nulla poena sine lege"*): no puede establecerse más penas que las establecidas expresamente por el legislador en cada caso.

c) **Garantía jurisdiccional** (*"nemo damnetur nisi per legale iudicium"*): nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio formal ante el Tribunal competente, en el que se respeten todas las garantías establecidas por la Ley.

d) **Garantía de ejecución**: no puede ejecutarse pena alguna sino en la forma prevista por la ley[136]

---

135 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; *Fundamentos de Derecho Penal*, Valencia, 1993, pp. 276 y 277. De la misma manera: MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, pp. 83 y ss.

136 Al respecto, el artículo VI del Título Preliminar del Código Penal prescribe que: *"no puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente"*. En tal sentido, el Código Penal español (art. 3, 2) también señala que: *"... tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentales que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales"*.

En el Derecho de ejecución penal en cuanto a la determinación y cómputo de la pena debe tener en consideración la **pena impuesta**, es decir, la pena concreta impuesta por el Juez penal en la sentencia condenatoria; y no la pena conminada, es decir, la pena abstracta regulada en el Código Penal o en leyes especiales, que tiene un mínimo y un máximo establecido para los delitos. Ya el Juez Penal ha evaluado –de acuerdo a los parámetros que impone los artículos 45 y 46 del CP– y ha llegado a la conclusión que le corresponde una determinada pena (concreta). En este sentido, URQUIZO OLAECHEA, José; en: Castillo Alva, José Luis (Coord.), *Código Penal comentado*, tomo I, Lima, 2004, p. 62, sostiene que: "En el campo legislativo la regulación del principio de legalidad, de no ser por el artículo VIII del Código de Ejecución Penal que señala que la retroactividad y la interpretación de dicho Código se resuelven en lo más favorable al reo, sería; pues no hay una suficiente –y mucho menos frondosa– regulación del principio de legalidad que permita impedir, de manera infranqueable, la arbitrariedad estatal en la ejecución de las penas...", "... en torno al principio de legalidad, se concluye que la aplicación de esta

LEGALES EDICIONES

La Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 3 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC, en el caso "Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos", ha dicho lo siguiente:

> "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)*".

El principio de legalidad consiste en el carácter *formalizador*[137] que distingue el Derecho penal de otros medios de control social. Este principio implica elementalmente que ninguna

---

institución jurídica es de carácter vinculante y se extiende a todas las materias que están relacionadas con el Derecho Penal (por ejemplo, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal). Su cumplimiento no es postergable bajo ninguna circunstancia". De la misma manera ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2002, p. 124, dicen que: "Si la ejecución penal se traduce en una limitación de derechos, no puede quedar fuera de la legalidad, porque es la punición misma o su manifestación más importante. El *nulla poena sine lege* abarca la ley penal ejecutiva...". CASTILLO ALVA, José Luis; *Principio de Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2002, pp. 89 y 90, apunta que: "La sanción no puede ser inventada, ni siquiera se puede imponer una pena que exista en el ordenamiento jurídico, sino sólo se puede aplicar aquella sanción que específicamente se encuentre prevista para el delito cometido. La legalidad de las penas supone tanto la imposibilidad que se inventen sanciones como la interdicción que se intercambien las existentes, ya sea por el arbitrio del juez o por la gravedad del delito. Esta prohibición se basa en la necesidad que tiene el ciudadano no sólo de saber si la conducta se halla o no prohibida, sino también en el hecho de conocer la clase y la duración o contenido de la sanción a la que puede hacerse acreedor en caso decida cometer el delito". Como es sabido, la garantía penal (*"nulla poena sine lege"*) que reza de la siguiente manera: "no puede establecerse más penas que las establecidas expresamente por el legislador en cada caso", responde a un razonamiento del principio de legalidad de las penas (como desprendimiento del principio de legalidad en general). Este tiene su raíz en el principio "no hay delito ***ni pena*** sin ley previa", o mejor dicho ***nulla poena*** *previa lege* que significa que no se puede imponer por los tribunales pena alguna que no se halle establecida previamente en una ley.

137 Por "formalización", siguiendo a HASSEMER, Winfried; "Sobre las normas no jurídicas en el Derecho", traducción de Marcelo Sancinetti, en: *DP*, 45 a 48, Buenos Aires, 1989, p. 26, entendemos lo siguiente: "... significa la instauración de un cuadro profesionalmente habituado y normativamente conducido al que le corresponde la aplicación de la norma,

LEGALES EDICIONES

sanción jurídico-penal se aplica si antes no esta establecida previamente como delito o falta[138]. Se refiere también a la certidumbre del ejercicio del poder penal, donde el Estado debe lograr lo que se llama "juego limpio", el juicio previo y, por otra parte, el principio de legalidad[139]. Este principio, también se utiliza como sinónimo de *principio de reserva* (legal), en el sentido que el único que está facultado para crear ilícitos penales es el Poder Legislativo y no el Ejecutivo ni el Judicial. Se trata, entonces, de una exigencia de seguridad jurídica (conocer anteladamente los delitos, contravenciones y sus correspondientes penas). Además, se trata de una garantía política (en el sentido que el ciudadano no podrá verse sometido por el Estado y por ende los jueces a sanciones que no admita el pueblo).

Como consecuencia de esto, se deriva la definición del tipo legal, la misma que es creación de von Beling, quien en 1906 tradujo por primera vez la expresión *tatbestand recht*, del parág. 59 del Código Penal del Imperio Alemán de 1871 por tipo legal, de ello también cobra vigencia el denominado *principio de tipicidad* que expresa diferentes comportamientos punibles en tipos penales de la Parte Especial. La tipicidad expresa garantía frente al ciudadano objeto de incriminación, siempre y cuando esté de modo taxativo, certero y completo el supuesto de hecho (comportamiento típico) y la consecuencia jurídica del delito complementadas con la Parte General (penas en sus diferentes

así como la definición explícita, pública y controlable de la conducta, la amenaza de la sanción y la regulación del procedimiento".

138 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; *La ley y el delito. Principios de Derecho penal*, México-Buenos Aires, 1963, p. 92. GRAVEN, Jean; "Los principios de legalidad, de la analogía y de la interpretación y su aplicación en el Derecho penal suizo", traducción de Joaquín de Aguilera, en: *ADPCP*, 1950, p. 13. En el Derecho anglosajón, que es ante todo de formación consuetudinaria *(common law)*, la letra de la ley, texto legislativo, como en Derecho civil, constituye sólo en parte la base de la sentencia del juez las normas no escritas y los principios de la "justicia natural", de la "equidad" le guían a menudo. El Derecho escrito es simplemente declarativo de un Derecho no escrito mucho más amplio, Derecho consuetudinario y Derecho natural, fundado sobre las nociones universales de justicia, sobre los principios morales comunes a todas las naciones respetuosas con la ley moral.

139 BINDER, Alberto M; *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Buenos Aires, 1993, p. 157.

LEGALES EDICIONES

formas y clases: medidas de seguridad, penas accesorias, reparación civil).

Además, una derivación de la exigencia del principio de legalidad es el de *taxatividad*. "La pena –dice Baratta– es aplicable sólo en los casos de realización de tipos de conducta expresamente previstos por la ley con indicación de sus elementos descriptivos y normativos. El principio de taxatividad excluye la aplicación analógica de la ley penal, la cual debería ser expresamente prohibida por la ley"[140]. El principio de taxatividad indica que dentro de sus precisiones está en describir *qué acción u omisión* es seleccionada por la norma penal[141]. Se precisa, además, una prohibición de crear leyes penales indeterminadas o imprecisas, sin embargo, habría que precisar que el centro de atención, para nuestro caso, está en el supuesto de hecho.

El Estado de Derecho debe perseguir una finalidad básica, cual es la de limitar las funciones y facultades del Estado a través de marcos jurídicos situados por encima del mismo. En tal sentido, el principio de legalidad no sólo protege a los ciudadanos del, sino como un modo de limitar el poder de los jueces, pues de lo contrario quedaría a su libre arbitrio[142]. Ahora estamos frente a una doble artificialidad: no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del positivismo jurídico, sino también por su sujeción al Derecho, que es precisamente el rasgo específico del Estado Constitucional de Derecho, en el cual la producción jurídica misma se halla disciplinada por normas de derecho positivo, no sólo en lo que se refiere a su procedimiento de formación, sino también en sus contenidos[143].

140 BARATTA, Alessandro; "Principios de Derecho Penal mínimo (para una teoría de los Derechos Humanos como objeto y límite de la ley pena)", traducción de Beatriz Lenzi, en: *DP. Ty PCP*, Buenos Aires, 1987, p. 629.

141 Véase: POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel; *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas*, Lima, 2004, p. 326.

142 ROJAS, Ricardo Manuel; *Las contradicciones del Derecho Penal*, Buenos Aires, 2000, p. 73.

143 FERRAJOLI, Luigi; "Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de Derecho", traducción de Mary Beloff y Christian Courtis, en: *Crimen y Castigo, Cuaderno del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho*, Universidad de Buenos Aires, N 1, 2001, pp. 24 y 25.

LEGALES EDICIONES

Como cuestión general diremos, –siguiendo a Badeni– que el "... principio de la supremacía de la Constitución impone a gobernantes y gobernados la obligación de adecuar sus comportamientos a las reglas contenidas en la Ley Fundamental, cuya jerarquía jurídica está por encima de las normas que puedan emanar de aquéllas" –agrega además– "la legalidad y estabilidad jurídica que genera la supremacía de la Constitución, se expresa tanto en una supremacía material como una supremacía formal"[144]. Así pues, si los actos emanados de los demás poderes del Estado tuvieran la misma jerarquía jurídica que las normas y postulados constitucionales, la Constitución sería fácilmente infringida por los órganos institucionales (fundamentalmente, en nuestro caso, por el órgano jurisdiccional), a los cuales precisamente aquélla pretende limitar en su funcionamiento.

La supremacía constitucional es receptada en la Constitución Nacional argentina (art. 31) en los siguientes términos: *"Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son ley suprema de la Nación"*. Finalmente, en la Constitución Política del Perú, (art. 51) se regula de la siguiente manera: *"La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente..."*.

Los postulados constitucionales no deben –o no deberían– entrar en contradicción con las normativas legales, con actos procesales (por ejemplo una sentencia) o de autoridades competentes. Así las cosas, el Derecho positivo infraconstitucional opuesto a la Constitución, que es el plan maestro que programa, esquematiza y disciplina precisamente ese Derecho, es considerado como un Derecho inválido[145]. En tal línea argumentativa, el

144 BADENI, Gregorio; *Reforma Constitucional e Instituciones Políticas*, Buenos Aires, 1994, p. 127. Sobre la supremacía de la Constitución: LINARES QUINTANA, Segundo V.; *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Tomo I, Buenos Aires, 1976. ZIULU, Adolfo Gabino; *Derecho Constitucional*, Tomo I, Buenos Aires, 1997, p. 101. Este autor afirma que "...por tanto, primero está la Constitución y luego las leyes. Estas deben cumplir con el principio de legalidad, que implica una evidente subordinación a la ley fundamental". FERREYRA, Raúl Gustavo; *Notas sobre Derecho Constitucional y garantías*, Buenos Aires, 2001, pp. 65 y ss.

145 En este mismo sentido: SAGÜÉS, Néstor Pedro; *Elementos de Derecho constitucional*, Tomo I, Buenos Aires, 2003, p. 37. DE RUIZ, Marta V. ; *Manual de la Constitución Nacio-*

LEGALES EDICIONES

Derecho penal, como parte integrante de la producción jurídica estatal, también debe someterse a los postulados constitucionales, de ahí, como bien indica Zaffaroni, "*... el saber del Derecho penal debe estar sujeto siempre a lo que informa el saber del Derecho constitucional*"[146].

## 3. EL DOBLE MENSAJE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

A su vez, el principio de legalidad propone una mixtura de mensajes y significado tanto a los órganos estatales como a la ciudadanía en general, teniendo como presupuesto necesario el llamado Principio de División de Poderes[147] que debe regir en todo Estado de Derecho. El doble mensaje es el siguiente:

- En primer lugar, el único ente que está autorizado en el ordenamiento jurídico-penal para crear, modificar o extinguir una conducta típica o las consecuencias jurídicas derivadas de esa conducta típica inserta en el Código Penal o en las leyes especiales es el Legislador. Así, la Constitución Política en el artículo 102, inciso 1, dice, dentro de las funciones del Poder Legislativo, señala que es la de: "*Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes*". Aquí, debería primar la función de la determinación legal de la pena. Es decir, las penas que están establecidas, por ejemplo, en el artículo 28 CP es la que ha establecido el Congreso de la República, y por consiguiente ninguna autoridad estatal –ni siquiera el Poder Judicial– puede crear, modificar o extinguir dichas penas, sólo respetarlas.
- En segundo lugar, el único ente que está autorizado a imponer esas penas perfiladas por el legislador, dentro de un

*nal*, Buenos Aires, 1997, p. 127. Esta autora sostiene que "El principio de la supremacía llega entonces a la conclusión, de que las normas y los actos infractorios de la Constitución *no valen, son, inconstitucionales*". (cursivas del texto original).

146 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; "El marco constitucional iushumanista del saber penal", en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N 9, Buenos Aires, p. 33.

147 Este principio esta normado en el artículo 43, tercer párrafo, de la Constitución en los siguientes términos: *"Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según* ***el principio de la separación de poderes"***. (las negritas y subrayado son mías)



LEGALES EDICIONES

proceso penal con las garantías cumplidas, es el Juez Penal. Así, lo ha señalado la Constitución Política en el artículo 138 que dice que: *"La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos..."*. En tal sentido, el Poder Judicial no podrá imponer penas, por ejemplo, por encima del marco penal del delito fijado previamente por el Legislador, y si lo hace estaría incurriendo flagrantemente en una "superposición de funciones públicas", Estaría, en otras palabras, actuando como legislador *de facto*. Aquí debe primar en toda su dimensión la llamada determinación judicial de la pena. Un Juez penal no puede –ni debe– razonar y actuar como legislador y aplicar al caso *sub judice* una pena distinta a lo contemplado en el texto punitivo, porque si lo hace estaría cometiendo el delito de prevaricato. Así es, el artículo 418 CP prescribe que: *"El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley..."*.

## 4. LAS FUNCIONES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO POSITIVO: LA FUNCIÓN "VIRTUAL" DE LA PARTE GENERAL Y LA FUNCIÓN "REAL" DE LA PARTE ESPECIAL

En Derecho penal alemán el Derecho consuetudinario surge normalmente por el uso judicial continuado, y a primera impresión pareciera que no tendría espacio en el Derecho penal desde que éste es dominado por la "lex scripta". "Sin embargo, –anota Jescheck– todavía el derecho consuetudinario goza de una cierta importancia en el Derecho penal. Su ámbito de aplicación es, por un lado, precisamente la Parte General, porque ante la parcial codificación de las teorías generales, el Derecho consuetudinario tiene que completar lagunas, funcionando en realidad como una forma de interpretación consuetudinariamente reconocida. Por otro lado, también tiene eficacia el Derecho consuetudinario en la Parte Especial siempre que beneficie al ciudadano, derogando (desuetudo), atenuando o limitando por la costumbre los tipos penales"[148].

148 JESCHECK, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho penal. Parte General*, volumen primero, traducción y adiciones de derecho español por Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 152.



LEGALES EDICIONES

Así, el Código Penal alemán del Reich de 1871 en lo que se refiere a la Parte General casi no encontraba demasiadas regulaciones expresas de todas las instituciones generales del hecho punibles, situación que ha permitido a la ciencia y a la jurisprudencia un amplio margen para el desarrollo de la dogmática jurídico-penal. Esta situación, por ejemplo, puede interpretarse que en el actual Código Penal alemán de 1975, en su Parte General, encuentre regulaciones en detalle de casi todas las reglas generales, y era lógico pensar que a esa fecha (1975) a raíz la ciencia y jurisprudencia penal hayan alcanzado un alto grado de desarrollo. Situación que puede ser criticada porque deja la discusión "atrapada" en el lenguaje de la ley.

Por tal motivo, decir que el principio de legalidad cumple en igual dimensión en las reglas generales de la imputación con los respectivos tipos penales de la Parte Especial es un error. Así, no debería dejar duda el hecho que si no se tiene regulado la omisión impropia en la Parte General y se pretende aplicar a tipos delictivos de la Parte Especial, es evidente que esa aplicación sería inconstitucional. Pero no así, si es a la inversa, es decir, si se regula –aunque sea "mínimamente"– en la Parte General la omisión impropia. Me explico: el principio de legalidad material cumple, dentro del derecho positivo penal, dos funciones complementarias, aparentemente opuestas:

- En la Parte General, el principio de legalidad cumple una *función virtual*, en la medida que no se necesita una reglamentación detallista de todas aquellas reglas generales para la imputación delictiva. Aquí la discrecionalidad judicial, pero fundamentado en la dogmática jurídico-penal juega un papel preponderante en relación a la legalidad penal (por ej. la accesoriedad en la participación criminal es una construcción netamente dogmática y no necesariamente legal). Se podría decir que aquí la discrecionalidad judicial es la que constituye la "fuente creadora" de la legalidad penal. La Parte General regula "instituciones" aplicable a todos los delitos. ¿Constituye infracción al principio de legalidad el hecho que no se regula una determinada categoría dogmática en la Parte General? No, porque en esta situación entraría la fun-

LEGALES EDICIONES

ción de la dogmática jurídico-penal que sería aquel soporte de conocimiento especializado que se necesita para regular determinadas casos, donde la legalidad de la Parte General no ha llegado. Ha todo esto lo que pasa es que la dogmática jurídico-penal no es sinónimo del Derecho positivo[149]. Los problemas que hoy en día se presentan al interior del delito de comisión por omisión y su elemento posición de garante es como consecuencia de aquel resultado de estrecho entendimiento del Derecho en general, que se aferra al positivismo jurídico[150].

---

149 Así, CREUS, Carlos; *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, 2003, p. 37, anota que la dogmática se designa aquella exposición del Derecho penal que parte del Derecho positivo y de las reglas jurídicas.

A mi entender la confusión viene porque la dogmática en la Francia de Napoleón, se llamaba la *Escuela de la Exégesis*, caracterizada por considerar que la legislación como la única que legitima el Derecho. Como dice NINO, Carlos Santiago; *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires, 1998, p. 335, las teorías dogmáticas cumplen la función más importante de permitir la inferencia de nuevas normas no pertenecientes al Derecho legislado, el ejemplo de la teoría dogmática más refinada y desarrollada es quizá la "teoría general del delito" en el ámbito del Derecho penal.

150 En este sentido, el funcionalismo extremo establece a través de PERDOMO TORRES, Jorge Fernando; "Dos cuestiones actuales en la dogmática del delito de omisión. Sobre la supuesta accesoriedad y sobre solidaridad", en: DONNA, Edgardo Alberto (Dir.); *Revista de Derecho penal*, 2004-I, Buenos Aires. "La solución a la problemática sólo se podrá alcanzar en la medida en que se abandonen estos criterios y se construya un marco teórico-jurídico en el que sean partícipes todas aquellas disciplinas sociales (por ejemplo la Sociología del Derecho y la Antropología), de manera que las herramientas del Derecho sean aquellas que se correspondan efectivamente con las necesidades de toda sociedad; sólo de esta forma se alcanzarán las soluciones a los problemas a los que se ve enfrentada la dogmática penal actual, sin embargo sin que se renuncie a criterios de legitimación y validez, y a una fundación eminentemente normativa, pues algo debemos tener claro: *en el sistema del Derecho estamos solucionando problemas jurídicos de una sociedad*".

Por eso los funcionalistas radicales encuentran en la imputación objetiva un campo fértil para desarrollar sus teorías jurídicas, pues implica una tesis sobre los presupuestos de la solución correcta de un conflicto. Así, la imputación objetiva que en verdad tiene la pretensión de ser aplicada tanto en el Derecho privado como en el penal o en el administrativo, considera que no es correcto responsabilizar al autor de una conducta por todos los resultados que ésta cause, sino sólo por los que sean consecuencia de la creación de un peligro jurídicamente desaprobado. La pretensión de corrección de una teoría puede ser derivada de presupuestos generales del orden jurídico; se trata de postulados sin los que la interpretación de textos jurídicos sería imposible, todo entendimiento de un texto legal requiere, al menos, una concepción de la justicia o de la utilidad social.

LEGALES EDICIONES

Sancinetti ha dicho "... de qué depende que una regla de derecho positivo que regule la dogmática del hecho punible sea lamentada como una infeliz atadura de la filosofía práctica a las palabras de la ley o que, en cambio, sea recibida con beneplácito como un valor requerido por la seguridad jurídica"[151]. Las reglas generales del hecho punible de cualquier Código Penal están dominadas en alto grado por la doctrina judicial y la dogmática penal. La regulación legal al respecto opera aquí en segundo grado. Es decir, como es sabido, la Parte General comprende tres grandes aspectos: la teoría general de la ley penal, la teoría general de la pena criminal, y la teoría general del hecho punible. Lo que aquí estamos diciendo es que la vigencia virtual del principio de legalidad está referida fundamentalmente a la teoría del delito. En este sentido, coincido con Sancinetti que los Códigos Penales en su Parte General deben contener algunas disposiciones estrictamente indispensables para la operatividad judicial, a modo de un "estándar mínimo" para que la pena pueda ser la reacción justa al ilícito culpable. Esto es, normas sobre el ámbito de validez del Derecho penal, normas sobre los presupuestos generales de penalidad y las normas sobre las consecuencias jurídicas del hecho punible. Esta opción de estándar mínimo no impide que las opiniones o criterios acerca de cuál sea la solución en cada caso más justa puedan ser discutidas constantemente en la dogmática penal. La codificación del Derecho penal ofrece solamente una imagen aproximada de su real extensión, ya que nunca podrá ser completa.

En ese sentido, los grados de vinculación que ejercita el Derecho positivo en las elaboraciones dogmáticas de la Parte General, tendrá que ser sustancialmente mínima. Cuanto más vaga sea la determinación legal en la teoría de la imputación, es evidente que más importante será el afianzamiento sistemático de aquellas teorías (por ej. las teorías de la posición de garantía) que ha de desarrollar el juzgador, atendiendo a

151 SANCINETTI, Marcelo; "Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la Parte General en los Códigos penales", en: *CDJP*, N 11, Buenos Aires, p. 95.



LEGALES EDICIONES

los puntos de apoyo en la ley. Tiene que existir un margen de libertad para los operadores jurídicos para construir las diversas categorías y teorías explicativas, a partir de las correspondientes premisas axiológicas y criterios argumentativos. Ahora bien, el margen de libertad que pregonamos tendrá que moverse dentro del criterio y límite de una correcta discrecionalidad sin caer en la arbitrariedad. Es más, la dogmática penal debe construirse desde la Constitución, de los Pactos Internacionales y así depurar a la legislación (Código Penal) de todos los vicios constitucionales que conlleva.

Un parámetro que deberá tener en cuenta el juzgador es que la dogmática penal debe contener o servir de "muro de contención" al poder punitivo del Estado, o en todo caso, hacerlo "más" previsible. Por eso que en aquellas situaciones fácticas donde la razón impone que una conducta debe quedar fuera de la órbita jurídico-penal, porque en sí mismo no afecta la esencia del Derecho, la dogmática penal deberá confirmar o convalidar esa conclusión. Así, cuando existen las situaciones de *exclusión* de responsabilidad penal y que no encuentran apoyo legal, debe aplicarse tal exclusión porque están conteniendo al poder punitivo. Así nacieron por ejemplo, las figuras dogmáticas como el consentimiento de la víctima; las causas de justificación supralegales[152] (concretamente el es-

152 Al respecto: JIMÉNEZ DE ASÚA; 1963, pp. 208 y 209, sostiene: "Hoy nos urge que para nosotros la dogmática ha de edificarse sobre el *Derecho* vigente y no sobre la mera *ley*. El Derecho no es la ley a secas. Para los que no creemos que el Derecho sea puramente lo formal, sino que tiene un contenido realista, el Derecho abarca también las vivencias del pueblo en que rige". A mi juicio este párrafo sería el gran resumen de todo lo que hasta aquí hemos visto. Es más el autor agrega que "hay un Derecho supra-legal al que a menudo tenemos que acudir para establecer conceptos positivos y negativos de la antijuricidad, es decir, de lo injusto, y de las causas de justificación, así como para individualizar la culpabilidad, que en su aspecto negativo se corona con la causa general de exclusión que se denomina en Alemania "no exigibilidad de otra conducta"". De este segundo párrafo de Jiménez de Asúa se puede deducir que las categorías dogmáticas –aún fuera de la ley–, mientras limitan al poder punitivo del Estado, contienen legitimidad dentro del ordenamiento jurídico penal.

A las eximentes de responsabilidad no expresamente destacadas en la ley se les llama *"supralegales"*: no es acertada esta denominación porque solo puede operar si se desprenden dogmáticamente, es decir, del ordenamiento positivo. Más la doctrina designa

LEGALES EDICIONES

tado de necesidad) que tampoco encuentran regulación en algunos Códigos penales; menos aún los criterios de imputación objetiva, encuentran apoyo legal: el riesgo permitido, adecuación social[153], entre otros. Por otro lado, la doctrina judicial tendría el efecto de *delimitar* el tipo penal en la Parte Especial, como por ejemplo los términos de funcionario público en los delitos contra la administración pública, la disposición patrimonial en la estafa, etc. La jurisprudencia y la dogmática sólo pueden cubrir los espacios que los preceptos de la Parte General no hayan cubierto: determinados requisitos de la acción, la causalidad, y algunos desarrollos no definidos exhaustivamente en la Parte General. La doctrina judicial puede consolidar una determinada interpretación de prescripciones jurídico-penales.

En síntesis, el Derecho judicial y la dogmática no sólo no está excluido, sino que es, como lo enseña la Parte General de un Código Penal, simplemente imprescindible. De ahí que Roxin haya sostenido en relación a la Parte General que "... lo único cierto es que a menudo el legislador ha dejado abiertos amplios campos de las teorías generales del Derecho penal y los ha encomendado a la decisión de la jurisprudencia; en parte, las dificultades que en muchos casos se oponen

así a las causas impeditivas de la aparición del factor indispensable para configuración del delito. Aludir a la supra-legalidad produce la impresión de algo por encima de las disposiciones positivas, cuando en realidad esas eximentes derivan del propio sistema dogmático. Hecha la aclaración sugerimos empleando esta terminología porque está demasiado difundida.

La enumeración expresa de las causas excluyentes de responsabilidad en las leyes no tiene carácter limitativo; antes bien, es puramente enunciativa, toda aquellas causas que impidan la aparición de algunos de los elementos del delito evitará su configuración, sólo tratándose de las justificantes no puede hablarse de las causas supralegales. Toda antijuricidad se descompone en un contenido material o sociológico de oposición al orden, de conveniencia para la vida colectiva y en una declaración expresa hecha por el Estado, que constituye la antijuricidad formal.

153 WELZEL lo consideró a la adecuación social como una *causa de justificación consuetudinaria*, (citado por: CANCIO MELIÁ, Manuel; "Teoría final de la acción e imputación objetiva. Consideraciones sobre la teoría de la adecuación social", en: *CDJP*, N 3, Buenos Aires, 1993, p. 83). ROXIN, Claus; "Observaciones sobre la adecuación social en el Derecho penal", traducción de Mariana Deanasi, en: *CDJP*, N 12, Buenos Aires, 2001, p. 83.

LEGALES EDICIONES

a una codificación de tales materias, y en parte por los loables deseos de no bloquear la evolución científica mediante la fijación escrita de un estadio del conocimiento que después quedará superado"[154].

La jurisprudencia y la dogmática sólo en determinadas áreas deben ceder ante la función de garantía de la ley penal: está prohibido crear nuevas penas y tipos como agravar las existentes[155], por esto que decía Goldschimidt que el "... ordenamiento normativo penal opera como un sistema formal en contra del acusado, y como un sistema material a su favor, toda vez que la integración de las normas sólo se admite a favor del reo"[156]. Sin embargo, existe otro grupo de figuras dogmáticas que por razones de represión, el Derecho penal tenía que contemplarlos en su Derecho positivo para hacer frente a la criminalidad común y económica. Así, nacieron algunas figuras como la tentativa punible, la participación punible, *actio libera in causa*, el delito continuado, y figuras más recientes como el actuar en nombre de otro, las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, y obviamente la omisión impropia. En suma, se preferirá en la Parte General de un Código Penal el esquema de un Derecho penal "dogmatizado", y en la Parte Especial se preferirá un esquema, que en la medida de lo posible, sea un Derecho penal "legalizado".

- En la Parte Especial del Derecho penal el principio de legalidad material cumple una *función real*, porque no se puede ni debe procesarse ni mucho menos sancionarse una conducta sino está previamente establecida como "delito". La función

154 ROXIN, 1997, pp. 159 y 160. Asimismo: WELZEL, Hans; *Derecho penal alemán*, traducción de Bustos Ramírez y Yánez Pérez, Santiago de Chile, 1970, p. 40, sostiene que el derecho consuetudinario puede ser de importancia mediata para la interpretación legal, sobre todo para conceptos de la Parte General, donde el uso prudente de los tribunales puede llevar al esclarecimiento de un derecho consuetudinario.

155 MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz; *Derecho penal. Parte general*, volumen 1, traducción de Jorge Bofill Genzch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, 1994, p. 138. STRATENWERTH, p. 36.

156 GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Buenos Aires, 1996, p. 582.

LEGALES EDICIONES

tipificadora de la Parte Especial guarda relación con la función garantística de legalidad. Esta sería la función "tradicional" del principio de legalidad pues ésta debe ser de máxima taxatividad posible. La Parte Especial regula "conductas típicas" concretas. De manera que cualquier comentario –al menos de *lege lata*– que se realice a cualquier tipo penal, debe hacerse necesariamente apegado a los parámetros de la ley positiva. Aquí está la clave, a mi juicio, el por qué la doctrina argentina considera a la omisión impropia inconstitucional, porque al ser –la omisión impropia– un tema de la Parte Especial, dicha imputación tiene que estar "escrita" realmente en la ley, y su ausencia motiva, obviamente una infracción al principio de legalidad.

## 5. EL JUICIO DE SUBSUNCIÓN TÍPICA COMO EXPRESIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

No cabe ninguna duda que el principio (constitucional) de legalidad, actualmente, constituye un principio "madre" con proyección en todo el Derecho penal: sustantivo, procesal y ejecutivo. Para algunos todos los principios rectores y limitadores del *ius puniendi* estatal tienen su fuente de germinación en el referido principio de legalidad. Parece ser que en teoría no ofrece mayores inconvenientes; sin embargo, a la hora de su verdadera aplicabilidad en la praxis judicial encontramos algunos "escollos" que deben ser aclarados cuanto antes. De más está decir que el juicio de tipicidad es de suma importancia ya que constituye el primer paso en el proceso de subsunción de un supuesto de hecho a la ley penal sustantiva.

El juicio de subsunción es un tema estudiado en el Derecho penal material, y el concepto de imputación es un tema de Derecho procesal penal. El juicio de tipicidad es contrastar que el hecho que está investigando es subsumible en un tipo penal, con lo cual, lo que busca dicho juicio es el marco típico de la conducta investigada. El principio de legalidad rige el ámbito de la tipicidad. En consecuencia, cuando el Juez, al resolver un caso concreto, actúa de manera respetuosa del principio de legalidad, debe, en primer lugar, verificar la tipicidad de la conducta. El

LEGALES EDICIONES

juicio de tipicidad es el primer control que practica el Juez para verificar la observancia del principio de legalidad[157].

157 La interpretación es presupuesto de la subsunción y tiene una doble misión que cumplir: en primer lugar, antes de la subsunción debe aclararse el *sentido de la premisa mayor que se va a aplicar*. Para ello se procede a delimitar su contenido, reconduciéndolo a la especialidad del caso concreto y aproximándolo lo más posible al supuesto de hecho. En segundo lugar, también antes de la subsunción debe delimitarse el *alcance* jurídico de las correspondientes decisiones anteriores a las que debe equipararse el nuevo caso. Esto se realiza generalizando las declaraciones concretas contenidas en dichas decisiones, para comprender los principios que las guiaron. Se ha dicho que el lugar donde normalmente reposa el juicio de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad es en la sentencia, sin embargo, dicho juicio debe avizorarse en instancias anteriores a la sentencia. Para efectos metodológicos puede hablarse de tres etapas en el juicio de tipicidad:

a) Una primera **etapa de especulación** de la imputación. Esta primera etapa tiene que ver con las investigaciones preliminares-policiales, donde el operador jurídico, de acuerdo a los recaudos iniciales tendrá que pronosticar sobre qué delito se va a dirigir la investigación policial. En esta etapa todavía resultará insuficiente pronunciarse sobre el juicio de antijuricidad y culpabilidad. Se debe ser tolerante con la imputación ya que tiene que ser necesariamente genérica y abstracta, porque todavía no se cuenta con elementos suficientes para poder concretar la comisión del delito denunciado y mucho menos la individualización del presunto autor o partícipe.

b) Una segunda **etapa de definición y desarrollo** de la imputación. En esta estación netamente procesal-judicial a su vez tiene dos componentes que deben estar en una misma línea de progresión:

- En primer lugar, una debe existir una faz de *definición*, donde el operador jurídico (Juez y Fiscal) están ya en condiciones de pronunciarse sobre la conducta delictiva y su correspondiente subsunción si así lo creen conveniente, de modo concreto. Además, podrá pronunciarse sobre el juicio de antijuricidad de la conducta y culpabilidad del agente. A mi entender, el momento de definición principalmente tendrá que centrarse en el supuesto de hecho del tipo penal imputado. En suma, la imputación no debe ser genérica sino más bien concreta, en el sentido que exige el numeral del tipo penal imputado y el grado o título de participación criminal que le corresponde al procesado: autor y partícipe.
- En segundo lugar, la definición debe ser *desarrollada* durante el transcurso del proceso penal, o en su defecto, descartada por nuevos elementos probatorios.

En realidad, en esta etapa procesal de definición y desarrollo de la imputación penal tiene que ver con nuestro tema objeto de investigación: es en esta etapa donde tiene que verificarse el derecho a obtener una resolución con imputación concreta.

c) Una tercera etapa constituida por la **confirmación y consolidación** de la imputación. En esta etapa el juicio de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad debe ser confirmado y consolidado en todos sus extremos, porque estamos en la finalización del proceso penal. Se supone que se ha actuado y valorado todos los medios probatorios de la parte acusadora y la defensa, llegándose a un veredicto final. En suma, la confirmación y consolidación de la imputación en términos concretos vertidos en la sentencia

LEGALES EDICIONES

La función del juez de garantizar la vigencia del principio de legalidad, supone, como *conditio sine qua non*, la necesidad de realizar un adecuado juicio de tipicidad. De ahí que un adecuado conocimiento y aplicación de la tipicidad en la administración de justicia penal es requisito imprescindible para la materialización de la garantía constitucional de la legalidad en materia criminal. Es más uno de los requisitos para aperturar proceso penal, según el actual artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, precisa que: *"El auto será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado..."*.

Su conocimiento nos permitirá o impedirá el avocamiento a la investigación de un caso penal. Así, según el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, uno de los elementos para la apertura de instrucción es la determinación de que el *"hecho denunciado constituya delito"*. Igualmente, una de las formas de terminación anticipada de un proceso penal es la excepción de naturaleza de acción que justamente se refiere a que los hechos no constituyan delito, es decir, que no sean típicos. Si un hecho investigado no es típico en términos penales, entonces ni siquiera debe abrirse instrucción, o si ya se abrió instrucción, deberá absolverse al inculpado con la sentencia[158].

Así, existe la discusión en el sentido que ¿Cuál es el estadio procesal para la concreción del llamado juicio de tipicidad penal?; en el momento de iniciación del proceso penal, en el momento de la acusación por parte del Ministerio Público, o en el momento de la decisión final, es decir, con la sentencia. ¿A quién le corresponde aplicar el juicio de tipicidad?, es decir, ¿es responsabilidad exclusiva del órgano jurisdiccional, o también le compete a los órganos persecutores del delito?

(condenatoria) responde a la misma idea del objeto del proceso penal: a la búsqueda de la verdad material y a la aplicación de la ley penal. La imputación penal sólo puede concretarse en la medida en que se ha definido la ley penal, alcanzándose la verdad material.

158 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; "La tipicidad en el Derecho penal", en: *Una visión moderna de la teoría del delito*, Lima, 1998, p. 17.



LEGALES EDICIONES

La claridad reclamada en la redacción de tipos penales, permite al ciudadano conocer cuáles son las conductas prohibidas, distinguiéndolas de las permitidas, pero también le resulta útil al juzgador, que es la persona que debe interpretar y aplicar la norma creada[159]. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 3 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC, en el caso "Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos", ha dicho lo siguiente:

> "El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la Ley es una prescripción dirigida al legislador para que éste dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre.
>
> Esta exigencia de "*lex certa*" no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible *equivocidad*. Por eso se ha dicho, con razón, que "en esta materia no es posible aspirar a una precisión matemática porque ésta escapa incluso a las posibilidades del lenguaje" (CURY URZUA, Enrique; *La ley penal en blanco*, Temis, Bogotá, 1988, p. 69)".

Baratta dice que "ello impone una técnica legislativa que permita la máxima objetividad del proceso de concretización judicial de las figuras delictivas, la limitación de las cláusulas ge-

159 FRANCIA ARIAS, José Luis; "Notas sobre el principio de certeza de la ley penal", en: *El Derecho penal contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Lima, 2006, pp. 600 y 601.

LEGALES EDICIONES

nerales y de los elementos normativos de las figuras a través del reenvío a normas y valoraciones sociales cuya existencia sea empíricamente controlable"[160]. Se advierte la doble dirección que tiene el principio de determinación por una parte, dirigido al legislador, exigiéndole que formule la ley penal con la máxima precisión (*lex certa*) –que denominamos taxatividad, tanto en la determinación de la conducta, o tipicidad, como de la pena a imponer– y por otra, dirigido al Juez exigiendo una aplicación estricta (*lex stricta*) a la ley cierta[161]. Efectivamente, tanto la

160 BARATTA, Alessandro; "Requisitos mínimos del respeto de los Derecho Humanos en la ley penal", en: *Derecho Penal. Parte General (Materiales de Enseñanza)*, Lima, 1995, pp. 149 y 150. ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, 2000, pp. 110 y 113, comentando el mandato de máxima taxatividad legal e interpretativa manifiestan que el principio de legalidad exige al legislador que agote todos los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a la ley; el principio de legalidad no se satisface solamente a través de la dación de una ley, sino que este debe elaborarse en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible; de allí que cuando los límites legales no se establecen de esta forma por prescindencia del verbo típico, o por remisión a conceptos vagos o valorativos de dudosa precisión, el principio de legalidad exige adoptar cualquiera de dos posibilidades: declarar la inconstitucionalidad de la ley, o aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa, es decir, recurrir a una interpretación semánticamente más restrictiva, como instrumentos capaces de contener el formidable avance de la tipificación irresponsable. MIR PUIG; Santiago; "Los límites del ius puniendo", en: *El Derecho penal contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Lima, 2006, pp. 68 y 69, sostiene efectivamente que la tercera consecuencia del principio de legalidad es la *lex stricta*, que da lugar al llamado "mandato de determinación". "Constituye –anota Mir Puig– un aspecto material del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad de dicho principio, burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar cláusulas generales absolutamente indeterminadas. El "mandato de determinación" se concreta en la teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho, y en la teoría de la determinación de pena obliga a un cierto legalismo que limite por otra parte el necesario arbitrio judicial". JAKOBS, Günther; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, 1997, p. 95, *"La propia ley tiene que cerrar el paso al abuso para fines de regulación ilegítimos*. Naturalmente, la ley no puede renunciar a cláusulas que se adapten elásticamente a los cambios del orden social, permitiendo tener en cuenta peculiaridades del supuesto concreto. No obstante, a través de estas cláusulas generales la ley no puede convertirse en una norma en blanco que remita a su vez a las normas necesarias para la convivencia, sin que ella misma que indicar qué elementos (bienes, instituciones) pretende proteger".

161 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / FERRE OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón / GARCÍA RIVAS, Nicolás; *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1996, p. 41.

LEGALES EDICIONES

*lex certa* como la *lex stricta* están dirigidos fundamentalmente al legislador, "... aunque es obvio –dice San Martín Castro– que un juez puede vulnerarlos cuando castigue una conducta sobre la base de una disposición consuetudinaria o de una norma que no tiene rango de ley, o cuando en la definición de lo penalmente prohibido y sancionable –en aquellos supuestos que la ley utilice elementos normativos o cierto grado de generalización del texto legal– llegue a resultados incompatibles con lo que el texto y un coherente sentido interpretativo, socialmente aceptable, establezca; lo último, sin duda, es un canon de razonabilidad"[162].

Es cierto que el juicio de tipicidad cumple otras funciones, así, en el Derecho Penal, es indispensable que el comportamiento se adecue perfectamente al tipo legal, o sea, que éste sea típico, que haya tipicidad. Como explica Zaffaroni: "el tipo es una figura que resulta de la imaginación del legislador; el juicio de tipicidad es la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador: la tipicidad es el resultado afirmativo de ese juicio"[163]. La teoría del delito está antes que la ley; una modificación de la ley no produce inmediatamente una modificación de la teoría del delito, pero quizá sí una modificación de la dogmática jurídico-penal, ya que ésta, para algunos, parte ineludiblemente de la ley positiva. De tal forma que un desconocimiento de las herramientas de la dogmática jurídico-penal trae como consecuencia lógica una imputación insuficiente y bastante genérica en un procesamiento penal, lo que perjudicaría los intereses de la defensa.

También el grado de concreción de la imputación penal dependerá en muchos casos que los tipos penales de la Parte Especial estén redactados de la mejor manera posible, ya que una descripción típica por ejemplo con cláusulas genéricas, dema-

LEGALES EDICIONES

162 SAN MARTÍN CASTRO, César; "El control constitucional de la subsunción normativa realizada por la jurisdicción penal ordinaria", en *Actualidad Jurídica*, tomo 139, Junio 2005, p. 116.

163 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal*, Vol. III, Buenos Aires, 1981, p. 172.

siados elementos normativos del tipo o cláusulas de remisiones –estáticas o dinámicas– trae como consecuencia lógica que en el proceso penal se imputa a una persona de manera genérica, pues en la mayoría de veces se tiene que recurrir a una normatividad extra-penal o valoraciones subjetivas. Todo esto genera una vulneración al derecho de defensa, ya que hasta cierto estadio procesal no se conoce, por ejemplo, cuál es la normatividad extra-penal que se ha infringido.

En los delitos económicos –en sentido amplio– la "razón de ser" lo constituye la infracción de normas administrativas, dejándose al Derecho penal sólo la parte de la lesividad. En este caso, si bien los delitos económicos son una opción totalmente válida y acorde con exigencias de la sociedad de riesgos en que vivimos, pero a la vez, con una enorme dificultad en la concreción de la imputación y vulneración al derecho de poder contradecir[164]. Por tal motivo resulta saludable que en las instancias iniciales del proceso penal, el legislador peruano ponga como condición que se defina cuál es la normatividad extra-penal, so pena de paralizarse el proceso.

Es necesario no caer en el fácil error de considerar que sólo en la comprobación de la tipicidad objetiva el jurista del Derecho penal debe recurrir a la subsunción. En efecto, también hay que subsumir los *aspectos subjetivos* del hecho. Por ejemplo el dolo o el ánimo de lucro. Aquí es necesario, lo mismo que en el tipo objetivo, disponer de un concepto de "dolo" o de "ánimo de lucro". También se debe operar con la técnica de subsunción en la comprobación de la *antijuricidad* y la *responsabilidad*[165]. También Oré Guardia sostiene que no "...es suficiente un juicio formal de tipicidad o de adecuación de los hechos a alguno de los supuestos de la ley penal sustantiva (principio de legalidad), sino que debe ser el resultado de un análisis crítico, cuidadoso y

164 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Lima, 1997, p. 106, pone en cuestión el principio de certeza por que los delitos económicos tienen complejidad.

165 Véase, en este sentido: BACIGALUPO, Enrique; *Técnica de resolución de casos penales*, Buenos Aires, 2002, pp. 120 y 121.



LEGALES EDICIONES

amplio de la imputación en que se considere, además del juicio de tipicidad, una verificación del carácter antijurídico del hecho y la culpabilidad del sujeto implicado"[166].

De manera que resulta incorrecto decir que cuando se emite el auto apertorio de instrucción sólo se valora la tipicidad la conducta, ya que también debe pronunciarse, de ser el caso, sobre las posibles causas de justificación (que analizar la antijuricidad), y hasta las capacidades individuales del sujeto (culpabilidad).

## 6. LA FINALIDAD DEL PODER LEGISLATIVO: DEMOCRACIA Y LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Se denomina Poder Legislativo a una de las tres facultades y funciones primordiales del Estado (junto con el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial), que consiste en la aprobación de normas con rango de Ley. Es una de las tres ramas en que tradicionalmente se divide el Poder de un Estado. En una Democracia, el Poder Legislativo elabora y modifica las leyes existentes de acuerdo con la opinión de los ciudadanos. Su función específica es la aprobación de las Leyes y, generalmente, está a cargo de un cuerpo deliberante[167]. Pues bien y ¿qué es entonces la ley? En el Diccionario de Francisco García Calderón, encontramos la siguiente definición: "La Ley es un precepto general, justo, dirigido al bien común, y aplicado por quienes tienen facultad, debidamente promulgado y acompañado de penas y premios"[168]. Ensayando una definición específica, que conceptúe lo que es la ley penal, podemos decir: la ley penal, es el precepto jurídico de carácter obligatorio, general, abstracto y permanente; que emana del Es-

166 ORÉ GUARDÍA, Arsenio; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, 1999, p. 271.

167 El artículo 90 de la Constitución señala que: "El Poder Legislativo reside en el Congreso, el cual consta de Cámara Única. El número de congresistas es de ciento treinta. El Congreso se elige por un período de cinco años mediante un proceso electoral organizado conforme a ley. Los candidatos a la presidencia no pueden integrar las listas de candidatos a congresistas. Los candidatos a vicepresidentes pueden ser simultáneamente candidatos a una representación a Congreso. Para ser elegido congresista se requiere ser peruano de nacimiento, haber cumplido veinticinco años y gozar del derecho de sufragio".

168 Véase: GARCÍA CALDERÓN, Francisco; *Diccionario de la Legislación Peruana*, Edit. Librería de Roque, Tomo I, Jeune-Quai voltaire - París, p. 1251.

LEGALES EDICIONES

tado, según los trámites que señala la Constitución y tiene por característica fundamental la de estar provista de una sanción.

6.1. El concepto de Ley penal

Muchas veces pensamos que la ley –en cualquier área del Derecho– proviene de las canteras académicas, de las aulas universitarias, de la doctrina jurídica especializada, del aporte de la doctrina jurisprudencial, apreciación sesgada de la realidad, debería ser así, pero lamentablemente no es así. A veces olvidamos que en la mayoría de veces la influencia de la política en el nacimiento, la vigencia y muerte de ley es de suma importancia, a tal punto que sin política no existe Derecho penal. Desde un punto de vista formal, la ley es toda prescripción de carácter general formulado por el Estado con la observación de ciertas ritualidades preestablecidas; justamente, tales formulismos constituyen el proceso legislativo o, bien, es la norma general establecida mediante la palabra por el Órgano competente. No obstante, se distingue un concepto de Ley formal y otro material: el primero, designa como tal a aquella que presenta la forma de la ley, esto es, que ha sido expedida por la legislatura mediante el procedimiento establecido al efecto; el segundo, se emplea para señalar toda norma de carácter general sin importar su origen, esta distinción ha sido criticada por confusa, pues se postula que la única diferencia de importancia es la generalidad o individualidad de la norma que se sanciona[169].

Si bien es la ley, entendida en sentido estricto, la fuente única de creación del Derecho penal, no obstante, vale la pena cuestionarse si dicha capacidad de decisión, correspondiente con carácter exclusivo al Poder Legislativo puede ser materia de delegación al Poder Ejecutivo, y si ello no puede configurarse una especie de violación indirecta del principio de legalidad, por cuanto el *ius puniendi* quedaría en manos del Poder Ejecutivo, esto es, habría una excesiva concentración de poder, que pueda determinar situaciones abusivas de cara al ciudadano, ejemplo de ello muy directo lo encontramos en la legislación en materia

169 Véase: VELASQUEZ V., Fernando; *Derecho Penal. Parte General*, 2009, Medellín, p. 222.



LEGALES EDICIONES

de Seguridad Ciudadana, la misma que en gran parte fue declarada inconstitucional, y que fue el fruto de una delegación de facultades legislativas a favor del Poder Ejecutivo.

La Ley penal señala un ámbito del cual el sistema penal del que forma puede seleccionar y criminalizar personas. Sin embargo el sistema penal se excede del marco de ese ámbito en la realidad social, lo cual hace con otros pretextos que pretenden ser "no penales" (contravencionales, averiguación de antecedentes, puestas a disposiciones del Poder Ejecutivo en función del art. 23 constitucional, etc.) y también se abstiene de abarcarlo (no hay condenas por adulterio, por duelo, no criminalizada a todos los que realizan las conductas conminadas penalmente, etc.).

Es decir, la Ley penal debe señalar un ámbito orientador, pero el sistema penal opera en gran parte con una orientación que le es propia y diferente, excediendo la orientación en un sentido y descentendiéndose del espacio señalado en otro, reprimiendo lo que el Derecho penal no lo autoriza y dejando de reprimir lo que el Derecho penal le ordena[170]. De allí que en la realidad, tenga más importancia selectiva la función de la actividad policial que la del legislador penal. En general, pues, la criminalización que produce el funcionamiento del sistema penal nunca coincide con la orientación y medida que señala abstractamente la ley penal, al punto de que ni siquiera sabemos, si es deseable que así fuera, porque de haber una perfecta armonía, casi nadie dejaría de ser criminalizado, aunque fuere por hechos secundarios o de escasa importancia.

Desde la Universidad se ha enseñado –y casi de manera reiterada– que la Ley es la única fuente "primaria" del Derecho penal, esto es, que por intermedio de las normas penales existe el Derecho penal. Para crear, para modificar o para derogar determinadas conductas punibles, y lo mismo podemos decir para crear, modificar o derogar sanciones penales se necesita irremediablemente a la herramienta de la Ley. Sin embargo, esta

170 Véase: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Manual de Derecho Penal. Parte General,* Lima, 1994, p. 38.

LEGALES EDICIONES

apreciación tiene que ser contextualizada en función a cómo se forma, a cómo existe y se deroga tal o cual norma penal.

Si la norma penal provendría del Poder Judicial la política no influiría en demasía, ya que ahí lo que importa es el trabajo jurisdiccional, pero como la norma penal proviene del Parlamento –y en otras ocasiones del Poder Ejecutivo en funciones delegadas–, los penalistas deberíamos poner especial atención en la forma de cómo se hace, o cómo se ejerce la política en nuestro país. En otras palabras, decir que la Ley es la fuente del Derecho penal, es decir que la política –a través del cual nace la Ley– es en realidad la fuente –también– del Derecho penal[171].

La legalidad legislativa es una legalidad abstracta que se hace cierta en la legalidad judicial. Esto bajo diversos perfiles, que todos reducen sin embargo a la relación entre ley penal como previsión normativa abstracta e interpretación-aplicación judicial como concretización de la ley misma en los casos singulares: la ley aplicada es fuente, criterio y medida de la legalidad concreta, de la legalidad posible en el singular caso. En el paso de la ley general y abstracta a la decisión del caso concreto, por otra parte, allí se tropieza notoriamente con enormes problemas, de teoría general del derecho y de teoría general de la interpretación, que aquí no pueden ser ni siquiera tocados[172].

La legislación penal se distingue de la restante legislación por la especial consecuencia que asocia a la infracción penal (delito): la coerción penal, que consiste casi exclusivamente en la pena. La pena se distingue de las restantes sanciones jurídicas (distin-

171 Así tenemos el principio de legalidad, consagrado en el literal "d" del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, recogido de igual forma en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal. Nuestra legislación penal, adopta el principio de la legalidad: *"nullum crimen, nulla poena sine lege"* formulado por Feuerbach; reconociendo en consecuencia como única fuente del Derecho penal a la Ley. Siendo una de las principales manifestaciones del principio de legalidad el llamado mandato de certeza o determinación, según el cual la ley penal debe fijar de manera clara la conducta constitutiva de delito y la pena a imponerse en caso de realización del hecho delictivo. En cuanto a la pena, el mandato de certeza exige la previsión legal de las penas, de manera tal que no se pueda imponer pena distinta a la prevista por ley.

172 Véase: FIANDACA; 2010, p. 34.



LEGALES EDICIONES

guiendo así a la legislación penal de las restantes legislaciones: civil, comercial, laboral, administrativa, etc.) en que procura lograr, en forma directa e inmediata, que el autor no cometa nuevos delitos, en tanto que las restantes sanciones jurídicas tiene una finalidad primordialmente resarcitoria o reparadora[173]. Las leyes penales manifiestas son la materia prima de la ciencia o saber jurídico-penal, que constituye un sistema de interpretación para poder resolver los casos particulares sin contradicciones con los textos legales ni internos del propio sistema. Para eso se usa el método dogmático, que descompone los elementos de las leyes manifiestas y los recoge como dogmas intocables, que son los ladrillos con que se construye el sistema. La construcción dogmática es un proyecto de jurisprudencia que se dirige a los operadores jurídicos (jueces, fiscales, defensores) proponiendo un sistema de solución coherente para aplicarlo a los casos particulares.

¿Tiene sentido preguntarse por el objetivo de la legislación penal? El Derecho penal cumple una función social a la que podemos aproximarnos, pero que, en definitiva, no es la que suele asignársele en el "discurso jurídico" o, al menos, no lo es exactamente. Una información más precisa acerca de su función en la realidad social la proporcionara la investigación de este campo por los sociólogos. Sin embargo, es lícito y necesario que tanto el político como el jurista se pregunten cuáles deben ser las metas o el objetivo de la legislación penal, pues de esas respuestas dependerá que, tomando en cuenta la información procedente de la realidad, el político criticará la ley e indicará las reformas legislativas que aproximen la ley positiva a sus objetivos, en tanto que el jurista, también tomando en cuenta la información real, interpretara el sentido y los límites de lo señalado legalmente, en forma compatible con el objetivo general.

Un término que se usa mucho en Derecho penal es el concepto de "norma" –que es muy distinto al concepto de Ley– es utilizado aquí en el sentido de precepto jurídico independiente, obligatorio, en la forma de un mandato o una prohibición sin referencia alguna a las consecuencias jurídicas. Esta definición

LEGALES EDICIONES

173 Véase: ZAFFARONI, 1994, p. 42.

de norma, que tiene su origen en Binding, es la más frecuente en la Ciencia Jurídica alemana[174] y se aparta de la tradición jurídica patria, que identifica norma y ley. La norma en el sentido aquí definido es el presupuesto lógico de la ley. Cuando no haya sido expresamente formulada en el texto legal puede ser deducida del tipo de la ley penal[175].

### 6.2. El procedimiento legislativo

Cabe insistir, en este aspecto, que el Derecho penal, es decir, la legislación penal, tiene un carácter programático, y eludir cuidadosamente el pensamiento mágico que pretende que el objetivo legal, por el mero hecho de su formalización positiva, se ha alcanzado[176]. En efecto, una contemplación meramente superficial de las legislaciones penales actuales muestra de inmediato que en los últimos treinta años se han producido en las mismas, en primer lugar, un notable incremento de los catálogos de figuras delictivas con la introducción de nuevos tipos penales en el Código Penal o en las leyes especiales, y, en segundo lugar, adicionalmente, una ampliación del ámbito de aplicación y/o una agravación punitiva de algunos tipos tradicionales.

El objetivo fundamental del procedimiento parlamentario es reglamentar la discusión libre, que permita a los participantes el acuerdo o la aprobación de mociones adecuadas. En otras palabras, es un método que hace posible la libertad ordenada de la deliberación. La discusión ordenada es libre; la discusión sin reglas ni orden es anárquica. Estos objetivos deben estar bien

174 Véase BINDING, *Die Normen und ihre Übertrelung, I (Normen und Strafgesetze)*, reimpresión de la 4ª ed. de 1922, *Scientia Verlag*, Aalen, 1965, p. 45; y KAUFMANN, Armin; *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Verlag Otto Schwartz*, Gotinga, 1954, pp. 36 y ss. De esta concepción de las normas como mandatos y prohibiciones se distancia JAKOBS, para el que la norma es únicamente expresión de una expectativa de conducta institucionalizada. La influencia de las normas en el comportamiento humano es para él, un efecto meramente secundario, ajeno a su función.

175 Sobre el problema de la existencia de las normas en este sentido, su relación con los juicios valorativos que constituyen su presupuesto lógico necesario y la cuestión de si existen otros preceptos jurídico-penales además de las normas, véase KAUFMANN, Armin; *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, cit., pp. 36 y ss., y 238 y ss.

176 Véase: ZAFFARONI, 1994, pp. 46-47.

LEGALES EDICIONES

claros en nuestras mentes cuando participamos en las deliberaciones de una asamblea. Todos en algún momento de nuestras vidas hemos participado en reuniones. Una reunión es una Asamblea. Probablemente hayamos tenido que sufrir horas de discusiones estériles sobre planteamientos que se hacen, donde no se llega a ninguna conclusión o finaliza la reunión como "el rosario de la aurora". Para evitar pérdida de tiempo, para ofrecer oportunidad a todos para deliberar en adecuado orden es que se han desarrollado un conjunto de normas que se conocen como *procedimientos parlamentarios*. El procedimiento parlamentario, además de asegurarle a la mayoría el Derecho de hacer valer su voluntad y a la minoría el Derecho a expresarse libremente, protege también la asamblea como unidad. Es decir, con independencia de la mayoría y la minoría, la asamblea tiene ciertos derechos básicos, derechos que se hace valer y respetar mediante el uso adecuado del procedimiento parlamentario.

El procedimiento legislativo, ya sea para su característica, o sobre todo porque abierto a la confrontación democrática entre mayoría y oposición, debería en teoría asegurar atenta ponderación y perspicacia al analizar la necesidad del recurso al instrumento penal[177]. Desde este punto de vista, la misma reserva

177 Un aspecto relevante del procedimiento parlamentario en el Perú sobre todo el tema que constituye objeto de estudio en la presente publicación, definitivamente lo constituye la existencia de la Comisión Especial Revisora del Código Penal del Congreso de la República, véase por ejemplo las palabras esgrimidas por: PRADO SALDARRIAGA, Víctor; *"Propuesta de la comisión especial revisora del Código Penal: dinamismo y utilidad de la legislación penal"* (Comisionado Representante del Poder Judicial), sostiene que: "La Comisión Especial Revisora del Código Penal de 1991, que fuera creada por Ley N° 29153, ha concluido con la revisión de la Parte General. Luego de 24 reuniones plenarias de trabajo, sus integrantes dan a conocer el presente Anteproyecto en el cual se han incorporado un importante conjunto de modificaciones e innovaciones que buscan aportar mayor dinamismo y utilidad a las disposiciones e instituciones penales de nuestra legislación. Entre otras propuestas, cabe destacar que se ha mejorado la redacción y sentido funcional de los artículos vinculados con el delito de omisión impropia y con el error culturalmente condicionado, atendiendo, de esta manera, las sugerencias y observaciones que al respecto fueron formuladas por la jurisprudencia y la doctrina nacionales. En cuanto al dominio de las consecuencias jurídicas del delito, los cambios introducidos recorren varios ámbitos normativos como el sistema de penas, las reglas de determinación judicial de la pena, así como las medidas de seguridad, las consecuencias accesorias y las medidas alternativas a la pena privativa de libertad. En efecto, en lo concerniente a las penas

LEGALES EDICIONES

de la ley debería implícitamente involucrar una concepción restrictiva del Derecho penal como *extrema ratio* de tutela. Por el contrario, como se sabe, la realidad del sistema penal actual es muy diferente: el cada vez más invocado (en palabras) fenómeno hipertrofia penalista, registrable sobre todo en la legislación complementaria, revela que el principio de reserva de ley no es de por si idóneo para favorecer un uso parsimonioso de los recursos penales[178].

### 6.3. El concepto de democracia

Aquí se parte de la premisa que solo las leyes que emanan de la voluntad popular y de un consenso mínimo entre los ciuda-

privativas de libertad temporales se eleva el mínimo genérico de su duración a 2 años para facilitar, con ello, la utilización de otras penas no privativas de libertad en la sanción conminada para delitos de escasa gravedad. Asimismo, se cambia la anacrónica denominación de la pena privativa de libertad de cadena perpetua por la de pena privativa de libertad indeterminada, la cual tendrá un mínimo de duración de 35 años. Con relación a la determinación judicial de la pena se construye un procedimiento más accesible a la judicatura y más predecible en sus resultados. Para ello se establecen catálogos de circunstancias agravantes y atenuantes, a la vez que se regulan reglas precisas para la individualización de la pena concreta. Un aspecto destacable, en este dominio, es la obligación legal de fundamentar el resultado punitivo que deberá realizar el órgano jurisdiccional. La medidas de seguridad de internación son modificadas para darles la posibilidad de ser sustituidas o reemplazadas por medidas de seguridad de tratamiento ambulatorio, cuando así lo aconsejen los peritos médicos y las particularidades del infractor. Además, se incluye una nueva clase de medida de seguridad a la que se designa como restrictiva de derechos y que contiene importantes opciones como la de impedir que se frecuente a la víctima. Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas adquieren, en el Proyecto, autonomía sistemática al tratárseles en un título propio y como medidas aplicables a estos entes colectivos. Igualmente, se adiciona un artículo para establecer los criterios de fundamentación y determinación de las medidas que resulten aplicables al caso, con lo cual se supera una notable omisión del texto actualmente vigente del Código Penal que se limita a enunciar solamente cuáles son. Por último, las medidas alternativas a la pena privativa de libertad de corta o mediana duración se estandarizan en su posibilidad aplicativa fijándose para todas ellas un límite común de 5 años. También se mejora sustancialmente la regulación de la sustitución de penas, agregándole como requisito el pronóstico favorable de conducta futura y causales específicas de revocación. Ahora bien, la conversión de penas subsiste como una medida subsidiaria y de utilización excepcional frente a las de suspensión de la ejecución de la pena o de reserva de fallo condenatorio. La Comisión somete, pues, al juicio especializado de la comunidad jurídica del país el Proyecto que ahora se publica a fin de obtener una provechosa retroalimentación que beneficie su texto definitivo".

178 Véase: FIANDACA; 2010, p. 32.

LEGALES EDICIONES

danos son legítimas y pueden ser aplicadas sin ningún problema de validez. Si la pena es la sanción jurídica más drástica, en la medida que priva a la persona de los bienes jurídicos más importantes como la vida, la libertad o el patrimonio, es natural exigir que ella sea manifestación de la voluntad del pueblo y del consenso social, mas no la voz de un monarca, dictador o de una tiranía. En la democracia esa voluntad popular se expresa a través del Parlamento[179].

La Democracia supone no solo elecciones libres, sino una alternancia en el ejercicio del gobierno y un equilibrio de poderes el cual al Parlamento le corresponde dictar leyes, al Poder Judicial aplicarlas y al Ejecutivo cumplirlas. La consecuencia principal es la exclusividad del Parlamento en la emisión de las leyes, más aun de las penales. La reserva absoluta de la ley deriva, por ello, del fundamento democrático del principio de legalidad. Sin la base democrática, las leyes perderían legitimidad social y validez ética, pues al no emanar de la representación popular aparecería como obra de déspotas y tiranos. Solo el Parlamento y su tarea de dictar leyes, como depositario de la voluntad ciudadana, constituye el órgano que debe tener el "monopolio de criminalización"[180].

Desde luego, el político –por ende un parlamentario– dedicado al Derecho penal no puede llevar sus cuestionamientos hasta extremos insospechados, pues debe respetar unos postulados precisos que se constituyen en barreras de contención: los principios de Estado de Derecho, humanidad y culpabilidad, entre otros; esto significa, en otras palabras, que no puede rebasar los derechos fundamentales de la persona humana que en el mundo contemporáneo han sido elevados al rango de declaraciones programáticas, hacia las que se supone dirige la humanidad su lucha por una sociedad mejor, y que son barreras de contención al ejercicio del poder punitivo del Estado.

179 Véase: CASTILLO ALVA, José Luis; *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2004, pp. 35-36.

180 Véase: CASTILLO ALVA; 2004, p. 36.

LEGALES EDICIONES

Cada palabra, cada frase de la ley penal que se redacta al final debe tener una cuota de parcela que permita una interpretación que albergue una multiplicidad de intereses, acorde con la posición partidaria de los parlamentarios que existe en un Congreso determinado. Entonces al final de cuentas para la existencia de las normas penales –entiéndase la génesis de la norma– lo que más importa es que las normas sean entendidas precisamente por quienes tienen la obligación de expedirlas, es decir, por los parlamentarios, y muchas veces los parlamentarios no están demasiados involucrados con las ciencias penales, y ni muchas veces con las principales tendencias doctrinales.

Frecuentemente, por otro lado, el penalista ve una contradicción entre el Derecho penal y la democracia: las "decisiones de la mayoría" no salvaguardan, de seguro, la racionalidad de la construcción de las leyes y la someten a los acuerdos entre los partidos. Hay por tanto una dialéctica entre Derecho penal y la democracia, si la entendemos solo como regla mayoritaria. Esta regla, conoce, sin embargo, el límite de los principios y debe, por tanto, ser controlada según la dialéctica entre la democracia y el constitucionalismo. Los penalistas académicos se ven asimismo como intérpretes de un Derecho penal de principios, gestionados por una minoría de expertos que pueden dictar leyes superiores a cada parlamento.

La cosa, empero, no está exactamente en estos términos, porque los principios son indispensables solo es su núcleo, pero pueden ser realizados políticamente de modo bastante diferente; la misma construcción de los principios es compatible con muchos códigos penales, no impone un solo. Aquí hay, por tanto, un espacio muy amplio de dialéctica "democrática" en la concreción de los principios. Esta dialéctica viene hoy regulada en medio de concepciones no puramente mayoritarias, sino discursivas y dialógicas de la democracia: ocurre que las elecciones sobre el castigo son debatidas en el más amplio contexto de la información, porque deben ser motivables o motivadas según los criterios de la razón pública. Ellas no son el coto de raza de unas pocas elites de expertos en principios que carecen de responsabilidad política[181].

181 Véase: DONINI, 2010, p. 405.



LEGALES EDICIONES

Así las cosas, la política ingresa al Derecho penal y se convierte en su aliado más relevante para seguir con vida en el escenario social, si no hay política simplemente no existe el Derecho penal entendido objetivamente, existirá otra clase de Derecho penal, quizá un Derecho penal judicializado, o un Derecho penal de los juristas, pero no habrá formalmente normas penales que tipifiquen conductas y describan sanciones. Si existe una deficiente política de parte de quienes tiene la obligación de expedir normas jurídicas, está claro que el Derecho penal también correrá la misma suerte. Muchas veces puede pasar que una norma penal está bien estructurada pero que por la llamada interpretación de intereses la norma penal no sale a la luz, pues quizá no responde a un determinado partido político; entonces el condicionamiento para la existencia de una norma penal no depende de la calidad argumentativa que subyace a una norma penal, sino muchas veces depende de la calidad argumentativa de la política para hacer nacer a una norma penal.

## 7. CRITERIOS PARA LA ELABORACIÓN EN LA GESTACIÓN DE LAS LEYES JURÍDICO-PENALES

### 7.1. El respeto irrestricto a los principios constitucionales en la labor parlamentaria

Para un sector crítico de la doctrina, lo que haría realmente moderno al Derecho penal del presente seria justamente su ruptura con las garantías penales del modelo liberal del Estado de Derecho, lo cual se resumiría en un anti-garantismo que constituiría la característica material principal del Derecho penal moderno. En lo Penal, los principios políticos del Estado liberal de Derecho se concretaron inicialmente o con el tiempo, en una pluralidad de garantías específicas en que no es preciso insistir, legalidad, irrectroactividad de la ley desfavorable, prohibición de la analogía, principios de culpabilidad, reglas de interpretación y de imputación estrictas, garantías procesales, etc.

Pero sobre todo, desde que Birnbaum lanzara entre 1834 y 1836, contra Feuerbach, la idea de que el Derecho penal tenía

LEGALES EDICIONES

que proteger bienes[182] y no derechos subjetivos, la ciencia penal ha venido formulando sin cesar una multitud de enunciados discursivos sobre el objeto de la protección jurídico penal los cuales, no obstante su aparente diversidad, constituyen especificaciones y desarrollos del axioma, generalmente reconocido, y hasta hoy apenas cuestionado, del carácter fragmentario y subsidiario de la intervención penal, conforme al cual, esta sería legítima solo para la protección de bienes jurídicos y, además, sólo frente a las formas más graves de agresión.

Considero que un adecuado plan político criminal debe de evitarse imponer "soluciones" anímicas o emocionales a los problemas sociales; pues al Estado le corresponde encausar el poder penal a los marcos establecidos en la Constitución y en los Derechos Humanos, y –con ello– tutelar su vigencia. Y es que el "Derecho penal del enemigo" más allá de ser un concepto político criminal, lo cierto es que aplicarlo no resulta sino un criminal diseño que fundamenta una exacerbada violencia estatal basado en la diferenciación entre ciudadanos[183].

El paso de efectos puramente declarativos a la obligatoriedad de instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos o la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre ha marcado un rumbo muy importante en cuanto a la protección de los derechos fundamentales

182 El Derecho penal establece que solo castigará todo acto que haya lesionado o puesto en peligro los bienes jurídicos, es ya limitar la potestad punitiva del Estado. Así, no sean conductas reprimibles penalmente las infracciones de deber, los ilícitos administrativos. Además de ello, el Derecho penal se dirige únicamente a proteger los bienes jurídicos más importantes. Pero hay que ser realistas: la función garantizadora es manifestada más que por la norma por las concretas actuaciones de los agentes, y de los mismos inevitablemente están teñidos de valores, intenciones, prejuicios, intereses, etc., todo lo cual lleva hacia un manejo interesado en la punición estatal hacia determinados sectores o intereses. Si decimos que el Derecho penal se dirige hacia la protección de los bienes jurídicos más importantes, no es menos cierto que un grupo determinará qué valores serán los más importantes y que valores no lo serán, es esto a lo que se denomina "perversión del bien jurídico" o sea, la situación de una sociedad no democrática, o de una sociedad donde lo que lo que se protegen no son en verdad valores fundamentales para la sociedad.

183 ALCOCER POVIS; 2008, p. 113.

LEGALES EDICIONES

de la persona humana. Hoy en día, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es una de las ramas más codificadas y existen instrumentos internacionales dedicados de manera específica a casi todos los derechos y libertades reconocidos en la Declaración Universal[184]. Las tradicionales garantías penales han pasado a la categoría de "Derechos Humanos Internacionales", lo que determina que su reconocimiento y respeto no sea ya mera cuestión del derecho interno de cada país. De esa manera, los Estados contraen la obligación jurídica, exigible por los otros Estados o por la Comunidad Internacional, y a veces coercible por medio de tribunales internacionales, de reconocer y respetar internacionalmente los derechos fundamentales del hombre[185].

De esta manera se plantea la construcción de un "Derecho penal de los Derechos Humanos", que implica un Derecho penal basado en los derechos humanos y categorizado por sus valores esenciales. Se trata, en síntesis, de que los derechos humanos sean incorporados a la dogmática penal como "criterios preponderantes de valoración", al interior del sistema y de cada uno de sus conceptos fundamentales, sin resignarse a utilizarlos como simples pautas político-criminales externas (extralegales, por tanto) de corrección o morigeración de los excesos panlogísticos del formalismo jurídico[186]. Al respecto, en la doctrina se señala que la "garantía de los derechos humanos en todas las fases por la que transcurre el sistema penal, constituye, sin duda, un criterio político-criminal básico. La asunción del mismo responde a un determinado punto de partida ideológico, aquel que propugna un modelo social personalista, esto es de orientación hacia el individuo, de consideración del Estado como instrumento al servicio de la persona, como medio para lograr la vigencia real de los denominados derechos humanos"[187].

---

184 VILLAVICENCIO T., Felipe; *Introducción a la Criminología*, Lima, 1997, p. 221.

185 Véase: CARRASQUILLA FERNÁNDEZ; *Concepto y Límites del Derecho Penal*, Santa Fe de Bogotá, 1992, p. 110.

186 Véase: CARRASQUILLA FERNÁNDEZ; 1992, p. 112.

187 Véase: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; *Temas de Derecho Penal*, Lima, 1993, p. 86.

LEGALES EDICIONES

En la doctrina se plantea que el concepto de Derechos Humanos cumpla una doble función:

- *Función negativa,* concerniente a los límites de la intervención penal. Es importante subrayar, por tanto que nace como principio liberal que pretende limitar la potestad punitiva estatal. Desde entonces, el concepto de bien jurídico se ha desarrollado en diversos sentidos[188]. Tendencia a la concreción del contenido del bien jurídico, se establecen las bases para que pueda llegar al desarrollo una función de limitación al Poder Legislativo. El legislador ha de moverse siempre dentro del ámbito delimitado por los bienes jurídicos. El marco es aun de gran amplitud, pues dentro de él no siempre debe utilizarse el Derecho Penal, sino que puede recurrirse para su garantía a otros medios de control social y, en concreto, a otras ramas del ordenamiento jurídico[189].
- *Función positiva*, concerniente a la definición del objeto posible pero no necesario de la tutela por medio del Derecho Penal. Entre ambas funciones un concepto histórico-social de los Derechos Humanos vinculado al concepto de necesidades reales fundamentales ofrece el instrumento más adecuado para una política de máxima contención de la violencia punitiva, que constituye actualmente el objeto principal y prioritario de una política alternativa del control social[190].

La perspectiva de elaboración de un Derecho penal de los Derechos Humanos implica tomar como referencia un conjunto de principios como: los principios de limitación formal; Principio de legalidad; Principio de irretroactividad; Principio del primado de las normas del Derecho de los Derechos Humanos y las constitucionales y la subordinación de la ley sustantiva; Representación popular; Principios de limitación funcional: Respuesta no contingente, Proporcionalidad, Idoneidad relativa y

188 Véase: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 1996, p. 6.

189 Véase: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 1996, p. 7.

190 Véase: BARATTA, Alessandro; "Requisitos mínimos del respeto de los Derechos Humanos en la Ley penal", en: *Nuevo Foro Penal*, N° 34, Bogotá, 1996, p. 421.



LEGALES EDICIONES

subsidiaridad; Implementabilidad administrativa de la ley penal; Menor trascendencia de la intervención penal; Racionalidad de las penas; Respeto y protección de las autonomías culturales; Protección de la víctima. Estos principios nos pueden servir al momento de enfocar posiciones y señalar límites no sólo en la teoría de la pena, sino también en la teoría del delito[191]

### 7.2. La motivación de las normas penales

El uso de la comparación y de las estadísticas judiciales, de la criminología y la sociedad penal, así como del Análisis Económico del Derecho, de los saberes empíricos relativos a los particulares sectores que disciplina el Derecho Penal, son solo algunas oportunidades, en parte ni siquiera nuevas, pero siempre decisivas, para hacer al Derecho penal más comprensible, más "verificable", y por tanto conforme a un modelo de legislación penal propio de una "democracia discursiva". Al mismo tiempo, no es ni siquiera aceptable una desviación demagógica de pseudo-democracia penal "a golpes de mayoría", privada de controles de legitimidad. La regla de las mayorías, de hecho, encuentra en los principios constitucionales un límite de garantía que define la misma democracia constitucional. El garantismo y la experiencia práctica son entonces, juntos, dos momentos característicos del control de legitimidad[192].

En el debate europeo y de Derecho público, es cada vez más frecuente el tema de la motivación de las leyes. Los penalistas, en cambio, se han quedado en la motivación de las sentencias. Si la mayoría aprueba a "ojos cerrados" la voluntad del jefe de gobierno, debe seguir siendo controlable el resultado de las decisiones. ¿Cómo llegar a realizar este objetivo? La posibilidad de control de las decisiones de criminalización exige necesariamente que las leyes, y también aquellas penales, sean motivadas. Únicamente repensando desde la raíz la naturaleza secundaria de las leyes penales es posible entender la importancia de la motiva-

191 Véase: VILLAVICENCIO T.; 1997, p. 226-227.

192 Véase: DONINI; *El Derecho Penal frente a los desafíos de la Modernidad*, Lima, 2010, p. 353.

LEGALES EDICIONES

ción de las leyes penales para conectar ese concepto "dogmático" al principio constitucional de *ultima ratio* y de subsidiariedad[193]. Este objetivo de "justificación pública" mediante la motivación no debe convertirse en una oportunidad para que el legislador exhiba justificaciones "ad pompam"; motivaciones para la prensa acerca de sus preocupaciones a largo plazo sobre la seguridad de todos.

Verdadero control de tales premisas epistemológicas del proyecto legislativo es posible solo si se exige la motivación de las leyes penales, como ocurre en Europa, por ejemplo, respecto de las normas de la Unión Europea. Si se requiriese una motivación no solo sobre los objetivos, sino sobre la base epistemológica que justifica la decisión de la sanción penal, sus fines (delito por delito), la comparación entre los marcos de una pena respecto a la otra, etc., se obligaría al legislador a una actividad, en definitiva, no necesariamente más racional, pero si más verificable.

## 8. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA

### 8.1. Introducción

Si bien en el Derecho penal argentino existe un delito impropio de omisión tipificado (por ej. artículo 106), esto no quiere decir que exista una tipificación expresa de este sistema de imputación a las demás figuras delictivas. No existe en el Código Penal argentino, por ejemplo, un tipo penal en la Parte Especial referente al homicidio simple que castigue literalmente: *"El que deja morir a alguien será reprimido..."*, o en el delito de hurto: *"El que no evita que otro se apodere de un bien mueble ajeno..."*[194],

193 Véase: DONINI; 2010, p. 354.

194 Similar: en la doctrina peruana ROY FREYRE, Luis E.; *Derecho penal, Parte especial*, tomo I, reimpresión 1989, Lima, p. 78, en el contexto del Código Penal derogado de 1924 anota que según en el delito de homicidio, la Constitución Política (art..2, inc. 20 apartado d.) y el CP (art. 3) descartan aquí a la omisión propia en cuanto prescriben que un comportamiento de tal naturaleza no podría motivar un proceso o una sentencia condenatoria si es que previamente no ha sido calificado en la ley "de manera expresa e inequívoca" como infracción penal. Matar a otro por omisión propia no aparece en la descripción típica del art. 150 del CP.



LEGALES EDICIONES

aunque algunos autores, como hemos dicho, estimen más conveniente, de cara al principio de legalidad, estructurar la regulación expresa de esa figura delictiva en la Parte Especial. En otras palabras: desde ésta perspectiva la contradicción interna se establece entre algunas *normas* del Derecho penal (descripciones típicas de la Parte Especial de nuestros Códigos como la omisión impropia) y un *principio general del Derecho* consagrado en la mayoría de los ordenamientos en una norma de la Parte General del respectivo Código Penal, pero también y casi siempre, en la Carta Magna del ordenamiento jurídico como lo es el principio de legalidad[195].

Sin embargo, y ahondando más sobre este tema, en el Derecho penal alemán, donde la omisión impropia ha alcanzado un alto nivel de desarrollo dogmático y jurisprudencial, el propio Welzel admitía que en estos delitos, el problema decisivo no sólo era desde el punto de vista dogmático, sino también desde el punto de vista del Estado de Derecho, donde el principio *nulla*

195 Véase, en este sentido sobre el principio de legalidad, la Sentencia del Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 010-2002-AI-TC (03/01/2003), que ha establecido lo siguiente: "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 que la tipificación previa de la ilicitud penal sea *"expresa e inequívoca" (Lex certa)*. El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la Ley es una prescripción dirigida al legislador para que éste dote de *significado unívoco y preciso al tipo penal*, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre".

La certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina constitucional. (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco; *El Sistema Constitucional Español*, Madrid, 1992, p. 257). *El grado de indeterminación será inadmisible, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos.* (En este sentido: BACIGALUPO, Enrique; *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, 1989, p. 35). Como lo ha sostenido este Tribunal en el Caso "Encuesta a boca de urna" (Exp. N° 002-2001-AI/TC), citando el Caso Conally vs. General Cons. de la Corte Suprema Norteamericana, *"una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del principio de legalidad"*.

LEGALES EDICIONES

*poena sine lege* experimenta una profunda limitación: sólo la conducta del autor está "legalmente determinada" y no las características objetivas de autor. "Por esta razón –indica Welzel– se han hecho valer siempre reparos de índole constitucional en contra de los delitos impropios de omisión"[196]. Cuando se introdujo legalmente en el Código alemán (art. 13, I), el tema de la constitucionalidad no se terminó de superar, o en todo caso, fueron otros los inconvenientes, como por ejemplo, las objeciones constitucionales circunscritas en el sentido que hayan fracasado hasta ahora todos los intentos para precisar en mayor medida la regulación legal[197].

Asimismo, en el Derecho penal austríaco, suizo, y en el propio Derecho alemán como hemos visto, se cuestionaba –y se cuestiona aún– la validez científica de la omisión impropia como construcción jurídico-dogmática. En este punto, por ejemplo Kaufmann decía lo siguiente: "De este modo se exonera a la omisión impropia del estigma de ser inauténtica o impropia por partida doble. Sólo cabe calificar de "impropia" esta infracción del mandato de garante en la medida en que no está tipificada por la ley y su concepción y delimitación sigue siendo, así, político-criminalmente difícil y *problemática desde la perspectiva del principio de legalidad*"[198]. Así también Stratenwerth dice lo siguiente: "Desde mucho tiempo atrás se había censurado a este respecto que su punibilidad fundamentada solamente por la

196 WELZEL, Hans; *Derecho Penal Alemán*, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yánez, Santiago de Chile, 1970, p. 288. Aunque este autor indique que la dificultad dogmática no radica en las deficiencias de una ley determinada, sino en la naturaleza de la cosa. Es imposible, por principio, circunscribir concreta y exhaustivamente en tipos legales la inmensa variedad de posibles autores de omisión.

197 STRATENWERTH, Günther; *Derecho Penal. Parte General. Hecho Punible* I, traducción de la edición alemana de Gladys Nancy Romero, Buenos Aires, 1999, pp. 292 y 293. JESCHECK, Hans-Heinrich; "Orígenes, métodos y resultados de la reforma del Derecho Penal alemán", traducción de María Isabel García de la Torre, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, p. 11, que destaca la problemática de la legalidad, específicamente en la certeza, de los delitos impropios de omisión.

198 KAUFMANN, Armin; *Dogmática de los delitos de omisión*, traducción de la segunda alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid-Barcelona, 2006, p. 319.



LEGALES EDICIONES

doctrina y jurisprudencia era incompatible con el *nullum crimen sine lege*. Los tres textos legales de los cuales hablo aquí hacen el intento, por ello, de codificar las posibles causas de surgimiento de los llamados deberes de garantía, como presupuesto decisivo de la equiparación de la omisión con el deber activo. Ellos muestran también, sin embargo, que una regulación legal satisfactoriamente difícil, cuando no imposible"[199]. Demás está decir, que sin duda la problemática fundamental de la constitucionalidad de la omisión impropia en Alemania, Austria y Suiza está en determinar cuáles serían los límites del deber de evitación de resultados típicos (posición de garante) para "evitar" las ampliaciones en el círculo de autores posibles.

En España, hasta antes de la entrada en vigencia del Código Penal de 1995 (tanto el Código anterior, el Proyecto de Código Penal de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983), no se receptaba una cláusula general de omisión impropia, a contrario de lo que pasaba en Italia y Alemania. Ello se debía probablemente a las dificultades que la omisión por omisión presentaba frente a las garantías derivadas del principio de legalidad, por lo que han inducido al legislador al rechazo de un reconocimiento explícito del tipo de comisión por omisión[200]. Se decía que con la aprobación del Código Penal español de 1995 y el reconocimiento expreso de la omisión impropia iban a quedar silenciados los más importantes obstáculos que existían para la adecuación de los delitos de omisión impropia al principio de legalidad; ya que en Derecho español no existía un artículo que regulase estos delitos, al estilo del parágrafo 13.1 del Código Penal de la República Federal de Alemania[201].

199 STRATENWERTH, Günter; "Derecho Penal. Parte General", traducción de Marcelo Sancinetti y Patricia Ziffer, en: *CDJP*, N 8-A, 1998, p. 56.

200 En este sentido: VALLE MUÑIZ, José Manuel; "Tipicidad y atipicidad de las conductas omisivas en el delito de estafa", en: *ADPCP*, Madrid, 1986, p. 872, nota 34.

201 MORENO Y BRAVO, Emilio; *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (Coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión)*, Madrid, 1997, p. 130. En este mismo sentido: FARALDO CABANA, Patricia; *Los delitos societarios*, Valencia, 1996, p. 250, anota que "La primera conclusión, pues, que cabe extraer respecto a la regulación expresa de la comisión por omisión en un precepto de la Parte General es de índole positiva: sirve para

LEGALES EDICIONES

Sin embargo, una parte de la doctrina como la jurisprudencia española, antes de 1995, reconocían comportamientos omisivos que no estaban expresamente tipificados; es decir, se sancionaban determinadas evitaciones de resultados "típicos" cuya vulneración estaba protegida solo por acciones positivas (por ej. homicidio); a esta figura delictiva se le dio el nombre de delitos de comisión por omisión, y reprimía utilizando el marco penal de los delitos de comisión. En tal línea de pensamiento, Mir Puig, –en el marco del anterior Código Penal español– decía que estimaba acertado el punto de partida según el cual la admisibilidad de la comisión por omisión depende, en un Derecho como el nuestro en que no existe ningún precepto que prevea su existencia, de que quepa en el sentido del tipo. Para que esto sea posible tenía que interpretarse no en función a un sentido causal estricto, sino con arreglo a su significado social[202].

Ahora bien, el Código Penal español vigente contiene en su art. 11 una regulación expresa de esta figura delictiva, sin embargo, aun así, la *constitucionalidad*, es decir, la compatibilidad de esta categoría con el principio de legalidad, no está totalmente fuera de duda[203]. Por eso, quizá la mayor dificultad que enfrenta

---

compatibilizar la punición de la comisión por omisión con el aspecto formal del principio de legalidad...".

202 MIR PUIG, Santiago; *Adiciones de Derecho español al Tratado de Jescheck*, Volumen Segundo, Barcelona, 1981, p. 845. En contra: CÓRDOBA RODA, Juan; en *Notas de derecho español al Tratado de Derecho Penal de Maurach*, tomo II, Barcelona, 1962, p. 297 para quien "En derecho español únicamente serán pues punibles aquellas formas de comisión por omisión tipificadas en el texto, o lo que es lo mismo, la apreciación en todas las figuras legales de una forma de comisión por omisión junto a la acción, representaría una inadmisible interpretación extensiva del término "acciones" del artículo 1, párrafo 1, o el olvido del requisito de tipicidad ("penados por la Ley") de las omisiones".

203 Así, BACIGALUPO, Enrique; "La regulación de las conductas omisivas en el Nuevo Código Penal", en: BUOMPADRE, Jorge Eduardo (Dir. y Coord.); *Derecho Penal y Procesal Penal. Homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez*, Buenos Aires, 1997, p. 390. Expresamente: SILVA SÁNCHEZ, *El Delito de omisión*, 2003, p. 456, cuando sostiene que "La construcción de comisión por omisión es, pues, inconstitucional y no es posible mantenerla ni un minuto más". Más aún en autores como GRACIA MARTÍN; "Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)", *cit.*, p. 439, que pretendía una regulación específica en la Parte Especial, en tal sentido si "...las omisiones no están comprendidas en el tenor literal de los tipos de la Parte Especial, y si, por añadidura, el

LEGALES EDICIONES

la doctrina española, –y por ende toda la doctrina que encierra a la omisión impropia en países que ya la tienen legislada–, es lo concerniente al establecimiento de la posición de garante, de ahí como dicen Muñoz Conde / García Arán que se hayan formulado "... reparos de orden constitucional (infracción del principio de legalidad) con la figura de los delitos de comisión por omisión... Para evitar objeciones de inconstitucionalidad por infracción del principio de legalidad de los delitos, el art. 11 propone como indicadores de un especial deber jurídico de actuar la ley, el contrato y el actuar precedente"[204].

El problema que enfrentó la teoría general de la posición de garantía de cara al cambio cualitativo de la teoría formal a la material, no solamente enfrentó dificultades de fundamentación doctrinaria, sino también de constitucionalidad, porque el principal problema de la teoría material o funcional lo tuvo con el principio de legalidad, pues su fundamento jurídico no provenía de una *lex scripta*, como lo exige este principio, sino, en todo caso, del derecho consuetudinario[205]. A partir de este momento se tomó conciencia de la necesidad de una disposición legislativa que autorizaba aplicar la pena del delito activo a la comisión de impedir el resultado típico. Pero no sólo en el ámbito de la

---

tipo de lo injusto realizado por una omisión es uno que no sólo no está escrito sino que es también estructural y materialmente diferente al tipo (escrito) de la acción, parece evidente concluir que toda pretensión de penar la comisión por omisión por los preceptos de la Parte Especial supone una grosera burla del principio de legalidad". En sentido, totalmente contrario se pronuncia: ROMEO CASABONA, Carlos María; "Los delitos contra la vida humana: el delito de homicidio", en: *Revista de Derecho Penal*, 2003-I, Delitos contra las personas, Santa Fe, p. 58, para quien el art. 11 CP español no infringe el principio de legalidad, por el contrario, se ha superado la inseguridad jurídica que existía en este delito.

204 MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCIA ARÁN, Mercedes; *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1996, p. 260.

205 En este sentido, BACIGALUPO, Enrique; "La regulación de las conductas omisivas en el Nuevo Código Penal", *cit.*, p. 25. El mismo, *Delitos impropios de omisión*, Bogotá, 1983, p. 26. "La falta de una sólida fundamentación legal de las fuentes del deber, más que los problemas relativos a la unidad conceptual de acción y omisión, propicia la remisión a un ámbito puramente valorativo en el cual encontrar las pautas axiológicas que con prescindencia de los aspectos formales (legales) alcance a determinar los supuestos en que la omisión de impedir un resultado es equiparable a la realización de un tipo de comisión y de resultado".

LEGALES EDICIONES

posición de garante tuvo inconvenientes de constitucionalidad, también lo tuvo en el marco de la relación de causalidad. Por eso se intentó demostrar que la omisión impropia es tan causal del resultado, como la de no evitar un aborto, como lo puede ser un hacer positivo; de lo que se trata, entre otras cosas, es de evitar la objeción de que la punibilidad de la comisión por omisión vulneraría el principio de legalidad[206].

Un ejemplo claro de lo que estamos afirmando es que la Comisión Especial Revisora del Código Penal peruano a través de la Ley 27837 ha presentado el Anteproyecto de la Parte General del Código Penal reformando el delito de omisión impropia (art. 13), en el sentido de suprimir consideraciones expresas sobre la posición de garantía en el marco legal. El texto es el siguiente: "*Art. 13.- El que omita impedir la realización de cualquier hecho punible de resultado, será sancionado si el no evitarlo, equivale, según el texto de la ley, a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada*". La pregunta central sería en este caso la siguiente: ¿si la ausencia de regulación expresa sobre la posición de garantía en el Anteproyecto y el dejar en manos de la doctrina y jurisprudencia dicha tarea significa una vulneración del principio de legalidad?[207]

En otro contexto jurídico, por ejemplo en el Derecho penal norteamericano, unos de los penalistas más importantes, Fletcher, opina que la responsabilidad de "comisión por omisión" es sin duda inconstitucional[208]. Por otro lado, una de las cues-

206 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique; *La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión"*, Buenos Aires, 2003, p. 25.

207 Véase, para una visión de los delitos impropios de omisión aplicada al derecho peruano por ejemplo la postura: BENAVENTE CHORRES, Hesbert; *La omisión: concepto e imputación objetiva,* Buenos Aires, 2007, p. 494, quien señala lo siguiente: "La derogación del artículo 13 del Código Penal no implicaría una afectación al principio de legalidad, puesto que, si se admite la identidad entre la acción con la omisión en el ámbito valorativo o de regulación de un concreto tipo penal, entonces se estaría salvando el aspecto formal del principio de legalidad; por otro lado, fundar el sentido de la norma penal en el modelo de imputación sobre la base de roles (valedero tanto para la acción, así como, para la omisión), permitiría respetar el aspecto material, del principio de legalidad".

208 FLETCHER, George P.; *El Derecho y lo razonable. Ensayos de Derecho penal*, Introducción y traducción de Edgardo A. Donna y Natalia Barbero, Buenos Aires, 1997, p. 88.



LEGALES EDICIONES

tiones de la dogmática de la omisión impropia, en el lenguaje de Torio López[209], es que hay que someterlo a los principios filosóficos jurídicos, político-criminales y dogmáticos propios de nuestra época. Ello supone un equilibrio entre aspectos *lógicos, teleológicos y axiológicos* en esta modalidad de comportamiento punible. Los aspectos lógicos vienen representado por la seguridad jurídica o certeza del Derecho, es decir, por el respecto al principio de *nullum crimen sine lege* en sentido realista y crítico. Los aspectos teleológicos consisten en reclamar que la acción omitida pueda ser penada como medio para disminuir el peligro e impedir la lesión de bienes jurídicos. Ahora, estos dos aspectos actuarán como especie de muro de contención para impedir el predominio del aspecto axiológico de la omisión impropia, cual es, la equiparación analógica *in malam partem* de una comisión por omisión que en su forma originaria estaba regulada a través de un delito de comisión.

Sin embargo, los textos punitivos no están demasiados claros algunas veces, pues como bien expresa el profesor Jakobs, casi todos los presupuestos generales de la imputación –como la imputación objetiva, incluidos los presupuestos especiales de la omisión impropia, del dolo y de la imprudencia, de la justificación (en parte), de la participación, de la culpabilidad (en parte), de la tentativa (en parte) y diversos ámbitos del error–, cuando están formulados en la ley, no lo están de modo tan detallado como para llegar al estándar de la formulación de los tipos de la Parte Especial. Naturalmente, no sin excepciones; junto a numerosos conceptos en forma de cláusula general en la Parte Especial se encuentran en ella especiales remisiones a doctrina generales que no aportan precisión alguna. Ejemplo: Las posiciones de garante mencionadas en la Parte Especial en los delitos de omisión propia equivalentes a la comisión no van más allá de la vaguedad del art. 13 StGB (y de hecho son propias de la Parte General)[210].

209 TORIO LÓPEZ; "Límites de los delitos de comisión por omisión", *cit.*, p. 706.

210 JAKOBS, 1997, p. 90.



LEGALES EDICIONES

### 8.2. La inconstitucionalidad de la omisión impropia "no escrita" legalmente en la doctrina argentina

Como es sabido el primer Código Penal argentino de 1887 no contenía una fórmula expresa sobre la omisión impropia, como tampoco el actual Código Penal de 1922. Las sucesivas reformas de proyectos que se implementaron hasta 1941 tampoco contemplaron esta clase de omisión. Corresponde recién a Sebastián Soler la iniciativa legal en 1960 de incorporar la omisión impropia en el Derecho positivo penal[211]. Lo más llamativo es que Soler siendo un liberalista individualista, muy cercano a las ideas del siglo XVIII y reaccionario del positivismo peligrosista, propuso una regulación de la omisión impropia en la Parte General, lo cual no era irracional y descabellado pensar así. Porque según Soler "no es correcto dejar a la doctrina la tarea de fijar los límites de la responsabilidad en los casos de comisión por omisión, que son bastante delicados".

Por su parte, el profesor Zaffaroni antiguamente había dicho que los delitos impropios de omisión "no escritos" *no pueden ser inconstitucionales*, porque hay un criterio legal para cerrar los tipos, y aunque el principio de legalidad sufre un menoscabo por demás notorio, se argumenta que ello obedece a que es imposible legislar de otro modo: sería la naturaleza de la materia prohibida la que impide adoptar otra técnica legislativa[212]. Actualmente, Zaffaroni conjuntamente con Alagia y Slokar estiman que solo los tipos omisivos impropios no escritos son inconstitucionales[213], dejando a salvo la legalidad a aquellos tipos

211 Luego puede citarse algunos proyectos como la de Frías Caballero: art. 10 "El que omite impedir un resultado que de acuerdo con las circunstancias podía evitar, responde como si lo hubiese producido cuando le incumbe un deber jurídico de actuar, o de precaver el riesgo, o este último ha sido creado por su comportamiento precedente". También el Proyecto elaborado por los doctores Jesús E. Porto, Enrique B. Aftalión, Enrique Bacigalupo, Ricardo Levene (h) y Alfredo Masi, cuyo art. 14 dedicado a la omisión impropia establecía: "El que omitiera impedir el resultado de un hecho punible será sancionado con la pena prevista para su comisión si le incumbía el deber jurídico de cuidar que ese resultado no se produjera o cuando el riesgo que originara el resultado se hubiera creado con su comportamiento precedente".

212 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho penal. Parte general*, T III, Buenos Aires, 1981, p. 465.

213 ZAFFARONI / SLOKAR /ALAGIA; 2000, pp. 548 y ss.



LEGALES EDICIONES

escritos de la Parte Especial de omisión impropia. Sobre este último punto "...tanto desde la intuición del público como desde la valoración jurídica, no puede afirmarse que es exactamente lo mismo dejar morir que ahogar a la criatura. En la ley vigente, el caso encuadra en el tipo del art. 106 CP, calificado por el parentesco conforme al art. 107. Esto significa que el delito está conminado con pena máxima de veinte años, según la reforma de la ley 24.410 del 1 de febrero de 1995. Dado la escala penal prevista, *la solución sería idéntica en los códigos que establecen la cláusula de equivalencia con el correctivo de correspondencia, con la ventaja de que en el texto argentino no se viola la legalidad*"[214].

Teniendo en cuenta la clasificación de los delitos impropios de omisión de Orts Alberdi, en "omisión comisiva causal" y "omisión comisiva no causal"; mejor dicho "delitos puramente de resultados" y "omisiones impropia no escritas" respectivamente. En los primeros no se presentaría una vulneración al principio de legalidad y por tanto no sería inconstitucional –según el citado autor– porque se tratan de figuras que tipifican un resultado sin llevar en consideración la forma adoptada por la conducta para producirla, la omisión causal estará comprendido en el tipo. "Cuando, verbigracia, el art. 79 del Código Penal expresa que se aplicará una pena "al que matare a otro" está exigiendo que se haya causado la muerte de un ser humano sin especificar si la causa ha sido una acción o una omisión"[215]. Sin embargo, Orts Alberdi, sostiene que es inconstitucional cuando se trata de "omisiones comisivas no causales", porque no están contemplados por un tipo penal. Concretamente expresa: "matar a un hombre", no es lo mismo que "no evitar su muerte", y por lo tanto esta segunda conducta no está comprendida en el tipo del art. 79 del Código Penal, en la forma en que dicho artículo se encuentra redactado[216]. Finalmente concluye Orts Alberdi que en el derecho argentino –opinión válida hasta la fecha– sólo constituyen

214 ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, 2000, p. 553.

215 ORTS ALBERDI, Francisco; *Delitos de comisión por omisión*, Buenos Aires, 1978, pp. 103 y 104.

216 ORTS ALBERDI; 1978, p. 104.

LEGALES EDICIONES

delitos los de "omisión comisiva causal" y los de "omisión comisiva no causal" que estén expresamente contemplados en un tipo penal[217]. Es decir, que teniendo en cuenta el actual régimen de la omisión impropia en Argentina (en la Parte Especial), es evidente concluir aceptando aquellas omisiones impropias que estén "escritas" en la ley, a modo solamente de resultado típico o a modo de verbo rector "dejar de hacer".

Por otro lado, Sancinetti opina, en los delitos impropios de omisión no escritos, la posibilidad de imputar a una omisión la producción de un resultado, como si se tratara de una comisión, se podría formular reparos desde el punto de vista del *principio de legalidad*[218]. Asimismo, Sancinetti, es la de opinión de no introducir ninguna "cláusula de conversión" porque tiene la ventaja relativa de mantener la punición de la "comisión por omisión" dentro de los límites bien estrechos... pues, por lo dicho, la ausencia de una cláusula de conversión no tiene de hecho el efecto de generar una laguna de punibilidad intolerable –como lo sería la derogación de delitos del Derecho penal nuclear en la Parte Especial–, sino el de que la punición imprescindible siga rigiendo en la práctica, pero por vías objetables desde el punto de vista constitucional.

Por su parte, Pessoa estima que estos delitos "... son inconstitucionales por lesionar el principio de ley previa establecido por la Constitucional Nacional en su art. 18. Ello es así, desde nuestro punto de vista, por una razón fundamental: porque los tipos omisivos impropios constituyen un mecanismo de ampliación del tipo penal. El tipo penal activo, como hace a su propia estructura, describe con sentido de prohibir *acciones* (el hacer), no describe omisiones, éstos se convierten en materia de prohibición por vía de los llamados tipos omisivos *propios*"[219].

---

217 ORTS ALBERDI; 1978, p. 105.

218 SANCINETTI, Marcelo; *Casos de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1991, p. 139.

219 PESSOA, Nelson R.; "En torno a la constitucionalidad de los tipos omisivos impropios en el Derecho Penal argentino", en: BUOMPADRE, Jorge Eduardo (Dir. y Coord.); *Derecho penal y procesal penal. Homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez*, Buenos Aires, 1997, p. 112

LEGALES EDICIONES

El profesor Donna estima que los delitos impropios de omisión, luego que no se aplican de manera constante, y cuando se aplica se hace "... de una manera sumamente flexible, y por qué no decirlo, sumamente peligroso para el principio de legalidad", ya que "... no se sabe bien cuál es el criterio utilizado para la imputación del resultado en estos casos"[220]. Por su parte, Duloup sostiene "... que hoy es *indubitamente violatoria del principio de legalidad* la pretensión de adecuación de estas formas omisivas o tipos concebidos como de acción positiva. Baste pensar en la elaboración de proyectos en tal sentido desde hace décadas, para comprender que la falta de legislación positiva *no puede redundar en perjuicio* para el ciudadano, desde la óptica de su derecho a una *información precisa* acerca de lo prohibido bajo amenaza de sanción penal"[221].

En esta línea de pensamiento, puede ubicarse también a Righi / Fernández quienes afirman que una sentencia condenatoria por delito impropio de omisión puede ser atacable por inconstitucionalidad. "Es evidente la exigencia político-criminal que orienta la jurisprudencia que, por ejemplo, aplica la norma del art. 80 inc. 1 del Cód. Penal que sanciona severamente a quien mata a un pariente, a la madre que en lugar de estrangular a su bebé, lo deja morir por inanición. Sin embargo, el comportamiento que describe la norma es "matar", es decir causar la muerte de la víctima, en tanto que la imputada por reprochable que sea su omisión, no mató al bebé. Por su insatisfactorio emocionalmente que resulte condenarla por omisión de auxilio (art. 108 Cód. Penal) es una solución más compatible con lo que dispone el art. 18 de la Constitución Nacional"[222].

Por su parte Silvestroni indica que "me parece claro que la teoría de la equiparación no puede ser admitida en el marco de una teoría del delito respetuosa del principio de legalidad. Si el tipo penal se limita a describir la causación del resultado no

220 DONNA, Edgardo Alberto; en Prólogo al libro de Gimbernat Ordeig, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión"*, Buenos Aires, 2003, p. 7.

221 DULOUP, Osvaldo Arturo; *Teoría del Delito*, Buenos Aires, 1995, p. 177.

222 RIGHI, Esteban / FERNÁNDEZ, Alberto; *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, pp. 260 y 261.

LEGALES EDICIONES

es posible considerar típica la no evitación (aun recurriendo a la posición de garante como límite de la tipicidad) porque ello constituye un razonamiento analógico"[223]. Posteriormente manifiesta este autor que "la posición de garante no permite salvar la analogía; sólo sirve para ponerla de manifiesto: la restricción del número de autores es un modo de acotar la violación del principio de legalidad a unos pocos casos graves en lo que resulta valorativamente inadmisible la laguna de punibilidad. Pero ninguna consideración valorativa puede pasar por encima al principio de legalidad". Concluye Silvestroni que "la inconstitucionalidad de la *teoría de la equiparación* es una manifiesta en el Código Penal argentino"[224].

Siguiendo con la línea de cuestionamiento, Gullco, dice "es sabido que, en principio, bajo un sistema de Derecho penal liberal, sólo las conductas positivas pueden ser objeto de sanción penal. Suponer, al contrario, la existencia de una obligación genérica de evitar hechos lesivos para terceros –equiparando la violación de aquélla a una conducta positiva– constituiría una seria amenaza al principio de la autonomía individual, garantizado en el art. 19, CN". El mismo autor enfatiza que "esta es la idea, además, que subyace en el principio de legalidad, previsto por los códigos y, constituciones de todos los países civilizados"[225]. En la réplica del comentario anterior, Camiña estima finalmente que "cabe reconocer los esfuerzos de la doctrina alemana por reducir o limitar el ámbito de la posición de garante, justamente en razón de su dudosa y disentida constitucionalidad, pero también es prudente no incurrir en limitaciones arbitrarias o paradójicas,

223 SILVESTRONI, Mariano; H.; *Teoría Constitucional del Delito*, Buenos Aires, 2004, p. 235.

224 SILVESTRONI; 2004, p. 235.

225 GULLCO, Hernán Víctor; "La posición de garante del médico" en: *DP*, N 37 a 40, Buenos Aires, 1987, p. 50. Siguiendo en el contexto de comentarios a fallos judiciales: PINTO, Hugo J; "Delitos de omisión impropia y el principio de legalidad" en: *DP*, N 41 a 44, Buenos Aires, 1988, p. 666, sostiene sobre los delitos impropios de omisión "Es precisamente en este último recaudo (conducta omisiva que es capaz de vulnerar una prohibición) donde el principio de legalidad parece oponer reparos a la penalización de la omisión de inventariar como falsedad ideológica". Más adelante agrega una advertencia: "En consecuencia, la doctrina que se extrae del precedente comentario debe ser tomada con serias reservas en cuanto se alude en ella al delicado problema de la omisión impropia". (p. 667).

LEGALES EDICIONES

puesto que ante el panorama mucho más incierto que generaría esta última clase de limitaciones, sería preferible renunciar directamente a la tipicidad del delito impropio de omisión, mientras no esté legalmente descrito"[226].

En esta línea de pensamiento, Vitale también sostiene que una clara violación del principio de legalidad "...es el caso de la creación dogmática de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, en aquellas legislaciones penales que no los describen expresamente"[227]. Según el autor ha sido la dogmática penal y no la legislación la que ha transgredido el principio de legalidad a lo que se ha pretendido llegar por medio de la construcción extralegal de la posición de garante. Es cierto cuando dice Vitale que es distinta la situación es una serie de legislaciones penales que han previsto, en forma expresa, la punición de los delitos impropios de omisión, a través de una cláusula que describe los recaudos que deben presentarse para que la omisión de evitar un resultado sea equiparable a una acción.

Uno de los últimos "ataques" a los delitos de omisión impropia es la propiciada por el procesalista argentino Alberto Binder. Este autor, en principio se refiere a la omisión propia diciendo que *"ese castigo debe ser una excepción dentro de sistemas de imputación basados en acciones. Además, si se pretende castigar una omisión el marco normativo o valorativo que la constituye como tal, debe ser tan preciso que no deje margen para la duda"*[228]. Enseguida señala textualmente éste autor que *"el uso de fórmulas generales (omisión impropia, comisión por omisión, etc.) es inadmisible desde las exigencias del principio de exterioridad"*[229].

---

226 CAMIÑA, María Cristina; "Algo más sobre la posición de garante del médico", en: *DP*, 37 a 40, Buenos Aires, 1987, p. 559.

227 VITALE, Gustavo; "Estado Constitucional de Derecho y Derecho penal", en: *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Buenos Aires, 1998, p. 83.

228 BINDER, Alberto M.; *Introducción al Derecho penal*, Buenos Aires, 2004, pp. 151 y 152.

229 BINDER, Alberto M.; *Introducción al Derecho penal*, Buenos Aires, 2004, p. 128 Dice: "El uso del concepto de omisión como una categoría expansiva del poder penal, que ha sido propiciado por cierta dogmática que en este curso criticamos, es uno de los signos claros de la confusión entre las tareas del derecho penal y los sistemas de imputación de base político-criminal".

LEGALES EDICIONES

Quizá el hecho de que en la doctrina argentina exista un escepticismo en cuestionar la incorporación del Derecho positivo de la omisión impropia es porque existe una ideología enmarcada en el positivismo jurídico. Es más, tres de sus máximos exponentes del surgimiento de la dogmática Argentina en la década del treinta: Soler, Núñez y Fontán Balestra fueron de esa tendencia. Así, *Sebastián Soler*, "lo que caracteriza a toda dogmática jurídica, no ya solamente a la dogmática penal, consiste en el objeto entendido por ella, que es siempre un Derecho positivo dado. Su existencia no es un accidente o el fruto de una opinión personal, sino una consecuencia ineludible del solo hecho de que existan derechos positivos vigentes..."[230].

Por otro lado, el Derecho penal de *Ricardo Núñez* era un Derecho penal construido desde la Constitución, que no era simplemente una ley de organización, sino que constituye el soporte del Estado liberal y democrático surgido como reacción frente al Estado policía. La doctrina de Núñez por ejemplo, se enfatiza como un positivista jurídico resaltando el examen del Derecho positivo, es decir, a los mandatos de la ley. Por eso, tal como ningún otro autor Núñez otorgó singular importancia a los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional[231]. Finalmente, *Carlos Fontán Balestra* anota que el método adecuado a la naturaleza del Derecho penal sea el método jurídico, en contraposición del método teleológico[232].

### 8.3. Posturas en la doctrina penal argentina que sostienen la constitucionalidad de la omisión impropia

En sentido contrario del cuestionamiento constitucional de la omisión impropia, se expresa Creus, cuando sostiene que "... la corrección jurídica de la causalidad permite incluir en ella toda condición "típica" de un resultado, sea ésta la de producirlo –cuando no se lo debía producir– o la de no impedirlo –cuan-

230 SOLER, Sebastián; *Derecho penal argentino*, tomo 1, Buenos Aires, 1983, pp. 14 y 15.

231 BAIGÚN, David; "Homenaje a Ricardo Núñez, sus ideas", en: *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1997-B, p. XIV.

232 FONTÁN BALESTRA, Carlos; *Tratado de Derecho penal. Parte General*, tomo 1, Buenos Aires, 1995, pp. 56 y 57.



LEGALES EDICIONES

do se lo debía impedir–, por lo cual no nos parece violatoria del principio de legalidad la consideración de la comisión por omisión (en su significado socialmente adecuado de la acción de "matar", tanto mata el que quita la vida a otro, como el que permite que se extinga la vida cuando puede impedirlo)"[233].

En efecto, Quintero acertadamente sostiene que "Al suponer la omisión impropia una referencia a determinada acción expresamente consagrada no se vulnera el principio de legalidad, dado que *en la omisión impropia el núcleo del injusto penal está dado ya por el tipo legal de referencia*. Es decir, existiendo un tipo penal que contemple, aunque en su versión comisiva, la determinación de un resultado, no se puede afirmar que la punición de la versión omisiva vulnere el principio de legalidad, sino por el contrario: que resulta adecuada a él"[234]. Aunque luego expresa que: "... si bien podría ser plausible su incorporación desde el punto de vista formal, no resulta necesaria desde el aspecto material pues, aunque la norma no declare expresamente la equiparación, la expresión del sentido atribuido a la acción y a la omisión es idéntica, como idénticos son, desde el plano normativo, los deberes que infringe el autor de tal conducta (sea esta activa u omisiva)"[235].

Al respecto, también debe citarse a Cesano que establece: "Esta metodología crea, indudablemente, problemas con uno de los principios básicos que debe presidir un derecho penal propio de un Estado Constitucional de Derecho: el de legalidad. Lo dicho es así por cuanto, a través de esta categoría dogmática, se trata de penar una omisión utilizando un tipo en el cual la ley ha previsto declaradamente una conducta de acción"[236]. El mismo Cesano ha dicho que: "Empero, pensamos que para que se

233 CREUS, Carlos; *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 1999, p. 178.

234 QUINTERO, María Eloísa; "Delito impropio de omisión", en: YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Director); *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005, pp. 593 y 594.

235 QUINTERO, María Eloísa; "Delito impropio de omisión", en: YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Director); *Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005, p. 596.

236 CESANO, José Daniel; "Problemas de responsabilidad penal de la empresa", disponible: *www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/cesano2.4.pdf*.

LEGALES EDICIONES

disipe cualquier duda respecto a la compatibilidad con el principio constitucional de legalidad, los delitos omisivos impropios exigirán, a la par de la consagración de una cláusula legal que permita aquella equiparación de tratamiento (...) una precisa definición de los presupuestos frente a los cuales pueda surgir la posición de garante"[237].

Campos, le preocupa su aparente inconstitucionalidad. ¿Cuál es el fundamento de nuestra duda? El hecho de que no están descritos de un modo manifiesto en el texto legal. El matar no haciendo, el estafar callando, etc. Pero como dice Campos si leemos los artículos que describen los delitos antes citados, advertimos que si bien no detallan las omisiones, éstas no son rechazadas tampoco. Pero este no rechazar, que a mi juicio convalida en parte su constitucionalidad, debe tener un límite, y este ha sido establecido por la jurisprudencia y doctrina principalmente en nuestro país[238].

Cercana parece ser la posición de Frías Caballero/Codino/Codino cuando, a la pregunta sobre la constitucionalidad de los delitos impropios de omisión, responden lo siguiente: "En rigor, la objeción se fundamenta más en la apariencia que en la realidad. La punición de esta clase de delitos se halla referida a la interpretación de los tipos legales. Existen algunos que, por no discriminar los medios concretos con los que se perpetra el hecho, admiten implícitamente su comisión por omisión"[239].

## 9. ALGUNOS PROBLEMAS CONCRETOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

### 9.1. Los tipos penales abiertos ¿Los delitos impropios de omisión se tratan de tipos abiertos?

En la legislación penal argentina los delitos impropios de omisión se dividen tanto en tipos "escritos" como en "no escri-

237 CESANO, José Daniel; "Problemas de responsabilidad penal de la empresa", disponible: *www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/cesano2.4.pdf.*

238 CAMPOS, Alberto A.; *Derecho Penal. Libro de Estudio de la Parte General*, Buenos Aires, 1987, p. 446.

239 FRÍAS CABALLERO, Jorge / CODINO, Diego / CODINO, Rodrigo; *Teoría del Delito*, Buenos Aires, 1993, pp. 206 y 207.



LEGALES EDICIONES

tos". En la primera, está por ejemplo, el art. 106 Código Penal que desarrolla conceptos restrictivos de situaciones de garantía (*"...y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado"*). Asimismo el art. 107 Código Penal amplía los círculos de autores especiales en función a circunstancias agravantes (*"...fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos, o por el cónyuge"*). En cambio, los delitos impropios de omisión no escritos que serán la mayoría de casos en el Código Penal y en la legislación complementaria (es decir, todos aquellos delitos que estén redactados con un resultado típico) no están expresados: ni quienes serán los garantes, ni criterio alguno para realizar la equiparación normativa.

Entonces éstos se deducirían de cada tipo de injusto donde exista la posibilidad o vocación dogmática de equivalencia de una estructura que en principio está concebida como estructura comisiva a una estructura omisiva (bastaría con indagar los medios, que se trata de un delito de resultado material, etc.). Los tipos de los delitos impropios de omisión, por consiguiente, son sólo en parte tipos de formación legal y en parte, por el contrario, de formación judicial[240]. Por eso, Zaffaroni, al respecto dice que estos "...tipos impropios de omisión no están todos escritos: los debe completar el juez individualizando las características de los autores conforme a los modelos legales (a los que se hallan escritos). Por eso, ende –continúa el autor– los tipos impropios de omisión no escritos, son tipos abiertos, al igual que los tipos culposos"[241].

Los supuestos más resaltantes por excelencia de tipos abiertos, en el Derecho penal, son: por un lado, los delitos culposos o imprudentes (por el "deber objetivo de cuidado": el Código no define qué es imprudencia, dejando a la doctrina científica y jurisprudencial la tarea de especificar los límites de la materia de prohibición, es decir en que consiste la falta de cuidado) y por otro lado, los delitos de omisión impropia o comisión por

240 En este sentido: WELZEL, 1970, p. 288.

241 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, tomo III, Buenos Aires, 1981, p. 458.

LEGALES EDICIONES

omisión, pues éstos vulneran el mandato de determinación de la respectiva ley penal, que implica la homologación o equiparación, vía interpretativa, de los delitos de omisión con los delitos de acción. Sin embargo, todo tipo penal puede ser considerado como "abierto" por dejar un margen para "cerrarlo" a través de la interpretación, por lo que se ajusta más la verdad aquello que se pregona que existen una cuestión de grados: hay tipos más cerrados y otros más abiertos[242]. Hasta el mismo y emblemático delito de homicidio simple doloso, que prevé: "el que matare a otro" presenta una enorme dificultad a la hora de encarar la solución, por ejemplo: qué se entiende por el "otro", ¿cuándo comienza la vida humana?

Así, por ejemplo, la legalidad de las posiciones de garantía tiene que ver con los supuestos de "integración normativa", de la misma manera que en los delitos culposos la legalidad de ésta realización típica está en dos supuestos definidos: por un lado, existe una enorme problemática con la determinación de los deberes de cuidado de cada ámbito social, de ahí que diga que sea un tipo abierto y por el otro, la inserción de los criterios de imputación objetiva –que no están regulados– en la determinación legítima de la relación causal en resultados culposos[243].

La omisión impropia exige entender que los tipos de resultado en los que cabe su invocación (aquellos que no habiendo prefigurado el modo de acción contengan un resultado alcanzable activa o pasivamente), son ***tipos totalmente abiertos***, lo cual en buena técnica legislativa conviene evitar[244]. Los tipos abiertos, son aquellas normas jurídico-penales que necesitan

242 SILVESTRONI, 2004, pp. 142 y 143.

243 Con esto corrijo mi posición: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; "Aplicación de los criterios de imputación objetiva al delito culposo de lesión", en *Diálogo con la jurisprudencia*, (agosto, 35) Lima, 2001, p. 77, cuando decía: "...nuestros tribunales están aplicando en determinados casos criterios de imputación objetiva, ésta no tiene una versión o fuente legislativa sobre el tema que ampare sus resoluciones judiciales, máxime si está ventilando un caso penal, donde tendría que primar inexorablemente el principio de legalidad. Sin embargo, la imputación objetiva encontraría su legitimidad en la medida que es una teoría que busca irresponsables o un razonamiento *pro reo*".

244 Así, QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / PRATS CANUT; 1996, p. 309. En este mismo sentido: WELZEL, 1970, p. 75.

LEGALES EDICIONES

ser complementadas vía judicialmente para captar con mejor precisión las proposiciones y/o presupuestos de la conducta prohibida o mandada por el legislador, que está abstracta o estáticamente descrita en la norma primaria. En estos casos no hay una complementación mediante una norma de inferior categoría como sucede en las leyes penales en blanco, sino que se realiza a través de la propia jurisprudencia. Con tal apreciación no es que la jurisprudencia vaya a formar parte de fuente inmediata del Derecho penal. Eso sería desconocer nuestro Derecho penal euro-continental del cual somos tributarios.

Se ha dicho, por si fuera poco, que los tipos penales abiertos son a menudo sospechosos de inconstitucionalidad, por contravenir los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional argentina (del cual se deriva el principio de máxima taxatividad)[245], lo cual a esta altura el lector no se vería fatalmente sorprendido. En definitiva, los delitos impropios de omisión no escritos en la ley, son tipos abiertos, como consecuencia de la imposibilidad de definir "ex ante" todos los supuestos en que un sujeto puede estar en posición de garante[246]. Quizá todo esto encontraría algún tipo

245 Así, expresamente: SAGÜÉS, Néstor Pedro; 1999, p. 806. Este autor describe un caso de tipos penales abiertos (pp. 806 y 807): "En "Musotto", la Corte Suprema señaló que el concepto constitucional de *ley previa* no implica necesariamente que la figura penal contenga una descripción formalmente agotada, y que no existe óbice constitucional para que el contenido de los deberes y prohibiciones dependa sustancialmente de la valoración que realizará el juez en vista de circunstancias concretas no susceptibles de enumeración previa. Para el Tribunal basta que la ley contenga una remisión suficientemente clara al contexto valorativo condicionante del tipo penal, y tal es el caso del art. 128 del Cód. Penal, que incrimina la publicación de libros, escritos o imágenes *obscenas*". "Este último concepto –agrega el mismo autor– incluye ideas y sentimientos que pueden variar con el tiempo, y que deben ser precisados por el juez, cosa que no significa que éste se convierta en legislador ("MUSOTTO, *Fallos*, 310: 1909, y dictamen del procurador general, con cita de "SA La Plata Cereal", *Fallos*, 293: 130; "SA Peters Hnos"; Fallos, 293: 378; "Ordene", *Fallos*, 306: 1437, entre otros". También: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, 1998, p. 247, declara que a la luz del principio de máxima taxatividad "... resultan claramente inconstitucionales los tipos sin ciertos límites... incluso estando en la órbita judicial, se dejan librados a tipicidades de construcción judicial".

246 RIGHI, Esteban; "Delitos omisivos equivalentes a la comisión activa de un delito", en: CANCINO; Antonio José (Edición a su cargo); *El Derecho Penal español de fin de siglo y el Derecho Penal Latinoamericano. Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Buenos Aires, 1999, p. 194.

LEGALES EDICIONES

de justificación, porque en los últimos años, se está viviendo tendencias "desformalizadoras", caracterizadas significativamente por la ambigüedad y la imprecisión: leyes con conceptos vagos o porosos, con términos de fuerte contenido valorativo, con cláusulas generales, que de modo implícito conllevan una renuncia del legislador a su misión de definición de los comportamientos punibles y una remisión al juez para que produce a tal labor[247].

En síntesis, dentro de las críticas que subyacen a esta forma de realización típica, encontramos un secular enfrentamiento con el principio de determinación de las leyes penales, como derivado del principio de legalidad en su versión *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*. Entre los casos más conocidos tenemos la denominada "indeterminación que existe en la norma penal en relación con el supuesto de hecho", donde se encuentran los tipos abiertos, que es contraria al principio de división de poderes del Estado, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno legislativo, lo cual impide el proceso de motivación (prevención general) a los ciudadanos. Es función del Legislador, –el mismo que crea el Derecho, destinatario directo de la competencia primaria legisferante– el de dotar de límites restrictivos al juzgador, para que éste pueda realizar su labor dentro de un marco impuesto por la propia literalidad de la Constitución y las normas penales[248]. Por

247 Así, SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 255.

248 Así, el método de interpretación conforme a la Constitución Política del Estado, denominado también interpretación desde la Constitución, reconocida en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, significa que los jueces interpretan y aplican las leyes según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de proceso. La norma jurídica que no se puede interpretar conforme a la Constitución es inconstitucional, o sea, que no tiene validez, no pertenece al ordenamiento jurídico, y por ello, los jueces tienen el deber sustancial de no aplicarlas.

El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 014-2006-PI/TC (19/01/2007) ha precisado que "las bases del Derecho Penal y de todas las ramas del Derecho, en general, no hay que buscarlas en los códigos o en las leyes, sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional democrático. La influencia del derecho constitucional sobre la dogmática penal se concretiza en la actuación del Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, porque el Tribunal no se limita a analizar y aplicar, sin más las instituciones "propias" del Derecho

LEGALES EDICIONES

esto, resulta racional considerar erradas aquellas opiniones de la doctrina o decisiones de los tribunales que han aceptado, en general, la punición de omisiones no expresamente tipificadas[249].

Dicho de otra manera, la vigencia de leyes indeterminadas es contraria a la división de poderes, porque permite superposición de funciones, ya que permite al juez invadir terreno del legislador. La "abertura" más significativa está en el tema de los deberes de garantía, ya que dichos deberes están redactados muy escuetamente en la norma penal o simplemente en otras legislaciones no existen. Es el juez, y no la ley, quien decide en cada caso si la aparición de un suceso (resultado) como consecuencia de una omisión equivale a causarlo activamente[250]. Como los tipos abiertos están en relación directa con la problemática de legalidad, al igual que en las leyes penales en blanco, el tipo legal ha de contener el núcleo fundamental de la materia de prohibición[251]. En el tema de la omisión impropia la pregunta sería: ¿Si deben

---

Penal y "desde" el Derecho Penal, sino que también determina el contenido, a través de su interpretación y sus sentencias, de las instituciones penales, haciéndolas conformes de manera concreta o abstracta, con la Constitución. Es a través de la interpretación y la argumentación constitucionales que el Tribunal contribuye a superar las limitaciones de la dogmática penal".

El principio de concordancia práctica con la Constitución implícito en este método interpretativo, para LANDA ARROYO, César; *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Lima, 2003, p. 495, postula "la coordinación de los distintos bienes jurídicos constitucionales conservando su contenido esencial, a través de la ponderación proporcional de valores o bienes, donde no cabe sacrificar a uno por otro. De este modo, se debe respetar el núcleo duro de cada bien constitucional en conflicto, afectándose mutuamente sólo en su modo, forma, espacio o tiempo de ejercicio siempre que exista razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad en la recíproca delimitación de los derechos en conflicto". El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 1013-2003-HC/TC (30/06/2003) considera que "la exigencia de la predeterminación legislativa del juez, no puede ser entendida en términos absolutos, no sólo porque ningún derecho constitucional tiene tal cualidad, sino, además, porque existen otros bienes y principios constitucionales que también exigen ser optimizados. De allí que el Tribunal juzgue que tal predeterminación del juez debe ser interpretada bajo los alcances del principio de concordancia práctica, que exige determinar el contenido esencial de un derecho en coordinación con otros principios o exigencias constitucionalmente relevantes".

249 NOVOA MONREAL, "Los delitos de omisión", *cit.*, p. 39.

250 CASTILLO ALVA, José Luis; *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2002, p. 83.

251 BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán; *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. 1, Madrid, 1999, p. 93.

LEGALES EDICIONES

regularse los núcleos fundamentales de la omisión impropia, es decir, la determinación de los deberes de garantía y la cláusula de equivalencia entre acción y omisión, o sólo algunos de ellos?

### 9.2. El concepto de analogía, principio de legalidad y situaciones conexas

Como es sabido, el mandato de determinación en el Derecho penal, tiene un doble aspecto: por un lado, se dirige al legislador, imponiéndole la exigencia de una "*lex certa*". Por otro lado, se dirige al juez, prohibiéndole básicamente la aplicación analógica de esa *lex certa* y obligándole, en consecuencia, a ceñirse a la "*lex stricta*"[252]. La diferencia del Derecho penal y las restantes ramas del ordenamiento jurídico consiste en que ésta, el juez debe llenar los vacíos (lagunas) sirviéndose de cualquier disposición o principio general que sea compatible con el Derecho vigente. En Derecho penal, siempre es la exclusividad de la norma penal, y esa norma simplemente es *nullum crimen sine lege*, que da, para algunos delitos que deberían tipificarse, siempre el mismo resultado: la impunidad[253].

Por eso, se ha dicho, con razón, que el problema de las "lagunas de la legislación" no existe para el Derecho penal, que es un sistema discontinuo de ilicitudes[254]. De manera que un método para llenar esos vacíos sería a través de la analogía, que supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no *comprendido* en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero *análoga* a otros sí comprendidos en el texto legal. La analogía, en líneas generales, para el Derecho penal no está permitida. Por otro lado, la analogía se diferencia de la interpretación (extensiva), que si está

252 En este sentido: SILVA SÁNCHEZ; 1992, p. 254.

253 Así, SOLER, Sebastián; *Derecho Penal argentino*, 1, Buenos Aires, 1983, p. 135. FONTAN BALESTRA, Carlos; *Derecho Penal. Introducción y Parte General*, actualizado por Guillermo AC. Ledesma, Buenos Aires, pp. 120 y 121. Este autor apunta que: "El problema de las lagunas del derecho, que contempla los silencios de la ley y que deben resolver los códigos de derecho privado por disposición del derecho positivo, según dijimos, no existe en el orden penal: la ley penal está, debe estar llena de silencios, y *en materia penal el silencio es libertad*".

254 SOLER; 1983, p. 132.



LEGALES EDICIONES

permitida, porque ésta no sobrepasa el sentido posible de la letra de la ley. Por ejemplo, el art. 80, inciso primero del Código Penal argentino, prescribe una circunstancia agravante del homicidio (parricidio) si la víctima es ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son. Sería una aplicación análoga extenderlo al que matare a quien desde pequeño se encuentra en casa, y se le considera como a un "hijo".

Suele distinguirse en Derecho penal, entre analogía *in malam partem* y analogía *in bonam partem*, entendiendo por la primera la que integra la ley extendiendo la punibilidad (es decir, para crear o agravar la responsabilidad penal), por lo tanto, en caso de aplicación del Derecho en perjuicio del sujeto el poder del juez penal termina en los límites de la interpretación; y por la segunda la que la restringe más allá de la letra de la ley (es decir, para atenuar o excluir la responsabilidad penal), este planteamiento, estará acorde con el límite garantizador que posee el propio texto legal: dicho límite sólo persigue garantizar al ciudadano que no podrá verse afectado por una pena que no se halle prevista por la letra de la ley. Siendo así, parece lógico admitir la aplicación de un beneficio legal para el reo cuando su situación sea análoga a la que motiva dicho beneficio[255]. En el ejemplo descrito del supuesto parricidio, se trata sin duda, de una analogía *in malam partem*.

Existe un aspecto esencial del principio de legalidad, derivado del *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, que merece atención, cual entonces, la prohibición de la analogía, esto es, se entiende en el lenguaje científico la exclusión de una aplicación del Derecho que exceda del sentido deducido por la interpre-

255 MIR PUIG; 1996, p. 87. LUZÓN-PEÑA; 1996, p. 137. BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE; Vol. 1, 1997, p. 95. En este sentido, también la doctrina argentina: NÚÑEZ, Ricardo C.; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 1999, Córdoba, p. 68, nos dice que existe "prohibición de analogía *in malam partem*. Pero sí es aplicable cuando es *bonam partem*. Pone el siguiente ejemplo (p. 69): "... para eximir de castigo a los contraventores de leyes policiales locales, se han aplicado por analogía las reglas del Código Penal sobre prescripción y causas de inculpabilidad"." FRÍAS CABALLERO / CODINO / CODINO; 1993, pp. 40 y 50. DONNA, Edgardo Alberto; *Teoría del Delito y de la Pena*, 1, Buenos Aires, 1996, p. 12.

LEGALES EDICIONES

tación de una norma jurídica penal[256], más aún será prohibida cuando va en "contra reo", es decir, cuando perjudica a los intereses del reo. En cambio, sí es admisible cuando la analogía favorece al reo *(in bonam partem)* en tanto y cuando no sea arbitraria, se ha dicho también que ésta analogía no vulnerará el límite garantizador del ciudadano frente al Estado. En el Derecho peruano, es una prohibición, regulado en el artículo III del Título Preliminar del Código Penal peruano[257].

Lo que sí está claro, es que la tarea creadora que afecta a la construcción de un determinado ordenamiento jurídico (por eso se les llama "sistema" en el sentido que no puede padecer de lagunas), tanto el juez como el intérprete operan sin restricción alguna. Muy al contrario –dice Baldo Lavilla– la libertad operativa que poseen al desarrollar esta función –la de precisar, completar y corregir el Derecho en los puntos en los que el "arsenal hermenéutico" deja abierta la elección entre múltiples alternativas o allí donde las leyes presentan "incompletudes" que requieren ser completadas– debe respetar las *reglas* procedimentales del desarrollo *legítimo* del Derecho (...) en el ámbito del Derecho penal, la prohibición de analogía *in malam partem*, la prohibición de restricción teleológica de reglas permisivas o autorizadas por debajo de su núcleo conceptual básico, y la prohibición de extensión teleológica ilegítima[258].

---

256 En este sentido: ROXIN, Claus; *Derecho Penal. Parte General. Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, traducción de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal, Madrid, 1997, p. 140. JESCHECK, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Volumen Primero, Traducción y adiciones de Derecho español por Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 181. El mismo autor acota lo siguiente: "El término "prohibición de la analogía" no es del todo acertado, pues la analogía es un procedimiento de uso habitual en la lógica jurídica que se emplea en el Derecho en general y en Derecho Penal en particular incluso, aunque no sea "in bonam partem". Pero nada hay que objetar contra el empleo de dicha expresión, si se es consciente de que al decir *prohibición* de la analogía se está pensando en la analogía con la *finalidad de crear Derecho*".

257 El texto del art. es el siguiente:
*"Art. III. No es permitida la analogía* ***para calificar el hecho como delito*** *o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde".* (las negritas son mías).

258 BALDO LAVILLA, Francisco; "La construcción de la teoría del delito y el desarrollo continuador del Derecho", en *CDJP*, N 6, Buenos Aires, 1997, p. 113.



LEGALES EDICIONES

De esta manera, el Derecho penal provee mayor seguridad, –a contrario de lo que sucede en el ámbito del Derecho privado, donde sí puede primar la analogía, los usos y costumbres, etc.– cuando más discontinuo es el ejercicio del poder punitivo que habilita, es la misma seguridad jurídica que requiere que el juez acuda a la analogía en el Derecho civil, la que exige que aquí se abstenga de ella[259]. Por otro lado, también habría que destacar que la operatividad de la garantía del principio de legalidad, según los estratos o categorías del delito, adquiere algunas particularidades. En el plano de la tipicidad, como se sabe, la regla es la legalidad que impide toda construcción analógica y extensiva de los tipos penales y de las normas prohibitivas. La situación parece variar en el plano de la antijuricidad ya que parece lícito reducir teleológicamente el alcance de ciertas causas de justificación

La analogía ha pasado de ser un problema de la ley a la teoría de la interpretación del Derecho[260]; es decir, la primera cuestión presentada por este programa interpretativo es la referencia a la interpretación extensiva y su diferenciación de la analogía. A su vez, también con la interpretación analógica, que es distinta de la analogía propiamente dicha, porque la interpretación es el descubrimiento de la voluntad de la ley en sus propios textos, y es perfectamente admisible en la medida en que sigue siendo interpretación, es decir, se mantiene dentro los límites del sentido literal posible, y para optar en sentido ampliatorio por alguno de sus significados posibles, recurre a la semejanza de ese término con otros términos de otro precepto legal que se interpretan también en ese sentido amplio. En tanto que con la analogía no se interpreta una disposición legal, que en absoluto falta, sino, por el contrario, se aplica al caso concreto una regla que disciplina un caso semejante. En la interpretación extensiva falta la expresión literal, pero no la voluntad de la ley, y en la analogía falta también la voluntad de ésta[261].

---

259 ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR; 2000, p. 111.

260 BACIGALUPO, Enrique; *Principios constitucionales del Derecho penal*, Buenos Aires, 1999, p. 77.

261 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; *Lecciones de Derecho penal*, Volumen 3, México, 1997, p. 76.

LEGALES EDICIONES

### 9.2.1. *La omisión impropia no constituye analogía* in malam partem *si se encuentra "escrita" en la Parte General o en la Parte Especial*

En un primer momento, lo que se entendería en los delitos de omisión impropia legalmente escritos, como analogía *in malam partem*, sería: "causar la muerte a otro" que no es lo mismo "que no evitar la muerte de otro". Se interpretaría en el sentido, que la frase *no* típica "no evitar" estaría llenando un vacío lingüístico, integrándola jurídicamente al término típico "causar". Entonces, a la pregunta planteada: ¿es la omisión impropia una aplicación analógica *in malam partem*? La respuesta sería, dependiendo de una situación; de la incorporación de la omisión impropia en el código o cuerpo legislativo, esto es, si está en la Parte General o Parte Especial.

Considero que en ordenamientos jurídicos donde existe una ausencia de previsión legal para admitir omisiones impropias, es obvio que los juzgadores no la deben aplicar, por más que la omisión impropia haya nacido históricamente como una creación jurisprudencial, y si lo hacen, constituiría una aplicación análoga de creación judicial. Por tal motivo, Silva Sánchez, considera que la omisión impropia al no realizar los "tipos escritos" sino los tipos no escritos, produce un enfrentamiento frontal con la prohibición de analogía "*in malam partem*". "Pues, en efecto, –dice el autor español– el recurso a la analogía tiene lugar, en estos casos, no en la limitación, sino precisamente en la fundamentación de la punibilidad. De modo que resulta ser claramente una *analogía contra reo*"[262].

En la legislación penal argentina, como dijimos, no existe una cláusula general que regule de manera específica las reglas de la equivalencia entre hacer y no hacer. También es claro que los jueces tienen la posibilidad de interpretar *extensivamente* los tipos penales hasta donde se lo permita el "sentido literal", con el riesgo que ello siempre represen-

262 SILVA SÁNCHEZ; El delito de omisión, *cit.*, p. 456.



LEGALES EDICIONES

ta para las garantías penales del imputado. Así las cosas, las omisiones impropias que no se encuentren "escritas" en la Parte Especial o en leyes complementarias dicen Zaffaroni/Slokar/Alagia, "... ella misma sería inconstitucional frente a la general prohibición de la analogía *in malam partem*"[263].

En esta línea de pensamiento, sostiene Terragni, que "... no es posible aventurar la sensación de que así se produce una suerte de creación libre del Derecho. Se deja en manos de los jueces definir los presupuestos de la equivalencia de la omisión con la acción, con el peligro de que se viole la prohibición constitucional de acudir a la analogía"[264]. En sentido contrario Quintero opina que la omisión impropia se "... trata de un mecanismo de interpretación, y no propiamente de una fuente de integración: es hermenéutica, no analogía *in malam partem*, con lo que no se lesiona el principio de legalidad, pues el legislador no crea *ex novo* el sentido de una omisión que ya, sistemáticamente, tiene idéntico sentido que una concreta acción"[265].

Sin embargo en sistemas jurídicos donde sí existe expresamente una previsión legal de omisión impropia, no tendría por qué cuestionarse una supuesta aplicación análoga de una conducta comisiva a una omisiva, pues siguiendo la lógica del principio de legalidad, si existe una norma penal que prevé su convertibilidad no veo inconveniente para que no se permita judicialmente su aplicación a los casos concretos. Es la propia ley penal –buena o mala– la que permite llenar esos espacios grises de lagunas de punibilidad, no permitiendo una integración similar sino una integración exclusivamente *legal*;[266] otra cosa, es que el juzgador necesite adicionalmente

263 ZAFFARONI /SLOKAR /ALAGIA, 2000; p. 553.

264 TERRAGNI, Marco Antonio; *El Delito culposo*, p. 113.

265 QUINTERO, María Eloísa; "Delito impropio de omisión", *cit.*, p. 600.

266 HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho penal. Parte General*, Lima, 1987, p. 350, en el marco del derogado Código Penal de 1924 decía que "En relación con estas infracciones no es posible tampoco suponer que se trate de una aplicación analógica de las disposiciones que regulan las infracciones comisivas. No estamos, pues, ante un caso de violación del principio de la legalidad".

LEGALES EDICIONES

de otros elementos de carácter interpretativos para una mejor y correcta subsunción del caso concreto.

Por otro lado, en el Derecho positivo peruano (y como lo hacen la mayoría de Códigos en el Derecho comparado), donde se encuentra regulada a través de una cláusula cita, la problemática de la analogía se encuentra focalizada de manera distinta, en el sentido que tenemos que tener en consideración antes –siguiendo a Hirsch[267]– las opiniones divergentes que por un lado, sostenían –con diferentes fundamentos– que en la Parte General, la aplicación de la analogía estaba totalmente vedado, ello basado en el IV Congreso Internacional de Derecho Penal, de 1937 en el que se adoptó una resolución según la cual la exclusión del método analógico sólo alcanzaría a los textos que contengan penas o prevean circunstancias agravantes. Por otro lado, otra corriente de la opinión tradicional que explica que no debe ponerse en tela de juicio lo básico de que la prohibición de la analogía también tiene significación para la Parte General.

Teniendo en consideración lo anterior, y si bien puede argumentarse que la prohibición o no de la analogía es un tema que se discute principalmente en el ámbito de la Parte Especial, en función al alcance y deficiencias de cada figura delictiva y de su consecuencia jurídica, estimo que tal prohibición también debe aplicarse para ambas partes del Derecho penal sustantivo: Parte General y Parte Especial. Así las cosas, en el art. 13 del CP peruano, primer inciso, en el nivel referido a las fuentes del deber de garante, debe establecerse como posición de garante lo que legalmente se estatuye. En consecuencia, la fundamentación en relación a las teorías materiales o funcionales que reconocen un criterio dual de deberes: "protección de un determinado bien jurídico" o "control o vigilancia de una fuente de peligro", o en posiciones mixtas, constituirían definitivamente analogías *in malam partem*

267 HIRSCH, Hans Joachim; "Causas de justificación y prohibición de la analogía", traducción de Esteban Sola Reche, en: *Derecho Penal, Obras Completas*, Tomo II, Buenos Aires, 2000, p. 319.



LEGALES EDICIONES

porque se estarían reconociendo, en principio, una asunción de responsabilidades en virtud de una evitación de resultados que no se encuentran expresamente tipificadas[268].

### 9.3. Sobre el protagonismo de la ley penal en blanco en el actual sistema penal

La legalidad da seguridad, pero al expresarse en palabras, que "nunca son totalmente precisas" puede contener la arbitrariedad en la misma ley, al prescindir o ser artificiosa su taxatividad, no establecer un valor típico, recurrir a conceptos vagos o de valoración dudosa, contener penas desproporcionadas. En estos casos la solución será recurrir a su inaplicación o declaración de inconstitucionalidad. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 3 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC, en el caso "Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos", ha dicho lo siguiente:

> En definitiva, la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina constitucional. (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *El Sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 257). El grado de indeterminación será inadmisible, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos. (En este sentido: BACIGALUPO, Enrique: *Manual de Derecho Penal, Parte General.* Temis. Bogotá, 1989, p. 35). Como lo ha sostenido este Tribunal en el Caso "Encuesta a boca de urna" (Exp. N° 002-2001-AI/TC), citando el Caso Conally vs. General Cons. de la Corte Suprema Norteamericana, "una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a

268 En este sentido: MEINI MENDEZ, Iván Fabio; "Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados", en: *Revista de Derecho*, 52, Lima, 1998-1999, p. 894.

LEGALES EDICIONES

su contenido, viola lo más esencial del principio de legalidad" (Fundamento Jurídico N° 6).

Esta conclusión también es compartida por la jurisprudencia constitucional comparada. Así, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido que *"la exigencia de "lex certa" no resulta vulnerada cuando el legislador regula los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada"* (STC 69/1989).

En esta perspectiva, el Derecho Penal admite la posibilidad de que existan tipos abiertos que, frente a la indeterminación, sobre todo de los conceptos valorativos, delegan al juzgador la labor de complementarlos mediante la interpretación.

Las *leyes penales en blanco* ("Blankettstrafgesetze") cuya elaboración correspondió a Karl Binding, quien acudió a esta técnica legislativa para explicar ciertos casos de delegación y autorización de la autoridad federal a favor de la estatal de los Lander. Más adelante esta técnica fue desarrollada por Mezger quien agrega otros dos elementos: cuando el complemento de la ley penal en blanco se halla contenido en la misma ley y cuando se halla contenido en otra ley, pero que emana de idéntica instancia legislativa. En el uso de la ley penal en blanco se distingue entre *"norma sancionadora"* que es la remitente y *"norma completante"* que es a la cual se dirige la remisión. La remisión puede ser estática cuando se refiere expresamente a la fuente que complete el tipo penal o dinámica cuando se remita en general a cualquier otra norma ya sea vigente o futura, en el tipo penal *sub examine* se ha optado por ésta última por la complejidad de la materia y la necesidad de una regulación previa por el Derecho administrativo.

Es aquel tipo penal que esta descrito sólo la sanción jurídico-penal aplicable y confiando para la determinación total del in-

LEGALES EDICIONES

justo a fuentes jurídicas extra-penales a la cual reenvía expresa o tácitamente, pero nunca definir las condiciones prohibitivas del injusto mismo. No menos preocupante resulta añadir que la *ratio* de esta técnica no es tanto de carácter sustantivo sino sencillamente que responde a criterios técnicos de economía legislativa[269]. Las leyes penales en blanco, constituyen un caso especial de normas penales incompletas, pues requieren la determinación del supuesto de hecho[270]. Toda ley en blanco es, sin duda, una ley "incompleta", pero no toda ley incompleta es una ley en blanco[271]. La utilización de esta técnica tiene ser excepcional desde que la mayoría de normas, en principio, son completas en el sentido que determinan ellas mismas el presupuesto de hecho y las consecuencias jurídicas derivadas del delito. En el momento actual, se incluyen dos supuestos de leyes penales en blanco, aquellos en que el supuesto de hecho se complementa mediante una ley de igual rango; y, los que deben ser completados acudiendo a una disposición de rango inferior. La ley penal en blanco afecta la faceta "externa" de la ley y como tal sus im-

269 Al respecto: BRAMONT ARIAS, Luis; "El principio de legalidad de la represión y la nueva Constitución Política del Perú", en: HURTADO POZO, José (editor); *La nueva Constitución y el Derecho penal*, Lima, 1980, p. 34, se hace la siguiente pregunta: "¿es conciliable con el principio de legalidad el hecho de que la determinación concreta de las conductas delictivas quede entregada a la autoridad administrativa y no la haga la ley? Evidentemente que sí. Al remitirse a las disposiciones de la autoridad administrativa, la ley no entiende darle "carta blanca" para establecer delitos. Sabe que dichas autoridades tiene sus facultades limitadas por la Constitución y las propias leyes, de modo que sólo puede moverse dentro de ciertos límites para mandar y prohibir conductas. El ejercicio de esa potestad no puede llegar a violar los derechos constitucionales y legales de los ciudadanos".

270 Aunque puede sostenerse, con razón, que en realidad todas las normas penales son incompletas pues sin excepción requieren ser integradas por otros en los que se encuentran conceptos, interpretaciones o normas integradoras. Por ejemplo, el homicidio simple (art. 106 CP) requiere ser integrado, necesariamente, por el art. 12 del mismo Código, en el que se señala que se trata de un delito doloso. Evidentemente a partir de la teoría de los elementos negativos del tipo, debería también buscarse la integración desde la consideración de las causas de justificación.

271 GARCÍA PABLOS, Antonio; *Derecho penal. Introducción*, Madrid, 1995, p. 175. Asimismo este autor afirma que para perfilar mejor el concepto de las leyes penales en blanco, se han acudido a tres vías: la distinción entre "precepto" o "supuesto" de hecho y "sanción", entre "norma sancionadora" y "norma complementaria" o "complementaria", o bien, se ha resaltado la importancia estructural de la remisión a una instancia distinta que la ley en blanco supone.

LEGALES EDICIONES

plicaciones tienen que ver obviamente con el principio de legalidad[272], además con el principio de determinación de la conducta prohibitiva, y el principio de la retroactividad.

La ley penal en blanco es la única posibilidad de conseguir certeza y seguridad, teniendo como objetivo: haciéndola lo más preciso posible en la configuración típica del supuesto de hecho y hacia dónde va dirigida la remisión. La disposición extra-penal sólo tiene por función señalar condiciones, circunstancias, límites y otros aspectos claramente complementarios, pero nunca debe entrar a definir lo prohibido mismo[273]. El monopolio legal sobre los elementos esenciales de la materia de prohibición, no se reduce, sin embargo, a la mera descripción formal de la conducta: es necesaria la determinación en la ley penal del "valor a proteger". De acuerdo con ello debe considerarse violación del principio de legalidad la remisión que impida conocer los valores a los que han de referirse las formalidades reglamentarias a considerar en cada situación[274].

La función de la técnica del reenvío tiene que reflejar un grado de integración con todo el ordenamiento jurídico en la me-

272 En sentido contrario, por ejemplo, REYNA ALFARO, Luis Miguel; *Derecho penal económico. Parte general y Parte especial*, Lima, 2002, p. 87, para quien las normas penales en blanco no afectan, en especial, el Principio de Legalidad, salvo aquellos casos en que la norma extra-penal, integrante de la norma punitiva, describa la prohibición de manera difusa, afectando la certeza de la ley. El mismo autor: "La protección penal del medio ambiente: posibilidades y límites", disponible en: *www.unifr.ch/derechopenal/artículos/pdf/Reyna1*.

273 Véase, en este sentido: BRAMONT ARIAS TORRES; *"Los delitos ecológicos y sus problemas", cit.*, p. 207. BRAMONT ARIAS, Luis; "El principio de legalidad de la represión y la nueva Constitución Política del Perú", en: *La nueva Constitución y Derecho penal*, Lima, 1980, p. 34. Por otro lado, el Tribunal Constitucional español, en un fallo pronunciado en las SS 127/1990, 5 jul., y 62/1994, recogiendo la estructura típica del antiguo 347 bis, admite la constitucionalidad de la ley penal en blanco, siempre que exista un reenvío normativo expreso y justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley además de señalar la pena comprenda el núcleo esencial de la prohibición y que se satisfaga la exigencia de certeza, debiéndose dar la suficiente concreción para que la conducta delictiva quede adecuadamente precisa.

274 TERRADILLOS BASOCO, Juan M; "Técnicas de articulación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo frente a la delincuencia económica", ponencia presentada al *III Congreso Internacional de Derecho Penal*, Facultad de Derecho de la PUCP-Universidad de Salamanca, 1998.

LEGALES EDICIONES

dida en que las pretensiones penales y administrativas puedan ensamblarse en una ciencia jurídica penal-administrativa tutelar del ambiente. Dicho en otros términos, una vez integrado el tipo penal, el precepto administrativo pasa a ser, también, norma penal. Con lo cual quedará sometido la norma de complemento a los mismos principios de interpretación como son la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos y de retroactividad de disposiciones favorables, respetando, asimismo, el principio de jerarquía normativa propio del sistema de fuentes. Así, por ejemplo, no puede considerarse beneficioso integrar el tipo penal ciertas disposiciones administrativas que amplían el límite permitido de emisiones de ciertos gases porque no puede considerarse como retroactivas a favor del reo. No obstante, resulta discutible y polémico la técnica de la ley penal en blanco porque entre otras razones "... excluye las posibilidades motivadoras de la norma penal, genera problemas en la relación Derecho penal-Derecho administrativo[275], se responde a la desobediencia de una decisión administrativa, pues produce un secular enfrentamiento con los principios garantistas propios del ordenamiento sustantivo y procesal penal de un Estado de Derecho: el principio de legalidad en su expresión *sine crime sine lege previa.*

Precisando nuestra posición sostenemos que la remisión normativa de la norma penal en blanco ofrece las ventajas como la de mayor flexibilidad y agilidad en orden a la adaptación del Derecho penal a los cambios de la realidad social en parcelas es-

275 Como es sabido, la existencia de la ley penal en blanco está ligado a la situación de la accesoriedad del Derecho penal respecto del Derecho administrativo, y esto se debe fundamentalmente a dos cuestiones: en primer lugar, porque en un ámbito de situaciones conflictivas entre protección del ambiente y desarrollo económico, es el derecho administrativo es quien debe fijar el equilibrio de ambos, y en segundo lugar, si se deja al criterio de la administración su función será más especializada y sus instrumentos jurídicos son menos "toscos" que los que posee el Derecho penal, que en este caso habrá de intervenir para reforzar la ejecución de la decisión administrativa. A toda esta argumentación, se agrega el hecho de que el delito ambiental viene a ser la confirmación del fracaso de los medios de control extra-penales, por lo que el sistema penal poco puede hacer dentro del proceso de socialización del individuo debido justamente a su carácter secundario.

LEGALES EDICIONES

pecialmente complejas y tecnificadas y, a la vez, una mayor estabilidad y continuidad para la norma penal[276]. En consecuencia, la ley penal en blanco como técnica irrenunciable de tipificación penal en los diferentes tipos penales ambientales no supone un descrédito ni inseguridad jurídica, sino todo lo contrario. Prescindir de la remisión obligaría a la utilización de cláusulas generales imprecisas[277]. No utilizar la fórmula de la ley penal en blanco implicaría hacer nacer una ley con corta vida: el elemento objetivo conllevaría el riesgo de perder vigencia si la técnica o el avance científico modifica sus parámetros y ahí sí podría plantearse serios problemas de orden constitucional, más grave que lo que se puede atribuir a esta forma de remisión.

Ahora bien, el problema no está tanto en la seguridad jurídica que debe proporcionar el principio de legalidad a través de la ley penal en blanco, pues igualmente una remisión a normas de rango inferior (reglamentos) también seguiría estando claro el margen de lo penalmente prohibido, para ello bastaría con acudir a esa norma extra-penal de carácter general. Empero, el problema de la ley penal en blanco, está en la otra cara del principio de legalidad: el de *legitimidad,* o lo que es lo mismo, *la reserva de ley en materia penal.* La garantía de legitimidad no quedaría colmada si el legislador penal hiciera dejación de sus funciones –olvidando que ostenta el monopolio de criminalización– y cediera indebidamente al Poder Ejecutivo (encargado de dictar reglamentos) esta potestad punitiva. La autoridad administrativa está impedida legal y constitucionalmente de crear sanciones "paralelas" de carácter penal por el principio de reserva de la ley punitiva, por lo que el tipo penal a complementar debe describir la esencia del injusto prohibido. He aquí la clave de la cuestión.

276 BLANCO LOZANO; "Acerca de algunas cuestiones básicas del Derecho penal ambiental en el Nuevo Código Penal de 1995", *cit.*, p. 712. Similar HEINE, Günter; "Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del medio ambiente", *cit.*, p. 300.

277 DE LA MATA BARRANCO; 1996, pp. 70 y ss. Similar: GARCÍA RIVAS, Nicolás; "Contribución al análisis de los delitos de peligro contra el medio ambiente", en: COLLANTES GONZÁLES, Jorge Luis (coord.); *Tratado de Derecho Penal. Desafíos del Derecho penal contemporáneo*, Trujillo, 2004, pp. 506 y ss. MUÑOZ CONDE, Francisco; "Principios inspiradores del Nuevo Código Penal español", en: *Gaceta Jurídica*, tomo 49, Lima, 1997, pp. 10 y 11.



LEGALES EDICIONES

## 10. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A OBTENER UNA RESOLUCIÓN CON IMPUTACIÓN CONCRETA

La influencia de la doctrina jurídico-constitucional, a través del Tribunal Constitucional no sólo es a través de instituciones del Derecho procesal penal y su correcto tratamiento, sino también en el ámbito del Derecho penal material. Así, en una sentencia el Tribunal Constitucional ha señalado que: "La influencia del Derecho constitucional sobre la dogmática penal se concretiza en la actuación del Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, porque el Tribunal no se limita a analizar y aplicar, sin más, las instituciones "propias" del Derecho penal y *desde* el Derecho penal, sino que también determina el contenido, a través de su interpretación y sus sentencias, de las instituciones penales, haciéndolas conformes, de manera concreta o abstracta, con la Constitución. Es a través de la interpretación y la argumentación constitucionales que el Tribunal contribuye a superar las limitaciones de la dogmática penal"[278].

En tal sentido, no cabe ninguna duda que el principio (constitucional) de legalidad, actualmente, constituye un principio "madre" con proyección en todo el Derecho penal: sustantivo, procesal y ejecutivo. Para algunos todos los principios rectores y limitadores del *ius puniendi* estatal tienen su fuente de germinación en el referido principio de legalidad. Parece ser que en teoría no ofrece mayores inconvenientes; sin embargo, a la hora de su verdadera aplicabilidad en la praxis judicial encontramos algunos "escollos" que deben ser aclarados cuanto antes. Demás está decir que el juicio de tipicidad es de suma importancia ya que constituye el primer paso en el proceso de subsunción de un supuesto de hecho a la ley penal sustantiva. Su conocimiento

278 Véase: Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional 0014-2006-PI/TC de fecha 19 de enero de 2007, proceso de inconstitucionalidad Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima c. Congreso de la República, Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra la Ley N° 28726, Ley que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46, 48, 55, 440 y 444 del Código Penal, y el artículo 135 del Código Procesal Penal.

LEGALES EDICIONES

nos permitirá o impedirá el avocamiento a la investigación de un caso penal.

Así, según el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, uno de los elementos para la apertura de instrucción es la determinación de que el *"hecho denunciado constituya delito"*. Igualmente, una de las formas de terminación anticipada de un proceso penal es la excepción de naturaleza de acción que justamente se refiere a que los hechos no constituyan delito, es decir, que no sean típicos. Si un hecho investigado no es típico en términos penales, entonces ni siquiera debe abrirse instrucción, o si ya se abrió instrucción, deberá absolverse al inculpado con la sentencia[279]. Así, existe la discusión en el sentido que ¿Cuál es el estadio procesal para la concreción del llamado juicio de tipicidad penal?: en el momento de iniciación del proceso penal, en el momento de la acusación por parte del Ministerio Público, o en el momento de la decisión final, es decir, con la sentencia. ¿A quién le corresponde aplicar el juicio de tipicidad?, es decir, ¿es responsabilidad exclusiva del órgano jurisdiccional, o también le compete a los órganos persecutores del delito?

Téngase presente que el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales no se satisface con la mera mención que todos los requisitos que señala se habrían acopiado, sino requiere que los mismos sean expuestos y expresamente determinados, además la tipificación de los "hechos" no se satisface "anotándose" la mera mención de la norma penal, sino ese proceso de subsunción o adecuación típica debe seguir toda una exposición dogmática a partir de individualizar los "hechos". La función básica del auto de abrir instrucción es controlar la legalidad de la acción penal, dar inicio al proceso penal, determinar al imputado o procesado, imputar en forma específica, señalar los hechos que se tengan conocimiento, presentar pruebas, entre otras cuestiones. La tipicidad penal o el juicio de subsunción típica en general como se sabe esta compuesto de los siguientes elementos:

279 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; "La tipicidad en el Derecho penal", en: *Una visión moderna de la teoría del delito*, Lima, 1998, p. 17.



LEGALES EDICIONES

a) Los sujetos: sujeto activo (especial o común) y sujeto pasivo.
b) Conducta típica.
c) Relación de causalidad e imputación objetiva.
d) Medios determinados.
e) Resultado típico.
f) Tipicidad subjetiva.
g) Algunos otros elementos subjetivos distintos al dolo.

La función del juez de garantizar la vigencia del principio de legalidad, supone, como *conditio sine qua non*, la necesidad de realizar un adecuado juicio de tipicidad. De ahí que un adecuado conocimiento y aplicación de la tipicidad en la administración de justicia penal es requisito imprescindible para la materialización de la garantía constitucional de la legalidad en materia criminal[280]. Es más uno de los requisitos para iniciar un proceso

280 La sentencia emitida por el Tribunal Constitucional respecto al derecho a la legalidad material en el marco del proceso constitucional signado bajo el Exp. N° 5815-2005-PHC/TC de 4 de enero de 2006 ha determinado que: "(...) Este Tribunal, de acuerdo con lo señalado en el Exp. N° 2758-2004-HC/TC, considera que el principio de legalidad penal se configura como un principio constitucional, pero también como un derecho fundamental de las personas. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho fundamental, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica. Resulta igualmente claro, además, que el derecho fundamental a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. En tal sentido, el derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita, obviamente, su reparación mediante los procesos constitucionales de tutela de los derechos fundamentales. Si bien el principio de legalidad penal, que tutela el derecho a no ser sancionado por supuestos no previstos en una norma jurídica, en tanto derecho fundamental es pasible de tutela a través del proceso constitucional de hábeas corpus, el análisis que debe practicar la justicia constitucional no es equiparable a la que realiza un juez penal. En efecto, "no puede acudirse al hábeas corpus ni en él discutirse o ventilarse asuntos resueltos, como [lo] es la determinación de la responsabilidad criminal, que son de incumbencia exclusiva de la justicia penal. El hábeas corpus es un proceso

LEGALES EDICIONES

penal, según el actual artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, precisa que: *"El auto será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado..."*. El principio de la legalidad tiene como objetivo la necesidad de la perfecta adecuación entre la conducta humana y el tipo legal, y además también se desdobla en el postulado de la *"determinación taxativa"*,

constitucional destinado a la protección de los derechos reconocidos en la Constitución, y no a revisar si el modo como se han resuelto las controversias de orden penal es el más adecuado conforme a la legislación ordinaria. En cambio, no puede decirse que el hábeas corpus sea improcedente para ventilar infracciones a los derechos constitucionales procesales derivadas de una sentencia expedida en un proceso penal, cuando ella se haya dictado con desprecio o inobservancia de las garantías judiciales mínimas que deben guardarse en toda actuación judicial, pues una interpretación semejante terminaría, por un lado, por vaciar de contenido el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales y, por otro, por promover que la cláusula del derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva) y el debido proceso no tengan valor normativo". (Exp. N° 1230-2002-HC/TC). Es cierto que, como regla general, la tipificación penal y la subsunción de las conductas ilícitas no es ni debería ser objeto de revisión en estos procesos. Ello porque ni la justicia constitucional puede considerarse en forma análoga a la justicia penal, ni aquella resulta una tarea que entre en el ámbito de competencia de los jueces constitucionales. Como lo ha expresado el Tribunal Constitucional español, mediante estos procesos se ha "(...) encomendado proteger los derechos fundamentales (...), conociendo de toda calificación jurídica realizada por los tribunales ordinarios que viole o desconozca (...) derechos, pero carece de aquel carácter en relación con procesos comunes que resuelvan derechos intersubjetivos ajenos a los derechos fundamentales y que se pronuncien sobre cuestiones de mera legalidad, al ser competencia exclusiva de los jueces y tribunales su interpretación y decisión, fijación de los hechos y subsunción, así como la precisión de las consecuencias jurídicas (...), aunque se apoyen en errores, equivocaciones o incorrecciones jurídicas o, en definitiva, en la injusticia de las resoluciones, porque ello le convertiría [al juez constitucional] en órgano de control de la mera legalidad, ejerciendo funciones que no le atribuye la Constitución" (STC 104/1985). De ahí que, excepcionalmente, quepa efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal y, en concreto, en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores. En consecuencia, si en la justicia ordinaria se determina la culpabilidad o inocencia del imputado, determinando en el caso si se da el supuesto de hecho previsto en la norma y sobre la base de consideraciones de orden penal, de acuerdo con la alternativa que ofrezca la dogmática penal que se estime la más adecuada, en la justicia constitucional, en cambio, se determinará si la resolución judicial cuestionada afecta derechos fundamentales (...)".

LEGALES EDICIONES

según el cual las leyes penales, especialmente las de naturaleza incriminadora, deben ser lo más claras, correctas y precisas posibles. La claridad reclamada en la redacción de tipos penales, permite al ciudadano conocer cuáles son las conductas prohibidas, distinguiéndolas de las permitidas, pero también le resulta útil al juzgador, que es la persona que debe interpretar y aplicar la norma creada[281]. Baratta dice que "Ello impone una técnica legislativa que permita la máxima objetividad del proceso de concretización judicial de las figuras delictivas, la limitación de las cláusulas generales y de los elementos normativos de las figuras a través del reenvío a normas y valoraciones sociales cuya existencia sea empíricamente controlable"[282].

Se advierte la doble dirección que tiene el principio de determinación por una parte, dirigido al legislador, exigiéndole que formule la ley penal con la máxima precisión (*lex certa*) –que denominamos taxatividad, tanto en la determinación de la conducta, o tipicidad, como de la pena a imponer– y por otra, dirigido al Juez exigiendo una aplicación estricta (*lex stricta*) a la ley cierta[283]. Efectivamente, tanto la *lex certa* como la *lex stricta* están dirigidos fundamentalmente al legislador, "... aunque es obvio –dice San Martín Castro– que un juez puede vulnerarlos cuando castigue una conducta sobre la base de una disposición consuetudinaria o de una norma que no tiene rango de ley, o cuando en la definición de lo penalmente prohibido y sancionable –en aquellos supuestos que la ley utilice elementos norma-

281 FRANCIA ARIAS, José Luis; "Notas sobre el principio de certeza de la ley penal", en: *El Derecho penal contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Lima, 2006, pp. 600 y 601.

282 BARATTA, Alessandro; "Requisitos mínimos del respeto de los Derecho Humanos en la ley penal", en: Derecho Penal. Parte General (Materiales de Enseñanza), Lima, 1995, pp. 149 y 150. ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, 2000, pp. 110 y 113. MIR PUIG; Santiago; "Los límites del ius puniendo", en: *El Derecho penal contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, Lima, 2006, pp. 68 y 69. JAKOBS, Günther; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, 1997, p. 95.

283 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / FERRE OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón / GARCÍA RIVAS, Nicolás; *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1996, p. 41.

LEGALES EDICIONES

tivos o cierto grado de generalización del texto legal– llegue a resultados incompatibles con lo que el texto y un coherente sentido interpretativo, socialmente aceptable, establezca; lo último, sin duda, es un canon de razonabilidad"[284].

Al respecto, habrá que citar la sentencia de fecha 20 de enero del 2006, dictada por el Juez Dr. Chávez Pacheco en el marco de una acción de hábeas corpus, (Expediente 136-06) interpuesta a favor de Carlos Alejandro Gubbins Cox, contra el Vocal de la Quinta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, Juan Carlos Vidal Morales. El fallo, concretamente declaró fundada la demanda de hábeas corpus y nula una resolución de fecha 6 de diciembre de 2005, emitida por la sala unipersonal conformada por el vocal accionado; en atención a las siguientes consideraciones: (...) Que, en definitiva la acción constitucional de hábeas corpus conforme lo ha señalado en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional tiene también por objeto proteger el derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva según el artículo veinticinco del Código Procesal Constitucional, por lo que al evidenciarse que se está ante la inobservancia del principio de legalidad penal y procesal penal, el Juez Constitucional tiene plena competencia para evaluar la legitimidad de los actos considerados lesivos por el accionante, no siendo exigible recurrir a una vía procedimental específica distinta ni se elimina la posibilidad de recurrir en hábeas corpus aún cuando el agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela de su derecho recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela de su derecho constitucional, quedando descartada la exigencia de que la resolución judicial objeto de cuestionamiento vía hábeas corpus posea la calidad de cosa juzgada, situación que en nada afecta la viabilidad de la presente causa, facultando además el artículo veintiocho del Código Procesal Constitucional interponer la demanda de Hábeas Corpus ante cualquier Juez Penal sin observar turnos (...)[285].

---

284 SAN MARTÍN CASTRO, César; "El control constitucional de la subsunción normativa realizada por la jurisdicción penal ordinaria", en *Actualidad Jurídica*, tomo 139, Junio 2005, p. 116.

285 Sentencia del 20 de enero del 2006, dictada por el Juez Dr. Chávez Pacheco en el marco de una acción de Hábeas Corpus, (Expediente 136-06) contra el Vocal de la Quinta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, Juan Carlos Vidal Morales.

LEGALES EDICIONES

Es cierto que el juicio de tipicidad cumple otras funciones. Así, en el Derecho Penal, es indispensable que el comportamiento se adecue perfectamente al tipo legal, o sea, que éste sea típico, que haya tipicidad. Como explica Zaffaroni: "el tipo es una figura que resulta de la imaginación del legislador; el juicio de tipicidad es la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador: la tipicidad es el resultado afirmativo de ese juicio"[286]. La teoría del delito está antes que la ley; una modificación de la ley no produce inmediatamente una modificación de la teoría del delito, pero quizá sí una modificación de la dogmática jurídico-penal, ya que ésta, para algunos, parte ineludiblemente de la ley positiva. De tal forma que un desconocimiento de las herramientas de la dogmática jurídico-penal trae como consecuencia lógica una imputación insuficiente y bastante genérica en un procesamiento penal, lo que perjudicaría los intereses de la defensa. También el grado de concreción de la imputación penal dependerá en muchos casos que los tipos penales de la Parte Especial estén redactados de la mejor manera posible, ya que una descripción típica por ejemplo con cláusulas genéricas, demasiados elementos normativos del tipo o cláusulas de remisiones –estáticas o dinámicas– trae como consecuencia lógica que en el proceso penal se imputa a una persona de manera genérica, pues en la mayoría de veces se tiene que recurrir a una normatividad extrapenal o valoraciones subjetivas. Todo esto genera una vulneración al derecho de defensa, ya que hasta cierto estadio procesal no se conoce, por ejemplo, cuál es la normatividad extra-penal que se ha infringido. En los delitos económicos –en sentido amplio– la "razón de ser" lo constituye la infracción de normas administrativas, dejándose al Derecho penal sólo la parte de la lesividad. En este caso, si bien los delitos económicos son una opción totalmente válida y acorde con exigencias de la sociedad de riesgos en que vivimos, pero a la vez, con una enorme dificultad en la concreción de la imputación y vulneración al derecho

286 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal*, Vol. III, Buenos Aires, 1981, p. 172.



LEGALES EDICIONES

de poder contradecir[287]. Por tal motivo resulta saludable que en las instancias iniciales del proceso penal, el legislador peruano ponga como condición que se defina cuál es la normatividad extra-penal, so pena de paralizarse el proceso.

El juicio de subsunción es un tema estudiado en el Derecho penal material, y el concepto de imputación es un tema de Derecho procesal penal. El juicio de tipicidad es contrastar que el hecho que esta investigando es subsumible en un tipo penal, con lo cual, lo que busca dicho juicio es el marco típico de la conducta investigada. En cambio, el concepto de imputación está ligado a la individualización del sujeto, a la asignación de responsabilidad jurídico-penal a una persona humana, y ésta implica la verificación que el hecho criminoso esté firme porque se subsume en un tipo penal. Desde el punto de vista de la interpretación, el tipo penal detalla el conjunto de elementos que deben ser conocidos y realizados por el ciudadano para que su conducta pueda serle imputado. Es en definitiva, lo que debe conocer el ciudadano para ser motivado o en su caso reprochado. En tal sentido, la imputación responde a una persona, y el juicio de subsunción típica responde a un hecho, pues la tipicidad es un juicio sobre la conducta típica, los medios típicos, relación de causalidad, el resultado típico (lesión o peligro) y obviamente los sujetos activos y pasivos, y algunos elementos del dolo-culpa; sin embargo, éstos elementos objetivos y subjetivos deben ser analizados en forma "impersonal", y cuando se denuncia un hecho presuntamente delictivo, lo que se hace es tratar que ese hecho sea asignado a una persona, en otras palabras, lo que hace el Derecho procesal penal es tratar de indagar que esa imputación asignada a una persona sea la correcta.

La vinculación del juez a la ley no significa sólo, pues, para el sistema jurídico-penal la garantía de una jurisprudencia consistente y la previsibilidad de la decisión –éstos son intereses de todos que también pueden ser satisfechos por otros sectores ju-

287 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Lima, 1997, p. 106, pone en cuestión el principio de certeza por que los delitos económicos tienen complejidad.



LEGALES EDICIONES

rídicos–, sino sobre todo la protección del inculpado concreto ante la intervención arbitraria (y, por tanto, incontrolable) en sus derechos a la libertad y al patrimonio[288]. El derecho a obtener una resolución fundada en una imputación concreta está compuesta por varios elementos y circunstancias que deben satisfacerse desde "el saque" en un procesamiento penal, según lo dispone la redacción del actual artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, en el sentido que no sólo debe estar definida concretamente la comisión del delito imputado (si se trata de tipos alternativos, agravatorios, de tipos de ejecución imperfecta, tipos consumados, etc.), lo cual impone límites *fáctico-objetivos*, sino también límites *personal-subjetivos*, consistente en la individualización del presunto autor (directo, mediato o co-autor), partícipe (cómplice o inductores).

Es necesario no caer en el fácil error de considerar que sólo en la comprobación de la tipicidad objetiva el jurista del Derecho penal debe recurrir a la subsunción. En efecto, también hay que subsumir los *aspectos subjetivos* del hecho. Por ejemplo el dolo o el ánimo de lucro. Aquí es necesario, lo mismo que en el tipo objetivo, disponer de un concepto de "dolo" o de "ánimo de lucro". También se debe operar con la técnica de subsunción en la comprobación de la *antijuricidad* y la *responsabilidad*[289]. También Oré Guardia sostiene que no "... es suficiente un juicio formal de tipicidad o de adecuación de los hechos a alguno de los supuestos de la ley penal sustantiva (principio de legalidad), sino que debe ser el resultado de un análisis crítico, cuidadoso y amplio de la imputación en que se considere, además del juicio de tipicidad, una verificación del carácter antijurídico del hecho y la culpabilidad del sujeto implicado"[290]. De manera que resulta incorrecto decir que cuando se emite el auto apertorio de instrucción sólo se valora la tipicidad la conducta, ya que también

288 HASSEMER, Winfried; *Fundamentos del Derecho penal*, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984, p. 246.

289 Véase, en este sentido: BACIGALUPO, Enrique; *Técnica de resolución de casos penales*, Buenos Aires, 2002, pp. 120 y 121.

290 ORÉ GUARDÍA, Arsenio; *Manual de Derecho Procesal penal*, Lima, 1999, p. 271.

LEGALES EDICIONES

debe pronunciarse, de ser el caso, sobre las posibles causas de justificación (que analizar la antijuricidad), y hasta las capacidades individuales del sujeto (culpabilidad). Estas dos últimas generalmente se tenían que ventilar en el desarrollo del proceso penal y que su lugar de análisis estaba monopolizado en la sentencia.

Lo que está en juego en un supuesto de imputación genérica e impreciso contenido en una resolución judicial no es la facultad del Estado en sancionar una conducta con más pena, sino el derecho del individuo a defenderse de una imputación que le hacen los órganos persecutores y decidores del delito. En suma, el derecho a una información adecuada sobre una imputación que se pretende incriminar, debe ser considerada como un derecho irrestricto, independientemente de si uno de los verbos rectores u objetos materiales del delito resulta ser más grave –penológicamente hablando– que los otros verbos u objetos materiales.

## V. EL PRINCIPIO DEL "NE BIS IN IDEM" O DE LA PROHIBICIÓN DE LA MÚLTIPLE PERSECUCIÓN PENAL

### 1. DENOMINACIÓN Y FUNDAMENTOS

El poliédrico aforismo latino *non bis in idem* o *ne bis in idem*, traducible literalmente como «no dos veces en lo mismo», se entiende generalmente como la interdicción de la doble sanción sobre la *troika* de identidades de sujeto, hecho y fundamento. El aforismo *ne bis in idem* nace como una regla de lógica discursiva, que debe trasladarse al ámbito jurídico como instrumento de solución a la constante tensión entre la seguridad formal y la justicia material.

La vaguedad del tenor de la fórmula en estudio, deja sin especificar tanto el contenido del supuesto de hecho –*idem*–, cuanto la consecuencia que se pretende evitar –*bis*–. En realidad el *ne bis in idem* debería ser considerado como un principio general del Derecho. La idea fundamental del principio de la prohibición de la múltiple persecución penal es que el ejercicio del poder penal del Estado en un determinado caso concreto se puede procurar

LEGALES EDICIONES

sólo *una vez*, pues los casos que ya fueron juzgados existe una presunción de la verdad histórica "encontrada" en un proceso penal, lo cual impide "reabrirse".

Además, no debe permitirse que el Estado, con todos sus recursos materiales y económicos que posee, haga repetidos intentos para condenar a una persona por un hecho delictivo, sometiéndolo así a contrariedades, gastos y sufrimientos y obligándolo a soportar en un continuo estado de ansiedad e inseguridad. No parece razonable hacer pesar sobre la persona las negligencias o actividades delictivas de los funcionarios y funcionarias puestos por el Estado para velar por sus intereses. En este punto, Gómez Colomer sostiene que "...hay que tener en cuenta el principio de prohibición de la duplicidad de sanciones: al igual que en Alemania (art. 103, apartado 3 de la *Grundgesets*), aunque sin reconocimiento constitucional expreso en España, no se puede volver a enjuiciar un hecho punible, si ya se está juzgando en esos momentos o si ya ha sido juzgado, en virtud de la llamada litispendencia, en el primer caso, y de la cosa juzgada, en el segundo. En el Perú se reconoce expresamente en el artículo 139 inciso 13 de la Const. Perú, cuyo fundamento internacional se encuentra en los arts. 14.7 PIDCP y 8.4 CADH/PSJ"[291].

El principio del *ne bis in idem* se conecta con el Derecho a la pronta definición y conclusión del proceso y también con la prohibición de la *reformatio in peius*, sobre todo cuando el artículo 300 (modificado por la Ley 27424, párrafo segundo) del Código de Procedimientos Penales peruano estatuye: *"Las penas de los sentenciados que no hayan sido objeto de nulidad, sólo podrán ser modificadas cuando les sea favorable"*[292].

291 GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; "Garantías constitucionales en el enjuiciamiento criminal peruano", disponible en: *http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/04/A-3-GOMEZ%20COLOMER.pdf.*

292 Esto es, que resulta imposible de revisar una sentencia en contra del imputado. Sólo se permite la revisión de una sentencia firme si tiene como objetivo ser a favor de aquél. En este punto, por ejemplo, la Exposición de Motivos (del Título Preliminar) del Anteproyecto de Parte General del Código Penal expresa que "Sin embargo, sí puede ser sometida 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

LEGALES EDICIONES

La vigencia del *ne bis in idem* puede hacerse mediante el medio técnico de defensa, como es la excepción de cosa juzgada[293].

## 2. CRITERIOS PARA ESTABLECER LA PROHIBICIÓN DE LA PERSECUCIÓN MÚLTIPLE

Los criterios para establecer adecuadamente la presencia de una persecución penal múltiple, generalmente la doctrina[294] y la jurisprudencia[295] han establecido que deben concurrir por lo menos tres identidades o correspondencias. Ellas son el *eadem*

---

una absolución". Asimismo, el Código Procesal Penal del Paraguay (artículo 8, segundo párrafo) es claro cuando señala que: *"No se podrán reabrir los procedimientos fenecidos, salvo la revisión de las sentencias a favor del condenado, según las reglas previstas por este Código".*

293 Así, el todavía vigente Código de Procedimientos Penales de 1940 (artículo 5, párrafo cuarto) estipula que: *"La Excepción de Cosa Juzgada, cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera, en el proceso penal seguido contra la misma persona"*. El nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957) lo estipula, casi en los mismos términos, en el artículo 6 numeral 1, letra "c" que una de las excepciones que pueden deducirse es de *"Cosa juzgada, cuando el hecho punible ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera contra la misma persona".*

La excepción puede invocarlo de oficio el propio juez de la causa (artículo 5, párrafo séptimo del Código de Procedimientos Penales), por tratarse de una regla de garantía constitucional a favor del imputado. La consecuencia más importante es que si se declara fundada la excepción mencionada se dará por fenecido el proceso penal y se mandará archivar definitivamente la causa. Además, no es convalidable por el transcurso del tiempo, ni por falta de voluntad –tácita o expresa– del beneficiario –imputado o condenado– para invocarlo. Debe dejarse aclarado que el principio del *ne bis in idem* tiene un efecto estrictamente "personal", pues carece de efecto "extensivo" como el que tiene los recursos; así por ejemplo, si un partícipe hubiera declarado que el hecho no existió, ésta situación no podrá ser alegada por el otro copartícipe al que se le persigue por el mismo hecho, pero cuya situación no fue definida en la primera y anterior decisión judicial.

294 Véase por todos: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; *La contaminación ambiental como delito. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, 2006, p. 200.

295 Así: "Los presupuestos que deben concurrir para amparar una excepción de cosa juzgada, son la identidad de procesado, identidad de hecho y resolución firme. El Fiscal Supremo al emitir su dictamen se ha pronunciado por la aprobación de dicho sobreseimiento, lo que implica una expresa renuncia a la prosecución del ejercicio de la acción penal, en cuanto a este extremo, y así debe declararlo esta Supremo Sala, pues disponer lo contrario sería obligar al Ministerio Público, a seguir persiguiendo un delito que a su criterio no existe, con lo que se atentaría contra su autonomía". SALA PENAL, R.N., N 936-99, Lima, extraído: CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner / VALLADOLID ZETA, Víctor; *Jurisprudencia penal*, Lima, 2002, p. 281.

LEGALES EDICIONES

*persona, eadem res* y el *eadem causa petendi*. Analizaremos cada una de ellas.

### 2.1. Identidad de persona (*eadem persona*)

El *eadem persona* es la proyección subjetiva de la garantía y la que menos problema suscita. Esta identidad se proyecta en la siguiente frase: *exceptio rei iudicatae obstat, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur* (la excepción de la cosa juzgada se opone cuantas veces, la misma cuestión se plantea de nuevo entre las mismas personas).

La identidad de la persona, ha precisado la Corte Suprema peruana, se refiere sólo a la del procesado y no a la parte acusadora. La condición de imputado es la base sobre la cual se erigen todas las demás garantías individuales en el proceso penal, sin importar la calidad del sujeto (por ej. si es funcionario o servidor público, órgano administrador, etc.). Por otra parte, la Ejecutoria Suprema del Expediente 134-98, de fecha 13 de abril 1998, donde se menciona que la cosa juzgada, entre sus elementos, debe tener: "... a) identidad de sujeto, más no de sujetos, es decir en este elemento sólo se habla del procesado más no de agraviados...". El problema se simplifica pues como ya sabemos en la relación procesal penal no hay otras partes más que el Ministerio Público y el imputado, y cuando se habla de identidad subjetiva sólo se está refiriendo a la persona del procesado, ya que la parte acusadora es estrictamente procesal, carente en absoluto de toda relación con el hecho punible, y sólo excepcionalmente por

---

"La excepción de cosa juzgada es aplicable cuando existe identidad de hecho u objeto del proceso, identidad de encausado y resolución firme o definitiva; que, siendo esto así, en el presente proceso, no se cumplen tales requisitos, existiendo deficiencia de la defensa técnica al no acompañar constancia que acredite que la sentencia quedó firme y definitiva por no haber sido impugnada o en su defecto ejecutoriada". SALA PENAL, RN, N 678-2000, Lambayeque, extraído de: FRISANCHO APARICIO, Manuel; *Jurisprudencia penal*, Lima, 2002, p. 294.

"Procede declarar fundada la excepción de cosa juzgada si en el proceso fenecido se falló definitivamente por los mismos hechos y las mismas personas procesadas en la nueva causa, es decir, el proceso fenecido abarcó en su totalidad a la nueva denuncia". Exp. N 5287-97, en: BACA CABRERA / ROJAS VARGAS / NEIRA HUAMÁN; *Jurisprudencia penal*, procesos sumarios, tomo III, Lima, p. 626.

LEGALES EDICIONES

su carácter contingente, la parte acusadora puede ser procesal y material al mismo tiempo.

Sólo aquella persona que es considerada "imputada" puede ser beneficiaria de este principio. Entonces, surge la pregunta acerca de, a partir de qué momento una persona incluida dentro de los límites de las investigaciones, debe ser considerada como "imputada". En otro trabajo había dicho que "... se tendrá que distinguir entre una *imputación material o implícita* que es aquella condición que nace de la admisión de una denuncia o una querella y no de la simple presentación de las mismas por cuanto la situación material del imputado no puede inferirse, de la mera indicación hacia un sujeto como supuesto autor del hecho punible, y otra *imputación formal o explícita* que vendría representada por el auto de procesamiento en sede judicial"[296].

El *ne bis in idem* es una garantía "personal" en concreto y no en abstracto. "No existe una cosa juzgada "en abstracto"; por el contrario, el efecto de cosa juzgada –ya se trate de una sentencia, de un sobreseimiento, o de cualquier tipo de resolución que ponga fin al proceso– siempre tiene una referencia directa a la persona que ha sido involucrada"[297]. Lo que importa es que la persona identificada en el primer proceso sea la misma que se persigue por segunda vez. Así por ejemplo, con respecto a la excepción de la cosa juzgada, se ha dicho que no será suficiente la comprobación de la igualdad de nombres, sino que hay que tener la certeza que se trate de la misma persona, por las generales de ley que obren en el primer expediente como en el proceso en cual se deduce la excepción de cosa juzgada[298]. A mi juicio, bastaría con su identificación física, aun cuando se carezca de los datos que hacen a su identificación nominal.

296 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; "El valor probatorio de las declaraciones inculpatorias del coimputado en el derecho peruano", disponible en: *http://www.carlosparma.com.ar/reategui3.doc*. Véase, para más referencias sobre el concepto de "imputado": MAIER, Julio B:J.; *Derecho procesal penal,* tomo II, Parte General, sujetos procesales, Buenos Aires, 2004, pp. 187 y ss.

297 BINDER; 1999, p. 168.

298 CUBAS VILLANUEVA, Víctor; *El proceso penal. Teoría y Práctica*, Lima, 2003, p. 287.

LEGALES EDICIONES

Debe tratarse de la misma persona que fue perseguida con anterioridad. No ampara a coimputados del mismo hecho. Esto es, quedarán excluidos los posibles partícipes aún no perseguidos y los imputados cuya persecución haya concluido por pronunciamiento no definitivo: la desestimación o el archivo de la denuncia, ya que al no haberse individualizado al imputado no produce el efecto de cosa juzgada.

La condena o absolución de un procesado no impide que se promueva la acción nuevamente, por el mismo suceso e igual *nomen juris,* pero esta vez contra otras personas que ahora son denunciadas como autoras o partícipes[299]. Por ejemplo: si no se llegó a establecer, en calidad de autor, responsabilidad penal al procesado por insuficiencia probatoria, esto no puede funcionar como un obstáculo para que los otros coautores o partícipes sean denunciados y procesados por los mismos hechos, y luego finalmente condenados, si aparecen, después, nuevos elementos de convicción que demuestren la existencia de la comisión del hecho punible. Por tal motivo, el requisito *eadem persona* debe tener, en este aspecto, un efecto *restrictivo-individual.*

### 2.2. Identidad de objeto (*eadem res*)

El *eadem res* es la proyección objetiva de la identidad o correspondencia y la que más problemática presenta para el estudio del *ne bis in idem.* La segunda persecución debe referirse al mismo hecho que motivó a la primera: *in idem,* dice la fórmula latina: esto es, sobre lo mismo. En el artículo 90 del Código Penal peruano prescribe que la segunda persecución penal debe tratarse de un mismo "hecho punible". Ahora bien; qué entendemos en Derecho penal por hecho punible? Esto es: se impide perseguir por segunda vez el hecho "que está calificado en la ley penal" o se permite nuevamente la persecución sobre la misma hipótesis fáctica pero con distinta calificación jurídica: hecho punible doloso, culposo, omisivo propio o impropio, atenuado o agravado, tentado o consumado, etc.

299 ROY FREYRE, Luis Eduardo; *Causas de la extinción de la acción penal y de la pena,* Lima, 1998, p. 199.

LEGALES EDICIONES

Sin embargo, a los efectos de la comprensión de la garantía del *ne bis in idem* no debe importar la calificación jurídica que se le ha dado en la primera persecución y la que pudiera darse en la segunda. Pues muchas veces el juicio de tipificación –como producto normativo– depende de una valoración subjetiva que realice el juzgador en un determinado caso concreto. Por eso Maier anota que para comprender mejor esta identidad se mira "... al hecho como acontecimiento real, que sucede en un lugar y en un momento o período determinados, sin que la posibilidad de subsunción de distintos conceptos jurídicos afecte la regla, permitiendo una nueva persecución penal, bajo una valoración distinta de la anterior"[300].

En suma, lo importante es que el *sustractum* de ambos hechos sea el mismo. Siempre debe existir en el primer hecho la suficiente competencia judicial para haber examinado el hecho completamente, desde el punto de vista del Derecho penal material. La identidad de hecho, entonces, tiene como una de sus características la indivisibilidad[301], a mérito de la cual un mismo

300 MAIER, Julio B. J.; *Derecho Procesal Penal,* tomo I, volumen b, Buenos Aires, 1989, p. 380. El mismo: *Derecho Procesal Penal,* tomo II, Parte General, Buenos Aires, 2004, p. 24, agrega sobre la identidad fáctica u objetiva que: "..el contenido del "hecho", en sentido procesal penal, no depende de las definiciones sobre la unidad o multiplicidad del Derecho penal material (concurso ideal, real o continuado de acciones u omisiones), en principio, y comprende, como *unidad fáctica*, el comportamiento total del imputado que, según una *concepción natural*, representa un *proceso de vida unitario*, un suceso histórico único". DE LA RUA, Fernando; en la voz: *"Non bis in idem"*, de la Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XX, Buenos Aires, p. 327, anota que si acogiéramos el criterio de que debe existir coincidencia entre el hecho y calificación jurídica en los procesos "...el vigor de la garantía no solo quedaría debilitado, sino totalmente aniquilado. El principio de *non bis in idem* se tornaría inexistente e inocuo, porque bastaría un cambio de criterio jurídico para abrir válidamente la nueva instancia". CLARÍA OLMEDO, Jorge A.; *Derecho Procesal Penal,* tomo I, (actualizado por Jorge E. Vásquez Rossi), Santa Fe, 1998, p. 74. CAFFERATA NORES, José I.; "Asociación ilícita y "non bis in idem"", en: *La Ley 1999-B,* Buenos Aires, pp. 300 y 301. FOLGUEIRO; "La inadmisibilidad de la "persecución" y de la "valoración" penal múltiple (validez "procesal" y "material" de la garantía "ne bis in idem")", *cit.*, p. 787.

301 Este tiene relación con la vigencia de la identidad del hecho (*eadem res*) significa promover el principio de la inmutabilidad de los hechos. La influencia del principio de la inmutabilidad de los hechos no sólo está referida a la identidad de los hechos como fundamento para la aplicación del *ne bis in idem*, sino también que la inmutabilidad de los hechos debe surtir efecto durante el desarrollo de todo el procedimiento penal; es decir,

LEGALES EDICIONES

*factum* no puede ser materia de más de un pronunciamiento judicial. Por ejemplo: si una persona que fue juzgada por lesiones graves o tentativa de homicidio, y luego condenada, no puede luego ser sometido judicialmente por el homicidio en virtud de una consecuencia mediata posterior.

También si un Tribunal califica el apoderamiento total o parcialmente ajeno como hurto, no puede incoarse una nueva persecución penal porque el segundo Tribunal lo considere como robo. Tampoco aquel que ha sido procesado por homicidio, puede ser luego perseguido por el delito de lesiones, si a consecuencia de éstos está sometido a juzgamiento por aquel delito. Por tal motivo, Cafferata Nores dice que "aunque en la segunda persecución se afirmen nuevas circunstancias, un diferente grado de participación o un encuadramiento jurídico diferente, si el hecho es sustancialmente idéntico, el principio opera en plenitud"[302].

Para que se aplique el *eadem res* la imputación tiene que ser la misma, y la imputación será idéntica cuando tenga por objeto el mismo comportamiento atribuible a la misma persona (*eadem persona*). En tal sentido, se tendrá que distinguir entre una *imputación material o implícita* que es aquella condición que nace de la admisión de la simple denuncia o una querella indicando como supuesto autor del hecho punible a una persona y esta imputación material no define el carácter de "imputado", y otra que es la *imputación formal o explícita* que vendría representada por el auto de procesamiento en sede judicial, que sí le otorga el carácter de procesado o imputado.

---

que los sujetos procesales –órganos de persecución del delito, órganos jurisdiccionales e imputado y defensa técnica– no pueden añadir, variar, o modificar los hechos que son materia de la investigación. Existe en este caso el llamado principio de congruencia o de correlación, pero sólo se ha entendido en función a la acusación y la sentencia. El límite de correlación entre delito acusado y delito condenado debe deducirse de la sanción procesal del artículo 298, inciso 3 del Código de Procedimientos Penales que expresa: *"Si se ha condenado por un delito que no fue materia de la instrucción o del Juicio oral, o que se haya omitido instruir o juzgar un delito que aparece de la denuncia, de la instrucción o de la acusación"*. Sin embargo, en líneas generales el principio de congruencia debe mantenerse desde el auto apertorio de procesamiento, los informes finales del juez y del fiscal, el auto de enjuiciamiento y la consecuente decisión que de este surja.

302 CAFFERATA, José I; *Introducción al Derecho procesal penal*, Córdoba, 1994, p. 87.

LEGALES EDICIONES

Resulta ilustrativa las palabras de Clariá Olmedo cuando comenta la identidad objetiva: "Se atrapa el hecho en su materialidad sin atender a su significación jurídica; capta el acontecimiento y no el delito; la conducta básica imputada sin atender a las circunstancias. Es intrascendente el distinto encuadramiento penal: hurto o robo, lesiones graves o leves y homicidio simple o infanticidio. Tampoco interesa el grado de participación o delictuosidad, o de desarrollo punible: autor o cómplice; tentativa y consumación"[303].

Como ha señalado la doctrina, debe mirarse al hecho como un acontecimiento real-histórico que sucede en un lugar y momento determinado, sin que la posibilidad de subsunción en distintos conceptos jurídicos afecte la regla, permitiendo una nueva persecución penal, bajo una valoración distinta de la anterior. Inclusive, se ha afirmado concretamente que a quien se lo persiguió penalmente como autor (directo, indirecto o coautor) no se lo puede volver a perseguir como cómplice, ya sea primario o secundario.

El título de imputación penal asignado al imputado no interesa a efectos de determinar una correcta identidad objetiva, ya que la calificación jurídica, si bien es un criterio que debe ajustarse a las reglas jurídico-penales, también es cierto que hay un enorme criterio subjetivo por parte del juzgador para subsumir el comportamiento humano a los tipos penales. Entonces, para amparar el principio de *ne bis in idem*, es obvio que no interesa el criterio de calificación, basta que exista una identidad de objetivos de los hechos comparados.

Esta identidad objetiva tiene que ser de carácter *sustancial* y no meramente *accidental*. Esta identidad sustancial está relacionada con el aspecto real-histórico: tal como sucedieron realmente. El concepto de hecho ha sido entendido tradicionalmente como un acontecimiento existente, concreto e históricamente sucedido, esto es, hipotéticamente afirmado como real. Para de-

303 CLARIÁ OLMEDO, Jorge A.; *Derecho Procesal Penal,* (actualizado por Jorge Vázquez Rossi) tomo I, Santa Fe, p. 74.

LEGALES EDICIONES

terminar la identidad sustancial de los hechos debe estar ajeno a toda valoración del derecho, porque si es así entremos a una identidad accidental, ya que sería especular sobre cuestiones jurídicas, ejemplo, si es cómplice o coautor. La identidad sustancial está íntimamente relacionada con la identidad personal, en el sentido que sólo puede ser idéntico objetivamente aquello que ha sido causado por la misma persona a la cual se pretende abrir un nuevo proceso penal.

### 2.3. Identidad de causa de persecución (*eadem causa petendi*)

El tercer requisito es llamado también identidad de fundamento y se refiere a un mismo objetivo final del proceso, un mismo motivo de persecución. Y aquí se han dado dos teorías que explican el motivo de persecución:

#### *2.3.1. Sobre la identidad del bien jurídico*

Una de las frases más características de nuestras legislaciones donde se evidencia la doble sanción (administrativa y penal, ya sea paralela o sucesiva) al infractor es que la sanción penal se aplica *"sin perjuicio de..."* de otras consecuencias jurídicas extra-penales. Así, la doble vía penal-administrativa sancionadora se deriva por ejemplo del artículo 314 del Código Penal que provoca problemas en función a la posibilidad de subsunción positiva de los comportamientos desvalorados (artículo 304 y 305 del Código Penal) en normas jurídicas administrativas y penales. No podría soslayar el codificador penal de 1991 a la hora de positivizar la medida suspensiva en el artículo 314, que tienen relación con un conjunto de medidas preventivas en leyes extra-penales. Así, se prescribe que la medida cautelar o la consecuencia accesoria derivada del delito se impondrán: *"... sin perjuicio de lo que pueda ordenar la autoridad en materia ambiental"*.

Asimismo, el artículo 96 de la Ley del Mercado de Valores española en relación al delito de información privilegiada tiene dicho que: *"El ejercicio de la potestad sancionadora, cla-*

LEGALES EDICIONES

*ro está, será independiente de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal. No obstante, cuando se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por cuya separación de los sancionables con arreglo a esta Ley sea racionalmente imposible, el procedimiento sancionador quedará suspendido respecto de los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial penal. Reanudado el expediente, en su caso, la resolución que se dicte deberá respetar la apreciación de los hechos que contenga dicho pronunciamiento*". Este artículo 96 de la Ley del Mercado de Valores de España admite que un mismo hecho sea castigado en la órbita penal y en la administrativa, con lo que se estaría vulnerando flagrantemente el *ne bis in idem*, esto es, constituiría una evidente infracción de este principio el que se admitiera la compatibilidad y concurrencia de sanciones por la comisión u omisión de un mismo ilícito definido en el ámbito administrativo y penal[304].

En ese sentido, el Recurso de Nulidad N° 2090-2005 Lambayeque, de fecha 7 de Junio de 2006, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, tiene dicho en el Considerando Sexto, lo siguiente que: "... *el procedimiento administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso penal conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal, como así lo reconoce también el Tribunal Constitucional en sus sentencias de fechas dieciséis de abril de dos mil tres, veinticuatro y veinticinco de noviembre y veintiocho de diciembre de dos mil cuatro, emitidas en los expedientes números veinte cincuenta - dos mil dos -AA/TC, veintiocho sesenta y ocho - dos mil cuatro - AA/TC, veintitrés veintidós - dos mil cuatro - AA/TC, treinta y uno noventa y cuatro - dos mil cuatro -HC/TC, respectivamente*".

304 Véase, también en este sentido: GÓMEZ INIESTA, Diego; "Sanciones administrativas y penales", en: *II Congreso Internacional de Derecho Penal, Consecuencias jurídicas del delito*, Lima, 1997, p. 236. REYNA ALFARO, Luis; *Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial*, Lima, 2002, p. 222.



LEGALES EDICIONES

Además también señala lo siguiente: "... *que, además, se admite la acumulación de sanciones provenientes de diferentes órdenes cuando ellas obedecen a diferente fundamento, es decir, si son bienes jurídicos distintos, si el interés jurídicamente protegido por la infracción administrativa sea distinto al de la infracción Penal, que, en este supuesto, la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa en que incurrió el funcionario por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones, la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la Administración para procesar y sancionar administrativamente al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria porque ambos ordenamientos jurídicos cumplen distintos fines o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos diferentes -posibilidad que admite el artículo doscientos cuarenta y tres de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro-*".

Según el Tribunal Constitucional peruano son hechos independientes la aplicación de una sanción administrativa y de una penal, porque, si bien hay identidad de sujeto y hecho, no hay identidad de fundamento. Ello puede significar que haya absolución penal, pero que se mantenga la sanción administrativa. Esta es la línea jurisprudencial prevaleciente en los últimos fallos del Tribunal Constitucional[305]. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional, (Expediente N° 1859-2003-AA/TC, de fecha 10 de noviembre de 2003) en el caso "Edgar Puerta Valdivia" en el punto 5 señala lo siguiente: "No evaluaremos en abstracto la constitucionalidad de la norma cuestionada, sino solamente si en el caso concreto vulnera o amenaza algún derecho fundamental. El principio *non bis in ídem*, en su vertiente material, impide imponer doble sanción cuando se presente la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. En el caso de autos, el recurrente fue sancionado en dos oportunidades: por falsificación de documentos y por insulto al superior, imponiéndosele las correspondientes sanciones.

LEGALES EDICIONES

305 Véase, en este mismo sentido: RUBIO CORREA, Marcial; *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Lima, 2005, p. 368.

### *2.3.2. Sobre la única persecución o causa estatal*

Por causa debe entenderse el fundamento inmediato del Derecho que se ejerce; es la razón de la pretensión aducida en el juicio anterior. Esto es, que no resulta suficiente la verificación de una identidad de sujeto y de hecho, sino que hace falta una identidad de pretensión (penal) ejercitada. Maier dice que esta identidad equívoca no explica, en verdad, el contenido de lo que se quiere decir[306]. Por eso, éste autor aclara que "... no se trata de establecer una identidad, por comparación, sino de reconocer excepciones a la aplicación de la regla, cuando están presentes las identidades (*eadem persona-eadem res*) requeridas por ellas. Significa lo mismo afirmar que estos casos constituyen un permiso excepcional del orden jurídico, para perseguir más de una vez, a una misma persona y por un mismo hecho"[307].

Uno de los requisitos que más dudas y confusiones ha causado es el referido a la identidad de fundamento *(eadem causa petendi*[308]*)*. Así, este requisito vendría a confirmar la

306 MAIER, "Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple *(ne bis in idem)", cit.*, p. 444.

307 MAIER, Julio; *Derecho procesal penal argentino*, tomo I, vol. B, 1989, p. 401. Este razonamiento se debe a los supuestos de "sanciones acumulativas" que existen en el terreno del Derecho administrativo sancionador (contravencional y disciplinario) y el Derecho penal material.

308 La *causa petendi* es una de las cuestionas más debatidas dentro del ámbito de identidades que debe manejarse en el *ne bis in idem*. Ahora lo que sucede con la litispendencia es que todavía no se ha materializado la potestad punitiva de Estado, todavía no hay sanción que defina la situación jurídica del imputado. Lo que existe es un proceso penal abierto en contra de una persona en forma paralela, pero nada más. La pregunta sería: ¿Hay litispendencia cuando existe un proceso penal y un proceso administrativo llevado a cabo contra la misma persona? En el Derecho penal peruano la discusión se ha cerrado en cuanto a la duplicidad de sanciones jurídicas en el ámbito penal y administrativo, optándose por la prevalencia de la primera, pero no se ha tocado el tema de los procesos que precisamente llevan al riesgo de la doble sanción jurídica. Si se ha llegado a la conclusión legislativa que tanto la sanción penal y la administrativa forman parte de una sola potestad punitiva del Estado, con mayor razón el procedimiento en ambos supuestos también deben ser considerados como una misma naturaleza punitiva. Uno los sectores jurídicos donde debe reinar una correcta coordinación legislativa (sobre todo en el ámbito de sanciones penales-administrativas) y además una coherente "re"-distribución de los campos de protección de los bienes jurídicos en juego, es en el Derecho penal económico –y de la empresa– en su concepción más amplia. De ahí que el *ne bis in idem* en su inicial aseveración "no dos veces sobre lo mismo" no puede ser considerado como un

LEGALES EDICIONES

exigencia de una misma ilicitud, más allá de la mera relación de coincidencia fáctica que pudiera darse entre las infracciones previstas en las respectivas ramas jurídicas. En efecto, la identidad de fundamento podría ser entendida como referente si la represión del hecho respondía al ejercicio del *ius puniendi* estatal, o por el contrario descansaba en una relación de sujeción especial entre sujeto y la Administración –potestad disciplinaria–.

La identidad de causa también se refiere a la identidad de *jurisdicción* de los jueces, en el sentido que ambos examinen un mismo hecho imputado con idénticos poderes-penales (*competencia material*). La *idem causa petendi* indica que las pretensiones penales ejercidas tienen que ser idénticas en su contenido y alcance jurídico-penal, esto es, iguales en su capacidad de provocar una consideración del mismo hecho que les da fundamento a ambas, bajo todos sus posibles

---

mero instrumento axiológico más, sino como una de las piezas claves en el nuevo tejido del sistema sancionador peruano.

El efecto principal del principio en estudio es, reiteremos, brindar seguridad jurídica al ciudadano de que lo ya juzgado no va a volver a serlo de nuevo, solapando la inseguridad de un posible sometimiento a un nuevo pronunciamiento de lo ya satisfecho en vía administrativa o penal. Por eso una de las soluciones sería que el órgano sancionador administrativo debe dejar paso a una previa actuación judicial-penal, de forma que concluida ésta a través de una sentencia o sobreseimiento firme, su resultado determine la prosecución y actuación de aquel. En tal sentido, resulta importante destacar por ejemplo la propuesta del profesor español DE LEÓN VILLALBA, Francisco; "La garantía del ne bis in idem y el derecho penal económico", en: *Materiales de Lectura de la Maestría en Derecho con mención en Derecho Penal*, PUCP, Semestre 2005-2, Lima, que son básicamente dos alternativas:

a) Si la decisión penal es una sentencia condenatoria queda totalmente proscrita la posibilidad de sancionar de nuevo administrativamente tal conducta y, por supuesto, la constatación de la unidad de requisitos impediría la continuación o apertura de un nuevo procedimiento;

b) Para el caso de no apreciación de ilícito penal y, por tanto, terminación mediante sentencia absolutoria o sobreseimiento libre, la única limitación a la continuación del procedimiento sancionador administrativo es que éste se substancie a partir de los hechos que el Tribunal haya considerado como probados, lógicamente, dejando a salvo de ésta segunda regla los supuestos en los que el órgano judicial declare la inexistencia del hecho que motivó la actuación jurisdiccional o quede demostrada la no participación del sujeto en el hecho, lo que lógicamente impide la continuación o iniciación del expediente sancionador administrativo.

LEGALES EDICIONES

encuadramientos penales (sea de delito de acción pública como de acción privada) por parte de los Tribunales que deben intervenir en ambos[309].

### 2.3.3. *¿Existe identidad jurídica entre las sanciones administrativas y penales? Sobre la preeminencia de la sanción del Derecho penal sobre el Derecho administrativo*

En la doctrina y la jurisprudencia no existe inconveniente alguno con relación a la aplicación del *ne bis in idem* en el ámbito del Derecho penal material y procesal. Sin embargo, uno de los puntos más conflictivos con relación al *ne bis in idem* que atañe directamente a la identidad de *causa petendi* es el que se refiere a la prohibición de aplicar a un mismo presupuesto fáctico una pena criminal y una sanción administrativa. La pregunta sería si: ¿Existe alguna "identidad" entre ambas sanciones o tiene diferente fundamento sancionatorio?, ¿Será distinta la situación cuando se produce la aplicación de una doble sanción, administrativa y penal, aun existiendo identidad de sujeto, hecho y fundamento? En primer lugar, vayamos por parte.

En virtud de ello existe unanimidad de criterio, que los principios generales del ordenamiento penal (entre ellos el *ne bis in idem*) también son de aplicación irrestricta para el campo sancionatorio extra-penal[310]. A mi entender esta situación cobra actualidad por dos motivos: en primer lugar, por la proliferación de conductas que caen dentro del rubro "Derecho penal económico y de la empresa[311]" antes tutelado prin-

309 CAFFERATA NORES; "Asociación ilícita y "non bis in idem"", *cit.*, p. 301.

310 Véase, en este sentido: BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Obras Completas,* tomo I, *Derecho Penal, Parte General,* Lima, 2004, p. 550. Este autor apunta que "Tiene también especial repercusión en el ámbito del llamado Derecho Penal administrativo, pues si bien es evidente que un mismo hecho no podría tener una pena administrativa y otra penal criminal, sin embargo, es necesario considerar el carácter de la sanción y la circunstancia del hecho al cual se refiere, lo cual puede llevar a concluir que no existe violación del *non bis in idem*".

311 En este punto del Derecho penal de la empresa, véase: MEINI, Iván; *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados,* Valencia, 2003, p. 76, quien sostiene que si bien el límite viene definido por el principio *non bis in idem,* cuestión distinta es que la sanción administrativa se aplique a la empresa, en cuyo caso

LEGALES EDICIONES

cipalmente por el Derecho administrativo (sancionador); y en segundo lugar, porque el Derecho contravencional (que en países como el Perú la contravención es sinónimo de faltas y su desarrollo es todavía "embrionario", caso contrario de lo que sucede en Alemania o en la Argentina donde existe un Código Contravencional, donde el sistema sancionatorio de éste resulta sumamente preocupante); el Derecho de medidas disciplinarias y hasta el mismo Derecho administrativo sancionador contiene dentro de sus fundamentos –poseen un Derecho material y procesal– sanciones o medidas de equivalencia "punitiva" al Derecho penal: un ejemplo palpable de esto es el concepto de *multa* penal y administrativa.

Como es sabido, el *ne bis in idem* supone, en definitiva, la prohibición de un ejercicio reiterado del *ius puniendi* del Estado, que impide castigar doblemente tanto en el ámbito de las sanciones penales como en el de las administrativas, y proscribe la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en los que adecuadamente se constate que concurre "... la identidad de sujeto, hecho y fundamento" que según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional exige este principio para ser apreciado. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera dos cosas distintas una *sanción diferente* en primera y segunda instancia administrativa que una *doble sanción* por el mismo caso. En otras palabras, si hay dos sanciones distintas en dos instancias administrativas dentro del mismo procedimiento no se incurre en violación del principio *ne bis in idem*, porque es el mismo procedimiento sancionatorio y la doble instancia está debidamente regulada.

En efecto, la identidad sustancial del principio *ne bis in idem* de las infracciones/sanciones administrativas, y las infrac-

no cabe siquiera plantear la posibilidad de vulnerar el *non bis in idem*, habida cuenta de la falta de identidad de sujetos pasivos de la infracción. Esto será frecuente –dice este autor– en los supuestos de culpa *in vigilando*. CARO CORIA, Dino Carlos; *Código Penal. Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal*, Lima, 2002, p. 60. Este autor anota que la tarea es necesaria en sectores como los delitos económicos donde es común la criminalización de simples infracciones administrativas, lo que vulnera el principio de *ne bis in idem*.

LEGALES EDICIONES

ciones/sanciones penales deben fundamentarse de manera más inmediata en el principio de proporcionalidad. Al respecto, Rodas Monsalve dice que este "...principio, que interesa a todos los sectores del derecho público, impone un límite general de actuación del Estado en el sentido de adecuar y circunscribir sus comportamientos a consideraciones racionales respecto de los fines que se buscan, de manera que si respecto de los fines preventivos del sistema punitivo son "autosuficientes" las sanciones administrativas, aplicar otra sanción sea penal o administrativa significa una "sobrereacción" del Ordenamiento Jurídico, que está infligiendo a un sujeto un "mal" sobre sus bienes mayor o descompensado con respecto al incumplimiento del mandato jurídico"[312].

Como es sabido, en los últimos años el principio del *ne bis in idem* ha sido objeto de preocupación por parte del legislador peruano por darle algún tipo de encuadramiento jurídico, sobre todo en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, que es donde dicho principio encuentra su mayor dificultad de aplicación[313].

En este punto, Zaffaroni/Alagia/Slokar entienden, en principio, que el principio procesal *ne bis in idem* y la prohibición de doble punición se hallan íntimamente vinculados, pero no coinciden en cuanto a su alcance: el primero opera aunque no haya habido punición, y el segundo también en casos en que el primero no se halla formalmente comprometido. Estos autores sostienen que "...cuando *la administración -y*

312 RODAS MONSALVE, Julio César; *Protección penal y medio ambiente*, Barcelona, 1993, p. 112.

313 Así mediante el Decreto Supremo 008-2005-PCM de 24 de Enero de 2005 se aprobó el Reglamento de la Ley de Gestión Ambiental, que en su artículo 89 establece que: *"No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena, una **sanción administrativa** por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento"*. De la misma manera la Ley 28611 de Ley General del Ambiente, publicada el 15 de Octubre de 2005, en cuyo artículo 141 inciso 1 menciona que: *"No se puede imponer sucesiva o simultáneamente más de una **sanción administrativa** por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio de que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes"*.

LEGALES EDICIONES

*a veces las personas jurídicas– imponen penas*, tratándose de coacciones que no tienen carácter reparador o restitutivo ni de coacción directa, pero que conforme a los *elementos negativos del discurso penal* no son considerados penas. Suele tratarse de multas, cesantías, exoneraciones e inhabilitaciones. Con frecuencia son más graves que las penas de la ley manifiestamente punitiva y se imponen fuera de los límites del derecho penal, por lo cual su exclusión del discurso penal abre el espacio para el ejercicio de un poder punitivo más discrecional y que, además, se suma al poder punitivo manifiesto, que no toma en consideración la privación punitiva excluida de su ámbito discursivo"[314].

Se observa que se presenta la identidad de sujeto [por ser la misma persona sancionada] y de hecho, al motivar una misma infracción una doble sanción, la primera por el hecho mismo, y la segunda por el hecho de haber sido sancionado. Sin embargo no ocurre lo mismo con la identidad de fundamento. Las sanciones impuestas, en primer lugar pretenden proteger la fe pública y el respeto de la disciplina en los institutos armados, respectivamente. El pase al retiro, consecuencia de estas sanciones, opera como una consecuencia accesoria, cuyo fundamento no es la sanción de los hechos cometidos, sino simplemente separar de la institución a quien los haya cometido, a fin de preservar el principio de disciplina constitucionalmente garantizado a la Policía Nacional del Perú. De modo general, es totalmente lícito que las entidades separen de sus filas a quienes hayan sido sancionados por infracciones penales o administrativas cuya naturaleza sea incompatible con el cargo desempeñado, sin que esto signifique aun vulneración del *ne bis in ídem*.

314 ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2002, p. 133. Además, sostienen que sería un caso de "doble punición" si se "... trata de las *personas que, por pertenecer a pueblos indígenas con cultura diferenciadas, tiene en su propio sistema de sanciones y de resolución de conflictos*. Cuando una persona haya sido sancionada conforme a la cultura indígena a la que pertenece, el Estado no puede imponerle una pena o, al menos, de computar la pena comunitaria como parte de la que pretende imponerle, pues de otro modo incurriría en doble punición".

LEGALES EDICIONES

Asimismo, Roxin sostiene que no existe una diferencia cualitativa para una precisa separación entre hechos punibles y contravenciones, sino que la diferencia es predominantemente de tipo cuantitativo, pero en algunas situaciones, dice este autor, se sería más bien hablar, no de una consideración cuantitativa, sino de una consideración mixta cualitativo-cuantitativa[315]. Estas cuestiones tienen especial relación con el principio de la accesoriedad del Derecho penal respecto del Derecho administrativo, la misma que no debe ser absoluta, de modo que el ilícito penal quedase constituido por la mera infracción de las normas administrativas, sino que entre ambos ordenamientos se da una relación de subsidiariedad relativa, ya que la previa infracción administrativa es condición necesaria pero no suficiente de la punibilidad de un comportamiento[316].

Entonces, cuando nos preguntábamos si existe alguna posibilidad de aplicar la "doble" sanción existiendo la "triple"

315 Véase: ROXIN; 1997, pp. 72 y 73. Similar: JAKOBS, Günther; *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1997, pp. 68 y 69.

316 La sanción penal exige, además, constatar un "plus" de antijuridicidad, por vía de un mayor *desvalor* de acción o de resultado, capaz de diferenciar el ilícito penal de la mera infracción administrativa. La Constitución Española (artículo 45) prevé sanciones penales, *"o en su caso administrativas"* para la protección del medio ambiente. En realidad ambos tipos de sanciones coexisten sobre la misma materia y conforman una protección global complementándose y reforzándose mutuamente: la norma administrativa regula y limita las actividades potencialmente dañinas para el medio ambiente, sancionando, como regla general, las actuaciones que violen la normativa reguladora. En cambio, la norma penal se reserva, como lógica consecuencia del principio de intervención mínima, para aquellas conductas más graves, cumpliendo una función también preventiva por la mayor eficacia derivada del más acentuado temor del presunto infractor a la sanción penal que a la administrativa. El criterio de la gravedad es el mayoritariamente aceptado hoy como distinción entre la sanción administrativa y la penal, o entre los ilícitos administrativos y los penales cuando afectan a un mismo bien jurídico. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 77 / 83, de 3 de octubre, referida a la potestad sancionadora de la administración en relación con el principio *non bis in idem*, señala cómo *"en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la administración"*, reconociendo a continuación que tal sistema no es, sin embargo, viable ni conveniente, entre otras razones *"por no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor"*.



LEGALES EDICIONES

identidad, diremos que hay quienes sostienen desde un punto de vista restrictivo, que son diferentes la búsqueda de una sanción disciplinaria-administrativa de la búsqueda de una sanción penal[317]. Creo que existe un único fundamento sancionador en esta supuesta "doble" sanción. "Si el objeto del proceso –anota Binder– la aplicación de una sanción, como respuesta del Estado a algo que ha calificado como infracción a la ley, no debe distinguirse si tal respuesta reviste el carácter de una sanción contravencional de una sanción por un delito o de una sanción disciplinaria"[318].

Habría que mencionar, pues, la publicación del 11 de Abril del 2001 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, que en su artículo 230 numeral 10 prescribe lo siguiente: "*No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento*". Así, también el nuevo Código Procesal Penal de julio del 2004 en el Título Preliminar, artículo III prescribe que "... *nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y procesales*". El Derecho penal tiene preeminencia sobre el Derecho administrativo. Por último, el Anteproyecto del Código Penal, Parte General (artículo IX) dispone que: "*Este principio rige*

317 En este sentido: BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE; 1997, p. 68. Estos autores sostienen lo siguiente: "...sin embargo es necesario considerar el carácter de la sanción y la circunstancia del hecho al cual se refiere, lo cual puede llevar a concluir que no existe violación al principio del *non bis in idem*. Así, la sanción en un sumario administrativo de dar de baja de la Administración civil a un funcionario por haber utilizado en su provecho bienes públicos, no obsta a la sanción penal de privación de libertad por malversación de caudales públicos. Por otra parte, la multa impuesta a una persona por pasar con luz roja no obsta a la pena por el hecho de haber lesionado a una persona en tal ocasión". ALCOCER POVIS, Eduardo; "Apuntes críticos a la regulación de los requisitos de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal en casos de delitos económicos y el principio del ne bis in idem en el nuevo Código procesal penal peruano", en: *El nuevo procesal penal*, Lima, 2004, pp. 56 y ss., para quien la imposición de las sanciones administrativas y penales sólo procede en los casos de "concurso real de infracciones". En esta línea: REAÑO PESCHIERA, José Leandro; *Derecho penal bursátil. El Delito de abuso de información privilegiada*, Lima, 2002, pp. 115 y ss.

318 BINDER; 1999, p. 173.

LEGALES EDICIONES

*para las sanciones penales y administrativas. El Derecho penal tiene preeminencia sobre el Derecho administrativo*"[319].

Estas normas, que de alguna manera revoluciona y soluciona todo este escabroso tema en nuestro Derecho positivo, suponen que una misma persona no puede ser sancionada, penal o administrativamente, dos veces por los mismos hechos. En este tema lo que hay que tener cuenta es que la actividad sancionadora de la Administración debe subordinarse siempre a la de los Tribunales de justicia, luego que aquélla no puede actuar mientras no lo hayan hecho éstos, es decir, "pendencia del proceso penal constituye un óbice para la simultánea tramitación de un procedimiento administrativo sancionador por los mismo hechos" (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 152/2001). Por ello se infringe el *ne bis in idem* si por la misma ilicitud se ha iniciado un proceso penal y otro administrativo, ya que el poder vinculante del Poder Judicial con relación a la administración pública así lo exige[320]. Este precepto está parcialmente implícito en el artí-

319 Sobre la frase que elaboró la Comisión Especial Revisora del Código Penal de 2004: "El Derecho Penal tiene preeminencia sobre el Derecho administrativo", según CARO CORIA, Carlos; "El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", disponible en: *unfr.ch/derechopenal/articulos/pdf/abril06/El_principio_de_ne bis_ in_ idem.pdf.*, considera que "... en la "voluntad" del pre-legislador o proyectista significaba que la autoridad penal, el Ministerio Público o el Juez, tiene la competencia exclusiva sobre la calificación penal y en el caso del Poder Judicial el poder de vincular a la administración con sus decisiones".

320 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Lima, 1997, p. 194, propone la siguiente solución: "...buscar un sistema que permita un control efectivo de los ilícitos económicos, sin renunciar al control administrativo, pero sin desproteger al mismo tiempo la vigencia del bien jurídico. Es, por ello recomendable, por un lado obligar a la autoridad administrativa a remitir lo actuado inmediatamente a la Fiscalía al verificar comisión de un hecho de trascendencia penal. Independientemente de ello el Juez debería poder iniciar un proceso penal por delitos económicos, sea de oficio, por denuncia privada o por denuncia del Fiscal, sin condicionamientos previos de carácter administrativo. Además, la imposición de una pena debería excluir la sanción administrativa (respeto del principio "ne bis in idem"). Sólo cuando por motivos de hecho no haya podido imponerse una pena, debería facultarse a la Administración a imponer una sanción". Por su lado, CARO CORIA; "El principio de ne bis in idem en la jurisprudencia del tribunal constitucional", disponible en: *unfr.ch/ derechopenal/articulos/pdf/abril06/El_principio_de_ne bis_ in_idem.pdf*, anota que "la administración debe abstenerse de intervenir o de proseguir el procedimiento sancionador cuando los hechos que investiga son susceptibles de ser calificados como delito. En

LEGALES EDICIONES

culo 139, inciso 2 de la Constitución peruana, cuando indica que: *"Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional"*.

Se quiere evitar así, no ya que se produzca una doble incriminación, sino también que "recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio, en caso de permitir la prosecución paralela o simultánea de dos procedimientos –penal y administrativo sancionador– atribuidos a autoridades de diverso orden" (Sentencia del Tribunal Constitucional Español 177/1999). Asimismo, como expresa Silva Sánchez, en los casos de *delitos especiales propios* (funcionarios públicos) el Tribunal Penal español ha establecido que si se ha tenido en cuenta para la determinación de la sanción penal la condición funcionarial del sujeto responsable, en tal supuesto (a diferencia de los delitos cometidos por funcionarios públicos en bienes jurídicos que están "fuera" de la administración pública) se entiende que la norma penal y la norma administrativa-disciplinaria protegen el mismo interés, con lo que no pueden imponerse acumulativamente[321].

Se establece, entonces, un criterio de exclusión de la sanción administrativa por jerarquía cualitativa-cuantitativa de la sanción penal. Asimismo, si a una persona natural, se le sigue un procedimiento administrativo sancionador por una determinada infracción, no es posible instaurar, por el mismo hecho, proceso penal en tanto se mantenga en curso del procedimiento administrativo-sancionador. Desde de esta perspectiva, lo que ha hecho el legislador en las respectivas normas aludidas, es acoger las ideas dominantes del Dere-

---

tales casos, la autoridad administrativa debe remitir lo actuado al Ministerio Público o a la autoridad judicial si ésta ya viene conociendo el hecho. El art. 159.5 de la Constitución establece que el ejercicio de la acción penal compete al Ministerio Público y el art. 139.2 reconoce la primacía de la jurisdicción, por lo que sólo en apariencia hace falta una regulación general que zanje a nivel legislativo a quien corresponde evaluar el carácter administrativo o penal de la infracción". CARO CORIA, Carlos; *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Lima, 1997, p. 126.

321 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; "Observaciones sobre la relación entre Derecho constitucional y Derecho penal en España", en: *¿Más Derecho?*, número 2, Diciembre, 2001, Buenos Aires, p. 177.

cho comparado (doctrina y jurisprudencia), que siguen el paradigma de la unificación. Según este paradigma, entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador no hay diferencias cualitativas sino identidad sustancial: es decir, identidad entre el ilícito administrativo y el ilícito penal[322]. Además que tanto el poder sancionador penal como el administrativo son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado[323]; a partir de la vigencia del principio de la *unidad del derecho sancionador* que es un principio casi universalmente reconocido[324]. Ello ha permitido que el poder

322 SUAY HERNÁNDEZ, Celia; "Los delitos contra la salubridad y seguridad del consumo en el marco de las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 7 / 8, Lima, 1999, p. 919.

323 Véase, SAN MARTÍN CASTRO, César; en: San Martín Castro/ Caro Coria/ ReañoPeschiera; *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, 2002, p. 376, quien establece "...que un mismo bien jurídico puede ser protegido con técnicas administrativas o penales; esta unidad sustancial del ordenamiento punitivo del Estado (entre ilícito administrativo y penal, y entre sanción administrativa y penal, que son manifestaciones del *ius puniendi* estatal), reconoce empero que existe una subordinación de los actos administrativos al de imposición de sanciones a la autoridad judicial penal en una perspectiva procesal (...), de suerte que en caso de colisión ésta se resuelva a favor de la jurisdicción penal". Asimismo: REYNA ALFARO, Luis; Miguel; "Derecho penal económico, Derecho administrativo sancionador y la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General", en: *Actualidad Jurídica*, tomo 93, agosto, 2001, p. 45, sostiene que: "El principio *"non bis in idem"* administrativo antes descrito, deja sin desarrollar los pasos que debe seguir la administración frente a la existencia de causas idénticas; no obstante, es evidente que será siempre la administración la que debe ceder frente a la intervención punitiva estatal". BORINSKY; "Principio "non bis in idem". Concurrencia de consecuencias jurídico penales. Concurrencia de sanciones administrativas y penales. El análisis en el campo de los delitos económicos", disponible en: eldia.com/dc5c4.

324 VIVES ANTÓN, Tomás S.; "Ne bis in idem procesal", en: *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, CGPJ, Madrid, 1992, p. 18. MEINI; 2003, pp. 79 y 80, aunque señala más adelante (p. 89) que no se puede concebir un traspaso "en bloque" de todos los principios y garantías que inspiran al Derecho penal al Derecho administrativo sancionador, puesto que ello significaría, por un lado, negar la posibilidad de que éste último alcanzará sus objetivos al condicionar su ejercicio a formalidades y garantías que le son incompatibles y, por otro lado, y a modo de complemento de lo anterior, que no habrían diferencias entre uno y otro. De igual manera: DE LEÓN VILLALBA, Francisco; "La garantía del *ne bis in idem* y el derecho penal económico", en: *Materiales de Lectura de la Maestría en Derecho con mención en Derecho Penal*, PUCP, Semestre 2005-2, Lima, sostiene que: "..la concepción unitaria del *ius puniendi* impide una dualidad sancionadora, puesto que de lo contrario se estaría ejerciendo dicha potestad de

LEGALES EDICIONES

sancionador de la Administración, progresivamente se venga adecuando a los mismos límites de la intervención penal, como el principio de legalidad o el *ne bis in idem*[325].

forma reiterada. Esto, en la práctica histórica, se ha traducido unidireccionalmente en la prohibición de realizar un doble procedimiento como única vía de evitar esta duplicidad, puesto que se carecía de una construcción del ilícito que permitiera establecer la gravedad del daño y la consecuente proporción en la respuesta sancionadora. En la actualidad, la estructura del ilícito posibilita la valoración de la antijuricidad y culpabilidad del hecho, lo que permite aportar elementos de juicio suficientes para, sobre la misma idea de justicia, establecer sanciones adaptadas al caso concreto y regular los límites de las consecuencias aflictivas en aquellos supuestos en los que se ha llegado a producir la duplicidad de procedimientos sancionadores".

329 CARO CORIA, Carlos; *Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Lima, 1997, p. 124.

LEGALES EDICIONES

CAPÍTULO 6

# EL RAZONAMIENTO JUDICIAL A TRAVÉS DE CASOS PENALES

*"Una cosa no es justa por el hecho de ser Ley. Ha de ser Ley porque es justa."*

*"Las leyes nacen por las necesidades de la Sociedad, viven para cumplirse e infringirse, y mueren por la ignorancia y el olvido de las personas."*

## I. LA CUESTIÓN FÁCTICA COMO PUNTO INICIAL PARA UNA ADECUADA ARGUMENTACIÓN EN SENTIDO PENAL

En países donde se sigue el sistema jurídico del *Common Law* (EE.UU. e Inglaterra principalmente) donde la prevalencia del Magistrado, es un Derecho de «casos», en la cual la estructura judicial muy fuerte y jerarquizada, las decisiones judiciales son una fuente primaria del Derecho; se trata en realidad de una concepción del Derecho como producto inacabado[1]; en dichos

1 Sobre el tema de la calificación jurídica del Juez un importante estudio de la Comisión Andina de Juristas ha señalado que al abordar el tema de *empowerment* o empoderamiento del juez, es necesario asumir lo siguiente:

a) Que el Derecho Romano Germánico es legalista y el juez es un relator del derecho, aplica la norma en el caso concreto. Su sagacidad es esa, la de conocer la norma aplicable, esto es, ubicar la norma en el sistema jurídico y saber vincularla e interpretarla de acuerdo a las diversas técnicas y en clara concordancia con las demás. El **Juez Latino** que no lo hace, comete una falta grave. A ese juez solo se le puede exigir saber qué la ley aplicable existe, donde encontrarla y como puede asociarla a otras especialmente a la Constitución. El modelo romano germánico se agota en el caso concreto y carece de una visión integradora del Derecho. Todo está en el expediente y los Códigos.

b) Por su parte, al **Juez del *Common Law*** se le exige conocer el precedente casuístico, pero sobre todo razonar juridicialmente, siendo la ley apenas una herramienta aplicable. En sustancia, el Derecho anglosajón tiene raíz *jus naturalista*, persigue la justicia y hace de la razón el principal instrumento de búsqueda. El derecho latino, tiene una

LEGALES EDICIONES

países la teoría del delito, o los sistemas de imputación penal escalonado (véase, la teoría de las normas de Binding[2], la Teoría monista de los imperativos, o la Teoría Pura del Derecho de Kelsen[3]), no tienen la misma preponderancia de aquellos países donde se sigue el sistema de "casos" del *Common Law*.

Pero de algo así pueden estar de acuerdo ambos sistemas jurídicos, en el sentido que existe un elemento común que debe ser materia de análisis: "el hecho", en tanto fenómeno exterior al hombre, existe o no en la realidad extraprocesal con independencia no sólo del resultado de la prueba[4], sino también así el

---

raíz positiva, la "cultura escritural" que lo nutre, hace del juez un buen lector e intérprete. El Juez Norteamericano, por su parte, tiene la potestad de observar los efectos que el caso tiene en otros distintos. La corta visión del sistema legalista restringe la Justicia a un espacio menor haciendo posible que el juez cometa injusticias en sus fallos. No existe una tendencia a la sistemática judicial, a ningún juzgador le interesa lo que algún colega resolvió en un caso similar. La cultura del papel lo forzaría a visitar los archivos y a desempolvar las causas para su examen.

Por todo ello, acaso ¿No existirá ya un *Common law* en el sistema jurídico del Perú? y acaso los Jueces no estaremos yendo hacia ese sendero de manera inconsciente.

2 Básicamente para BINDING la norma "ordena o prohíbe" una acción o conducta (está prohibido matar, lesionar, robar, etc.). Por otro lado la ley describe esa conducta o acción que en definitiva viola la norma y establece una pena (sanción) para el autor. El autor cuando desarrolla la conducta en realidad lo que hace es cumplir con la ley. Ejemplo: "Se aplicará reclusión o prisión de 8 a 25 años al que matare a otro...". La ley no dice "está prohibido matar", simplemente señala que a quien matare (persona que desarrolla esa conducta) se le impondrá –luego de un análisis sistemático– determinada sanción (prisión o reclusión).

3 Para este autor, en oposición a BINDING, todas las normas jurídicas poseen una estructura idéntica. Básicamente impone al ciudadano un deber u obligación y luego una amenaza de sanción ante la posibilidad o eventualidad de un incumplimiento.

4 En ese sentido, todo esfuerzo probatorio se dirige a que el juez obtenga el convencimiento de que tales afirmaciones coinciden con la realidad. Sin perjuicio de lo anterior, hay que decir que dicha convicción judicial sobre la exactitud de las afirmaciones no conlleva necesariamente a la determinación de la existencia de los hechos respecto de los cuales se han realizado tales afirmaciones. Por lo tanto, la prueba procesal no es equiparable a un proceso de demostración de la existencia o inexistencia de un hecho, sino aspira sólo a persuadir al juez sobre la exactitud de las afirmaciones (incluyendo a las negaciones que son afirmaciones encubiertas) hechas por las partes.

Las pruebas, para ser considerados como tales, primero tienen que ser válidamente incorporadas a un proceso penal, luego de esto, las pruebas que pueden ameritar la destrucción del derecho (constitucional) del estado de inocencia, serán aquellas que pueden causar convicción en el Juzgador en la medida que hayan sido sometidos a determinados

LEGALES EDICIONES

hombre sea consciente de ello o no. Y el hecho encuentra en el campo del Derecho –y en el Derecho penal y procesal penal– especial interes, porque es a través del hecho en el que se encuentra una garantía infranqueable que tiene el imputado de cara a afrontar un proceso penal.

En el mundo del Derecho, sobre todo en el mundo procesal-adjetivo, la tarea principal es el de recrear, a través de los medios legales, todos y cada uno de los acontecimientos que efectivamente sucedieron antes de la presentación formal del caso ante los Tribunales Judiciales, y en esa tarea están las partes procesales involucradas para crear una real convicción en el Juzgador, que efectivamente sucedió así, y poder así resolver el caso planteado. *En tal sentido, desde nuestro punto vista, la argumentación jurídica (en sentido jurídico-penal) se trata precisamente de motivar una decisión por parte del Magistrado, en cual se plasme la ubicación exacta o aproximativamente en tiempo y en espacio, de todas aquellas conductas –ya sean individuales o colectivas– que sirvieron o colaboraron para la comisión u omisión de algún evento delictivo, y que por eso, una determinada comisión merece una sanción jurídico-penal.*

El *hecho* para la cuestión jurídico-penal tiene una doble relevancia: por un lado, desde el punto de vista del *Derecho procesal penal*, resulta necesaria su adecuada delimitación, así por ejemplo, cuando el órgano de persecución penal (Ministerio Público) no sólo asigne desde el inicio del proceso penal una calificación jurídica al imputado/procesado, sino que también ubique un marco fáctico-circunstancial de imputación, la misma que tiene

---

principios de corte garantista como el de **oralidad, de contradicción y el de inmediación,** es decir aquellas que han sido validadas y ratificadas a nivel de la instancia jurisdiccional. Por el contrario, si el material acreditativo no han sido sometido a dichos principios, por más que existan en el expediente, sólo quedarán a nivel de "actos de investigación", que servirán para la existencia y sostenimiento de indicios, de hipótesis y de posibilidades sobre la imputación penal en instancias iniciales del proceso penal y para determinadas medidas cauterales; sin embargo, no podrán causar verdadera certeza en el Juzgador sobre la comisión del hecho punible y de la vinculación de responsabilidad penal en contra del acusado. En efecto, una sentencia judicial en materia penal, sólo puede ser motivada racionalmente sobre la base de las "pruebas" que han sido sometidos y examinadas a los principios mencionados, vale decir, el de contradicción, inmediación y la oralidad.



LEGALES EDICIONES

que ser coherente y sobre todo uniforme a lo largo de todo el proceso penal. Como dicen los procesalistas: el hecho circunstanciado tiene que ser el mismo, no así la calificación jurídica que puede variar a lo largo del proceso.

Así, la descripción de los hechos constituye por ejemplo un elemento esencial de la acusación. Al respecto San Martín Castro señala que "*si la acusación fiscal omite pronunciarse por los hechos y delitos objeto de un auto ampliatorio de instrucción, situación no advertida por el Tribunal, todo lo actuado con posterioridad a la acusación es nulo*"[5]. En esta misma lógica la calificación del hecho en el proceso conlleva la determinación (a partir del hecho) del tema que será materia de probanza y la subsunción del hecho en un tipo penal. *La acusación en suma, debe ser precisa y clara, en lo que respecta a la descripción del hecho que se considera constitutivo de delito y la norma penal aplicable*[6]. En este mismo sentido, tal función también debe ser asignada al Auto de Enjuiciamiento[7] –de obligatorio acatamiento en aras de un correcto desarrollo del Juicio Oral–.

En otras palabras, la inmutabilidad del hecho, como garantía fundamental cobra especial relevancia sólo en aquellos Estados Democráticos de corte Constitucional, que respetan el principio de imputación necesaria, en el sentido que el hecho, como fenómeno cultural, es único y debe fijarse desde la primera Dis-

5 SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal,* segunda edición, Tomo I, Editora Jurídica Grijley, 2003, p. 625.

6 SAN MARTÍN CASTRO; p. 625.

7 La jurisprudencia respecto del **auto de enjuiciamiento señala que cumple la Función de Control de la Acusación Fiscal,** y en tal virtud invocamos la decisión recaída en el R.N. N° 3305-99, de la Sala Penal - Callao que indica: *"El auto de enjuiciamiento es el acto procesal fundamental para la fase de juzgamiento y sentencia en un proceso penal ordinario, y como tal debe cumplir como mínimo las funciones de control de la acusación fiscal respecto de los delitos encausados y agraviados que fueron materia de la denuncia fiscal, del auto de apertura de instrucción y sus ampliatorias; que, asimismo, debe cumplir la función programática de juzgamiento para garantizar la eficiencia en el resultado del proceso, para de esta manera evitar causales de nulidad, por lo que el Vocal ponente de dicho auto, debe estudiar íntegramente lo instruido desde la denuncia fiscal hasta la acusación del Fiscal Superior",* publicada en *Jurisprudencia Penal, Ejecutorias Penales de la Corte Suprema de Justicia 1997 - 2001.* (CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner / VALLADOLID ZETA, Víctor; Jurista Editores, 2002, p. 304).

LEGALES EDICIONES

posición Fiscal de imputación penal, hasta la posible Acusación Fiscal y que marcará el derrotero de la posible sentencia; y si durante el proceso de investigación preparatoria existiese "nuevos" hechos, éstos deben adherirse a través de los mecanismos que prevé la Ley.

Sin embargo, como se sabe, la fijación del hecho puede sufrir modificaciones o mutaciones durante la tramitación de un proceso penal, y éstas se pueden resumir en tres motivos puntuales: en primer lugar, ***mutación por exceso en el hecho***; en segundo lugar, ***mutación por sustitución en el hecho***, y en tercer lugar, ***mutación por disminución en el hecho***. En cualquiera de las circunstancias señaladas lo que sí correspondería realizar al Órgano Jurisdiccional es que las partes procesales (Defensa técnica y Ministerio Público) estén debidamente notificadas, y que obviamente exista un debate en relación a las mutaciones existentes, para así evitar vulneraciones al debido proceso.

Por otro lado, desde el punto de vista del *Derecho penal*, el hecho cobra relevancia por el proceso de tipificación que se trata de una técnica que realiza el Juzgador, sobre la base de dos cuestiones puntuales: a) de un material fáctico-circunstancial fijado previamente en las Disposiciones Fiscales y con respecto del derecho de defensa, y b) obviamente sustentado en actos de investigación o pruebas. Todo delito y la condena del mismo tienen un sustento fáctico expresado en una Sentencia.

Ahora bien, existen delitos que por su simplicidad en los actos de preparación/ejecución/consumación *–iter criminis* externo– no se necesita de mucho esfuerzo de cara a la correcta determinación del hecho circunstanciado por ej. Homicidio, hurto, robo, etc., ***aquí el hecho objeto de tipificación y el hecho objeto del proceso no sufren demasiada transformación;*** empero, existen otro grupo de delitos donde la determinación del hecho circunstanciado resulta de vital importancia por su enorme complejidad, como por ejemplo, el caso del delito de lavado de activos, donde el "hecho" tiene una importancia por partida doble:

- ***El hecho circunstanciado objeto de tipificación***: aquí se trata de determinar el hecho o los hechos del delito precedente o

LEGALES EDICIONES

los delitos precedentes (por ej. cohecho, defraudación tributaria, delitos patrimoniales, etc.), y por el otro lado, también habrá que determinar el hecho o los hechos de los actos de convertibilidad/transformación/tenencia/ocultamiento, que son objeto del delito de lavado. Aquí, cobra especial atención los procedimientos de tipificación penal, es decir, éste proceso técnico sólo será válido en la medida que corresponda a un hecho concreto.

- *El hecho circunstanciado objeto del proceso*, tiene que necesariamente observar todos y cada uno de los hechos –no la calificación jurídica– que fueron precedentemente fijados en el proceso anterior; y luego que el órgano de persecución penal debe respetar la fijación del hecho en el proceso de lavado de activos, desde el inicio hasta el Juzgamiento.

Y lo relevante está en que el estudio de la argumentación no sólo tendrá en cuenta lo concerniente a la cuestión obviamente jurídica de caso (que en el Derecho penal material será la teoría del delito), sino que también ubicará su estudio en el aspecto fáctico de los hechos. Y como es sabido, la tradicional y clásica teoría del delito del Siglo XIX y XX, de Europa continental, poco o nada se ha interesado del aspecto fáctico del delito, donde a mi juicio, radica la esencia y germinación de toda estructura actual de la imputación penal, pues entendían equívocamente que todo aspecto fáctico era un aspecto extraño a las consideraciones y valoraciones jurídicas de la imputación penal, y que su estudio estaba más bien reservado para el ámbito procesal (penal): el objeto del proceso son los hechos, y lo más risible es que una de las finalidades del proceso penal es la búsqueda de la verdad material de los hechos, y que aquella verdad estaba vinculada a saber qué exactamente pasó el día de los hechos, y ello se obtiene a través de las llamadas Ciencias de la criminalística y de las pesquisas.

Obviamente que la frase "búsqueda de la verdad"[8], como tarea a realizar, está ligada, inicialmente, a las ciencias de las pes-

8 ¿Qué tipo de verdad es la que le interesa al proceso penal? Si tiene como objetivo llegar a una "verdad histórica", entonces, el proceso penal –a través de los medios probatorios utilizables– intentará alcanzar aquello que verdaderamente aconteció históricamente.

quisas, pertenecientes a las Ciencias Procesales; empero, habrá que diferenciar nítidamente dos cuestiones en el aspecto fáctico para su correcto tratamiento en el ámbito del Derecho: en primer lugar, la cuestión fáctica como *concepto teórico para estructurar adecuadamente una imputación penal*; y en segundo lugar, entender a la cuestión fáctica como *concepto operativo-material, que es el concepto tradicional,* la misma que se circunscribirá a estudiar todos aquellos acontecimientos para comenzar a desmenuzar luego, la cuestión jurídica de la imputación penal, de acuerdo a la postura que se adopte (finalista, funcionalista, neokantiana, etc.). Y cuando decimos que la cuestión fáctica dentro

---

Lógicamente todos aquellos peligros que obstaculicen el objetivo procesal de alcanzar la verdad histórica tendrán que ser neutralizados a través de la prisión preventiva, y evidentemente serán considerados peligro de obstaculización a la verdad todas las conductas –del imputado– que impidan llegar a la verdad histórica. Por el contrario, si un proceso penal tiene como objetivo la realización solamente de una "verdad jurídica", "forense", o "procesal" como objetivo para la finalización del proceso penal, entonces, bastará como alcanzar aquello que el derecho procesal considerará como verdadero, de acuerdo a límites y prohibiciones constitucionales. En tal sentido, los peligros para obstaculizar este objetivo se ven disminuidos con relación a la anterior, pues, solamente el peligro representará aquello que esté acorde con la actividad probatoria legalmente establecida. Por último, si un proceso penal tienen como objetivo la "verdad consensual" es porque al Estado ya no le interesa establecer la verdad –ni histórica ni jurídica– sino solucionar el conflicto existente.

Resulta evidente que la paulatina incorporación de "verdades consensuadas" (como por ejemplo, terminaciones anticipadas del proceso, principio de oportunidad, etc.) como finalización de proceso penal va llevando a un abismo sin salida al peligro de obstaculización de la verdad y por ende, como sustento a la prisión preventiva. Mientras más terminaciones anticipadas a la sentencia exista en el proceso penal, es porque al Estado no le interesa la búsqueda de la verdad histórica ni tampoco la verdad jurídica. Solo le interesa solucionar el conflicto provocado por el delito entre los verdaderos protagonistas: autor y víctima. Le interesa crear "justicia", no reconstruir las circunstancias pasadas que originaron el delito, y así satisfacer la ley penal sustantiva. Por consiguiente, quizá sin proponerlo, cuando la política procesal del Estado tiene como objetivo introducir "verdades consensuadas" que son objetivos lícitos que tienen que ver, como hemos dicho, con el sentido de justicia, pero que le resta fundamentación a ciertas instituciones procesales "nucleares" como la prisión preventiva ya que el peligro de obstaculizar para la búsqueda de la verdad se ven seriamente reducidas.

La verdad consensual no es incompatible con el proceso penal del Estado de Derecho, ya que éste precisamente busca limitar los abusos de quien lleva la parte más fuerte en la relación jurídica procesal: el Estado. Mientras se debilite los fundamentos para el dictado de la prisión preventiva –como el peligro de obstaculización– se estará más cerca de los postulados del Estado de Derecho.

LEGALES EDICIONES

del delito, es el inicio, decimos en otras palabras, que los operadores concretos de la persecución penal (Policía, Fiscalía, etc.).

Y la cuestión fáctica resulta sumamente relevante porque su estudio resulta ser desconocido por los Magistrados, y porque se parte de la idea de que las cuestiones jurídicas del delito –subsunción, reglas de interpretación, etc.– es algo que deberían conocer todos los magistrados. En este punto, por ejemplo, Manuel Atienza[9], afirma que en la práctica los problemas que dan lugar a la argumentación tienen más relación con los hechos que con las normas; y en segundo término, porque se parte de la premisa de que los jueces conocen suficientemente el ordenamiento jurídico (por su formación y experiencia), pero su conocimiento sobre los hechos está, en la práctica, limitado a la información suministrada por las partes.

En acápite no pretendemos realizar una exposición completa y detallada sobre la argumentación jurídica y su influencia que tiene (actualmente) en el Derecho (sobre todo procesal) penal latinoamericano, entre los dos autores más representativos que existe en nuestro medio, como es el Prof. Manuel Atienza y el Prof. Perfecto Andrés Ibáñez, especialmente sobre su aporte en la argumentación de los hechos en materia penal[10].

La idea es que los hechos del Derecho penal y los hechos del Derecho procesal penal, van por caminos separados, y la pre-

9 ATIENZA, Manuel; *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, p. 34

10 En efecto, la tesis de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ sobre la motivación de los hechos en la sentencia penal, entiende que la reconstrucción judicial de los hechos; por cuanto hace a la reconstrucción judicial de los hechos, ANDRÉS IBÁÑEZ esboza dos modelos de referencia: el juez historiador y el juez detective. Por su parte, ATIENZA estima que una de las insuficiencias más notables de las teorías de la argumentación jurídica es la escasa o nula atención que prestan a la argumentación en materia de hechos, carencia que es particularmente grave en el derecho penal. Argumentar en el ámbito del derecho penal es argumentar sobre los hechos, aunque se trate de hechos calificados o vistos a través de normas. Según ATIENZA; "Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a la tesis de Perfecto Andrés Ibáñez" en Cuestiones Judiciales, Colección Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Ed. Fontamara, México, D. F., 2004, p. 25, la cuestión de la motivación de los hechos no ha constituido un foco de interés para los procesalistas; a ello ha contribuido tanto la exclusión legal del control de los hechos por vía de casación, como una práctica judicial que ha reducido al mínimo la obligación de motivación.

LEGALES EDICIONES

gunta sería: Si en algún momento deberían unirse; los hechos del Derecho penal que sólo ha tenido en cuenta cuando se analiza la acción, cuando hacen la comparación los autores de Derecho penal, Parte General –interesante por interesante– entre "acción" y "hecho", en el primer eslabón de la teoría general del delito; así, por ejemplo, que la acción está gobernado por voluntad del hombre (de ahí que se llame "acción humana"), y que son las únicas que son relevantes para el Derecho penal; mientras que el hecho es un fenómeno que no tiene gobierno la voluntad del hombre (de ahí que se llame "hecho dominado por la naturaleza": un aluvión que causa daños a la propiedad privada); y que definitivamente no puede servir para imputar responsabilidad penal al hombre.

Tradicionalmente, el concepto de hecho, en realidad, *es un concepto de carácter negativo para el Derecho penal sustantivo, que sirve para destacar la responsabilidad de las personas involucradas en la comisión de un delito*[11]*; cuando en realidad el concepto de hecho, debe ser entendido bajo un concepto positivo, que amalgame y dé sentido a toda la imputación penal, que sea el inicio y el final de una condena o absolución si fuera el caso.*

## II. SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES COMO PASO PREVIO A UNA ADECUADA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La motivación de las resoluciones garantiza la racionalidad y logicidad, certeza y precisión, juridicidad y legalidad, de las de-

11 El grado de involucramiento tiene que ver con todas aquellas circunstancias que rodean el evento delictivo en relación al imputado/procesado. En efecto, tiene que ver con el espacio físico, con el tiempo, el lugar donde se encontraba el sujeto activo al momento de producirse el **hecho materia de investigación**. Solo esto se verifica luego de un lapso de tiempo, transcurrido desde el inicio formal del procesamiento penal hasta, obviamente antes de la sentencia final. Se obtiene a través de la obtención de los medios de investigación y mejor aún en la actuación de los medios de pruebas. Existen dos grados de involucramiento indiciarios: en primer lugar, un *involucramiento máximo*, cuando el imputado está rodeado por todas aquellas circunstancias de tiempo, lugar, con relación al hecho delictivo; en segundo lugar, existe un *involucramiento mínimo*, en el cual el imputado, luego de las pruebas aportadas, no está vinculado con los hechos materia de investigación, o en todo caso, existen serios cuestionamientos que hacen posible que se obtenga una variación en su situación jurídica.



LEGALES EDICIONES

cisiones judiciales, y así conocer los alcances de las mismas, que permitan cuestionarlas intra-proceso por los medios que franquea la ley y extra proceso por las vías tuitivas extraordinarias o constitucionales[12]. La claridad en la exposición de la motivación, constituye un presupuesto que viabiliza el ejercicio, por ejemplo, del derecho a impugnar de las partes, pues únicamente exponiendo el juicio de razonabilidad que ha sustentado la decisión judicial, las partes podrán identificar un eventual agravio que comprometa sus derechos y los faculte a impugnar oportunamente.

Responde el principio de motivación al principio de la publicidad y se concretiza en una declaración de certeza dentro del marco de un debido proceso legal, en la que el justiciable tiene el derecho de reclamarle al Estado una tutela judicial efectiva. De ahí que los fallos judiciales, con excepción de las de mero trámite, tienen que ser motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan, pudiendo estos reproducirse en todo o en parte sólo en segunda instancia al absolver el grado. La resolución escrita de las resoluciones judiciales permite el control público para soslayar la deformación o arbitrariedad de la decisión jurisdiccional. Es lógico que para ello se requiere de una justicia profesional especializada, que va a permitir el cumplimiento de tan delicada labor en la administración de justicia.[13]

---

12 La potestad jurisdiccional supone el ejercicio de un poder, en concreto del poder de juzgar y ejecutar lo juzgado poniendo fin a las controversias existentes entre los litigantes. Pues bien, todo ejercicio de poder en un Estado de Derecho debe ser ejercitado de manera racional y legítima, lo que supone interdicción de la arbitrariedad. De ahí que la función de la motivación sea garantizar el ejercicio racional de la potestad jurisdiccional, y para ello "da a conocer las reflexiones que conducen a la parte dispositiva y pone manifiesto, sin duda, la racionalidad en el ejercicio del poder, pero a su vez facilita su control de defensa en juicio y actúa como elemento preventivo de la arbitrariedad" (ATC 73/1996; FJ 2°). La consecuencia directa de un ejercicio racional de la potestad jurisdiccional es la mayor previsibilidad de las decisiones judiciales, lo que a su vez produce un aumento de la seguridad jurídica, porque las partes y los tribunales *ad quem* pueden conocer las reflexiones que han conducido al juez al fallo y quedan convencidos sobre la justicia y corrección de la decisión adoptada. (COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio; *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, p. 146).

13 ROSAS YATACO, Jorge; *Derecho Procesal Penal*, Lima, 2005, pp. 75 y 76.

LEGALES EDICIONES

La debida motivación debe estar presente en toda resolución que se emita en un proceso judicial, con las garantías provenientes de un proceso del Estado de Derecho. Este derecho (constitucional) implica que cualquier decisión (ya sea un juzgador o un fiscal) cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios (o los justiciables), a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho. En tal sentido, el derecho a la motivación es un presupuesto fundamental para el adecuado ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva[14]. Por ello, aquí no está en discusión si una resolución judicial o fiscal debe estar o no motivada, que de hecho lo debe estar; al respecto existe una abundante normatividad[15].

---

14 Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de octubre de 2005, Exp. N° 6712-2005-HC/TC, en el caso "Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana".

15 Así, la Constitución Política del Perú de 1979 ya lo contenía en el artículo 233, inciso 4, en los siguientes términos: *"La motivación escrita de las resoluciones, en todas las instancias, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos en que se sustentan"*. La actual Constitución Política del Perú (art. 139, numero 5) señala que: *"La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y los fundamentos de hecho en que se sustentan"*. Este deber funcional de motivar las resoluciones judiciales se encuentra positivizado además en la Ley Orgánica del Poder Judicial, mediante la cual se ha desarrollado el contenido del derecho de los justiciables a obtener una resolución motivada: ***Artículo 12. Motivación de Resoluciones. Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan.*** *Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelve el grado, en cuyo caso, la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente.* La Ley General de Procedimientos Administrativos, en el Artículo 6 expresa sobre la Motivación del acto administrativo: *"6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado. 6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. 6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas*

LEGALES EDICIONES

Como ha expuesto el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 06712-2005-PHC (fundamento 10), en relación al contenido del artículo 139.5 de la Constitución, toda resolución que emita una instancia jurisdiccional (mandato que no se restringe a los órganos del Poder Judicial, sino también a toda entidad que resuelva conflictos, incluido el Tribunal Constitucional) debe estar debidamente motivada. Ello significa que debe quedar plenamente establecida, a través de sus considerandos, la *ratio decidendi* por la que se llega a tal o cual conclusión[16]. La exigencia de que las decisiones judiciales y también fiscales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139 de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables[17].

---

*fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto".*

16 La Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 21 de agosto 2006, Exp. N° 07030-2005-PHC/TC, en el caso «Raúl Marden Contreras Ramírez» en el punto 2. En otra sentencia del Tribunal Constitucional ha sostenido la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas. Así el órgano encargado del control de la Constitución el caso "Ladislao Ramos Reques", Exp. N° 1974-2004-HC/TC, sostiene (fundamento N° 4) lo siguiente: "La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con lo prescrito por la Constitución y las normas legales pertinentes y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. En la sentencia recaída en el Exp. N° 1230-2002-HC/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo, en su Fundamento N° 11, que la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas garantiza que los jueces, sean de la instancia que sean, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también tiene como finalidad facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables".

17 La Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 14 de Noviembre de 2005, Exp. N° 8125-2005-PHC/TC, en el caso "Jeffrey Immelt", en el punto 11. Que, asimismo el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 1230-2002-HC/TC ha establecido que *"uno de los contenidos del derecho del debido proceso es el derecho a*

LEGALES EDICIONES

La garantía de la motivación de las resoluciones contiene plasmado un determinado juicio lógico-jurídico, siendo que éste debe ser expuesto en la parte considerativa de la resolución de manera clara y precisa, de esa forma las partes pueden conocer de manera cierta los argumentos sobre la base de los cuales el Juzgador o el Fiscal ha creado conciencia para resolver un determinado pedido. Cabe precisar aquí que motivación y fundamentación jurídica no son conceptos sinónimos, aunque están íntimamente relacionados. Una resolución puede estar fundada en Derecho y no ser razonada o motivada, se puede citar muchas disposiciones pero no explicar el enlace, la conexión de esas normas con la realidad que se está juzgando. Asimismo, una resolución puede ser razonada y motivada, pero no estar fundada en Derecho[18].

El llamado control de logicidad es aquel que efectúa un Tribunal Superior para conocer si el razonamiento que realizaron los jueces inferiores es formalmente correcto desde el punto de vista lógico. Esto significa que a través de dicho examen, se controla el cumplimiento de las reglas del pensar, es decir, se controlan los errores "*in cogitando*". Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45 y 138 de la Constitución). Son fines de la motivación de las resoluciones:

a) Que el Juzgador ponga de manifiesto las razones de su decisión, por el legítimo interés del justiciable y de la Comunidad en conocerlas[19];

---

*obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de proceso. La exigencia de que las alegaciones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Norma Fundamental garantiza que los jueces cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso penal que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables".*

18 CHAMORRO BERNAL, Francisco; *La Tutela Judicial Efectiva*, Barcelona, 1994, p. 206.

19 La exteriorización de la secuencia racional adoptada por los jueces para la determinación del hecho y la aplicación del derecho, nos permite constatar la corrección de dichas operaciones, materializadas en dos inferencias, la primera inductiva (determinación del hecho) y la segunda deductiva (subsunción jurídica). En la primera se refleja el soporte

LEGALES EDICIONES

b) Que se pueda comprobar que la decisión adoptada responde a una determinada interpretación y aplicación del Derecho[20];

c) Que las partes, tengan la información necesaria para recurrir, en su caso, la decisión, es decir, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa[21].

---

racional de la valoración de la prueba y la concordancia de dicha valoración con el hecho determinado en consecuencia. Por la segunda se aprecia si la norma sustantiva que se dice aplicable ha sido interpretada en forma correcta, así como si dicha norma ha sido bien aplicada en el caso al hecho determinado.

20 Para determinar adecuadamente los requisitos que la motivación debe reunir no se debe olvidar que la decisión judicial es, ante todo, una decisión jurídica. Es, por tanto, una decisión fundada en Derecho, fruto del ejercicio de la libertad de elección que el ordenamiento concede al juez para encontrar una solución al conflicto que está en concordancia con el derecho válido; de ahí que se pueda exigir que el juzgador justifique la racionalidad y razonabilidad de su decisión. En el sobreentendido que dicha racionalidad ha de ser jurídica, lo que significa que la decisión y su correspondiente justificación deben ser concordes con el derecho válido y vigente. (COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio; *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, p. 158).

21 Sentencia del Tribunal Constitucional en Lima, a los 2 días del mes de octubre de 2006, Exp. N° 5030-2005-PHC/TC, en el caso "Ricardo Alfonso Bracamonte Méndez". Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 14 de noviembre de 2005, Exp. N° 8125-2005-PHC/TC, "Jeffrey Immelt", en el punto 10. Asimismo, mediante sentencia emitida el 29 de agosto de 2006, recaída en el Exp. N° 7222-2005-PHC/TC, el Tribunal Constitucional estableció que: "(...) La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho fundamental de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículo 138 de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. El Tribunal Constitucional ha sostenido (Exp. N° 1230-2002-HC/TC, FJ 11) que dicho derecho no garantiza una determinada extensión de la motivación; que se tenga que pronunciarse expresamente sobre cada uno de los aspectos controvertidos o alegados por la defensa, ni excluye que se pueda presentar la figura de la motivación por remisión. Sin embargo, tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva. Dos son en ese sentido las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser "suficiente", esto es debe expresar por sí misma las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser "razonada" en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos

LEGALES EDICIONES

d) Que los Tribunales de Revisión tengan la información necesaria para vigilar la correcta interpretación y aplicación del Derecho.

De esta manera, comporta una garantía específica comprendida dentro del derecho macro de la tutela procesal efectiva, el derecho de todo sujeto a que se emita una decisión debidamente motivada y razonada, de suerte que se pueda desprender de ella la base objetiva de la articulación de las imputaciones que se han levantado o sancionado en su contra. Así, esta motivación no sólo será un derecho de los ciudadanos, sino será un deber funcional de las autoridades al momento de decidir la materia de fondo, siendo en este sentido inadmisible, de cara a este principio, la emisión de una decisión que no revista una elaboración jurídico-normativa.

Motivar es "acción y efecto de motivar"; a su vez, también según el diccionario, la palabra motivar tiene como una de sus significaciones de "Dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer una cosa"[22]. La motivación de las resoluciones

---

que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada (...)".

El Tribunal Constitucional ha establecido en su sentencia de 10 de mayo de 2005 recaída en el Exp. N° 2050-2005-PHC/TC que: "(...) Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente planteadas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, justifiquen sus decisiones asegurando que la potestad de administrar justicia se ejerza con sujeción a la Constitución y a la ley, pero también tiene la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. El inciso 5) del artículo 139 de la Norma Fundamental consagra el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan; es decir, los jueces tendrán que expresar el proceso mental que los ha llevado a decidir con determinado criterio una controversia o a dictar una medida limitativa del derecho al libre tránsito, como es la que se cuestiona en el caso de autos. La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión (...)".

22 Diccionario de la Lengua Española, tomo II, Madrid, 1984.

LEGALES EDICIONES

como prescripción constitucional es obligatoria en todas las instancias judiciales, esto es, desde Juzgado de Paz hasta la Corte Suprema. Entonces, la obligación de fundamentar la resolución es de carácter universal (se exige a todo juez) pero la calidad de la fundamentación no puede ser exigido por igual a todos; pues Juez de Paz que, en muchos casos no tiene ni instrucción primaria, fundamentará sus resoluciones valiéndose de la inteligencia, de las reglas de la experiencia individual y social adquiridas en su comunidad[23].

En efecto uno de los contenidos esenciales del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las resoluciones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que les ha llevado a decidir una controversia asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución a la ley, pero también con la finalidad de facilitar una adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. En suma garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al Juez penal corresponde resolver.[24]

La judicatura penal peruana ha dicho que la motivación también es una exigencia de los representantes del Ministerio Público. Así "...durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas (...)b) Comunicación previa y detallada de la acusación formulada"; y con el art. 139, inc.5 de la Constitución Política del Estado, que ha establecido el respeto a la debida motivación extensible a toda resolución

23 MIXÁN MASS, Florencio; "La motivación de las resoluciones judiciales", disponible en: *www.unfr/derechopenal/articulos/pdf/Miixa1.pdf.*

24 Resolución de Hábeas Corpus de fecha 22.May.06, Exp. N° 10-06, expedido por el 2° Juzgado Penal de Lima, considerando décimo quinto.

LEGALES EDICIONES

jurisdiccional, *incluida la de los fiscales*, que en base a la postura recogida por nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que nada más lejano a la debida motivación que tan solo enunciar los delitos dirigidos y los nombres de los involucrados con una alusión genérica y no individualizada de la participación de cada uno en los hecho punibles, por lo que la concreción respecto de lo imputado para cada inculpado debe ser clara, cierta y precisa..."[25].

Por otro lado, la jurisprudencia penal peruana ha dicho expresamente que la motivación de un auto de inicio de proceso penal no sólo debe comprender el extremo de la imputación jurídico-penal; sino también que la motivación debe abarcar el extremo de la imposición de las medidas coercitivas al imputado. Así, entre las funciones de la motivación que diseñan los perfiles de la actividad de los jueces y magistrados, una referencia a la finalidad esencial que cumple la justificación de la decisión en los casos de restricción judicial del ejercicio de un derecho fundamental o libertad pública. Y es que, en efecto, la justificación de la decisión jurisdiccional es un requisito indispensable para que el juez pueda acordar una eventual restricción de los derechos fundamentales. En estos casos de limitación de derechos, la motivación no sólo se encarga de indicar las razones de la decisión, sino que además debe contener expresa indicación sobre la concurrencia de los requisitos y condiciones bajo los cuales la ley autoriza la limitación temporal del derecho. Por ello la función esencial de la motivación es, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional español 67/1997, poner de manifiesto "que cualquier restricción en el ejercicio de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica prevista por la ley y que el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos que la legitiman: en esa medida, la motivación es un requisito indispensable del acto limitativo de derecho" (FJ 2°)[26].

25 Véase: Sentencia de fecha 08 de Mayo del 2007 expedida por el 25° Juzgado Penal de Lima, Exp. HC 14-2007.

26 COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio; *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, p. 148.



LEGALES EDICIONES

Así, por ejemplo, en una sentencia de la Sala Penal de Lima se tiene dicho lo siguiente:

> "Que de la revisión de los actuados y con las instrumentales obrantes en autos, se advierte que el auto apertorio de instrucción de fecha primero de setiembre del dos mil cinco obrante a fojas cuarenta, dictado por el accionado en el expediente número trescientos noventa y siete – dos mil cinco, *en el extremo que se impuso una medida cautelar de impedimento de salida del país, no se fundamentó adecuadamente, pues de la lectura de la resolución antes citada no se advierten fundamentos de hecho ni de derecho que sustenten la imposición de la medida antes referida*, contraviniendo lo dispuesto por el inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, que establece: Son principios y derechos de la función jurisdiccional: "La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan", por lo que en este extremo se afectó el derecho constitucional al debido proceso del favorecido" (las cursivas son mías)[27].

27 Véase: Sentencia de fecha 25 de Agosto del 2006, expedido por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres, Hábeas Corpus N° 55-06. Un razonamiento jurídico similar fue sostenido en la Sentencia de primera de instancia de fecha 28 de Junio del 2006, expedido por el 47° Juzgado Penal de Lima, que en su considerando octavo menciona lo siguiente: "Que el auto Apertorio de instrucción de fecha primero de setiembre del año dos mil cinco, emitida en el expediente trescientos noventa y siete – dos mil cinco, se advierte que el demandado a pesar de señalar textualmente que no se han alterado los cargos primigenios u originales formulados contra los denunciados Lucioni Chirinos, Bustamante Pardo, emite la presente resolución al advertir la presencia de otros agraviados, sin embargo, impone la medida de impedimento de salida del país, sin una mínima motivación, desprendiéndose de la resolución que no se ha expuesto las razones, hechos o las actitudes de los procesados que evidencian los criterios de razonabilidad que justifican la imposición de una medida restrictiva de la libertad de esa naturaleza. Más aun si se tiene en cuenta que el auto apertura de instrucción tiene la condición de inimpugnable, lesionando gravemente el derecho a la tutela procesal efectiva de los favorecidos, en el sentido que no pueden impugnar la imposición de dicha medida restrictiva de Libertad, vulnerándose de esta manera el debido proceso. La necesidad de

LEGALES EDICIONES

El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y sus supuestos establecidos por el Tribunal Constitucional (STC 728-2008-HC)[28], se erige como garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados sino en datos objetivos que proporcionan el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso, conforme regula el artículo 139.5 de la Constitución Política, que establece como principio y derecho de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias excepto los decretos de mero trámite, sin embargo dicho precepto constitucional otorga a la motivación de las resoluciones judiciales un carácter meramente formal, toda vez que el legislador constituyente no ordena al juez razonar bien, únicamente le exige exponer las razones de su decisión, situación que da cabida a ese segundo ámbito de control representado por enunciados normativos que ofrece la teoría de la argumentación que provocaría que la resolución judicial o discurso jurídico cali-

---

que las resoluciones sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y es también un derecho constitucional de los justiciables, así que queda garantizado que la administración de justicia se lleva a cabo conforme a la Constitución (artículo cuarenta y cinco y ciento treinta y ocho) y que los justiciables pueden ejercer de manera efectiva su derecho de defensa...".

Asimismo, citaremos el Expediente N° 2006-5275-0-1701-J-CI-9, publicado el 11 de abril de 2007. Emisión: 22 de enero del 2007. Chiclayo. "... que si bien es cierto que, al demandante se le abrió instrucción con comparecencia restringida, también lo es que su revocatoria no se ha producido por infracción de las restricciones o normas de conducta que en las mismas se establecieron sino porque estando en trámite la instrucción han concurrido los presupuestos señalados por el artículo 135 del Código Procesal Penal, tal como los magistrados demandados motivaran las resoluciones que dan origen al presente proceso constitucional. Razones que conducen a este Colegiado establecer que las resoluciones objeto del hábeas corpus no vulnera la libertad del demandante ni el debido proceso, puesto que, la restricción de la libertad del actor ha tenido lugar en un proceso penal de carácter regular".

28 El Tribunal Constitucional ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales queda delimitado entre otros en los siguientes supuestos: 1) Inexistencia de motivación o motivación aparente. 2) Falta de motivación interna del razonamiento. 3) Deficiencias en la motivación externa: justificación de las premisas. 4) La motivación insuficiente. 5) La motivación sustancialmente incongruente. 6) Motivaciones cualificadas.

LEGALES EDICIONES

fique como razonado y consecuentemente aceptado (consentido) por todo interlocutor imparcial P. ej. la comunidad jurídica, los justiciables e incluso las partes – sujetos procesales.

Etimológicamente, el vocablo "sentencia" proviene del latín *sentando* que significa "sintiendo" (cuando el juzgador ya puede sentir el asunto puesto a su conocimiento y en virtud de ello puede resolverlo). Es pacíficamente aceptado por la doctrina que la sentencia en el acto procesal del juez con el cual se pone fin al proceso, y en la que se compulsan los derechos de acción y contradicción, a fin de, como diría el Carnelutti, resolver el conflicto de interés sometido a su conocimiento y así lograr la paz social en justicia. Diversos autores amplían y desarrollan esta liminar definición. Así por ejemplo Couture señala que "la sentencia es una operación de carácter crítico. El juez elige entre la tesis del actor y la del demandado la solución que le parece ajustada al derecho y a la justicia"[29].

Por su parte Fix-Zamudio sostiene que la sentencia "es la resolución que pronuncia el juez o el tribunal para resolver el fondo del litigio, conflicto o controversia, lo que significa la terminación del proceso"[30]. Así mismo, para Devis Echandía "la sentencia es el pacto por la cual el juez cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho de contradicción, resolver sobre las pretensiones del demandante y la excepciones de mérito o fondo del demandado"[31]. Finalmente Guasp sostiene que la sentencia es el "acto del órgano jurisdiccional en que este emite su juicio sobre la conformidad o disconformidad de la presenta-

29 COUTURE, Eduardo; *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1942, p. 154. La jurisprudencia ha señalado lo siguiente: "La sentencia constituye la decisión definitiva de una cuestión criminal, acto complejo que contiene un juicio de reproche o de ausencia del mismo, sobre la base de hechos que han de ser determinados jurídicamente. Es por eso que debe de fundarse en una actividad probatoria suficiente que permita al juzgador la creación de la verdad jurídica y establecer los niveles de imputación...". (Ver R.N. N° 3947-99-Ayacucho, CHOCANO RODRIGUEZ, Reiner / VALLADOLID ZETA, Víctor; *Jurisprudencia Penal*, Jurista Editores, 2002, p. 334).

30 FIX-ZAMUDIO, Héctor; "Derecho Procesal", en: *El Derecho*, Colección las Humanidades del Siglo XX, UNAM, México, 1975, p. 99.

31 DEVIS Echandía, Hernando; *Teoría General del Proceso*, Tomo II, Buenos Aires, 1985, p. 515.

LEGALES EDICIONES

ción con el derecho objetivo, y en consecuencia, actúa o se niega a actuar dicha pretensión, satisfaciéndola en todo caso"[32].

## III. EXCURSO: LA POSICIÓN SUSTANTIVISTA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, COMO INFLUENCIA DEL DERECHO PENAL EN EL DERECHO PROCESAL PROBATORIO

El principio de inocencia[33] como derecho fundamental de la persona sometida a proceso se requiere que la sentencia y la aplicación de la sanción penal esté fundada en un grado de conocimiento por parte del Tribunal. Este conocimiento tiene que estar ligado con la certeza de los hechos y no simplemente con la probabilidad. Este principio se relaciona con la carga de la prueba, pues en un proceso los hechos deben ser probados, teniéndose a los procesados como inocentes mientras no se demuestre lo contrario; en consecuencia es una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario.

Así, para emitir sentencia se debe evaluar el material demostrativo acopiado durante el desarrollo del proceso, que produzca en el juzgador un cabal, certero y pleno conocimiento de los hechos y de la presunta responsabilidad del acusado, más allá de toda duda razonable; y, además, permita la reconstrucción del pasado por medio de procedimientos técnicos legalmente realizados durante el proceso, sin el cual no es posible proferir

---

32 GUASP, Jaime; *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956, p. 549.

33 La Constitución Política del Perú (artículo 24, letra "e"): señala que *"Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad"*. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 11, número 1, dispone: *"Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa"*. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14, numero 2) dispone: *"Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley"*. El artículo II, inciso primero, del Título Preliminar del Código Procesal Penal de Perú establece que: *"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"*.

LEGALES EDICIONES

un juicio de reproche sobre el procesado, sobre el cual pesa una acusación fiscal.

Que, en ese sentido, es importante señalar que, la justicia penal no puede basarse en una sola circunstancia meramente probatoria, ya que es obligación apoyarse en varias pruebas para establecer en forma indubitable la culpabilidad de los procesados, y esto porque en el proceso penal se da aquel principio, en virtud del cual la culpabilidad de los procesados tan solo es consecuencia de la multiplicidad de los elementos probatorios de cargo y de la unidad del *thema probandi*, puesto que, la presunción de inocencia siempre está y se encuentra por encima de toda prueba insuficiente. Estando a los considerandos precedentes no se ha llegado a enervar ni a vencer el principio de presunción de inocencia consagrado en la constitución vigente, en el artículo segundo "De los Derechos Fundamentales de la Persona", inciso veinticuatro, literal e) por lo que debe de absolvérseles a los acusados de conformidad con los dispuesto en el artículo 284 del Código de Procedimientos Penales.

El razonamiento discursivo de una sentencia judicial de carácter absolutorio tiene que estar adecuadamente motivado en razón de los tres supuestos que son los siguientes[34]: a) Que los medios probatorios no son suficientes para establecer la culpabilidad del acusado en la comisión del evento delictivo, es decir,

34 Según el Código Procesal Penal, en el Artículo 398 Sentencia absolutoria, prescribe lo siguiente:

1. *La motivación de la sentencia absolutoria destacará especialmente la existencia o no del hecho imputado, las razones por las cuales el hecho no constituye delito, así como, de ser el caso, la declaración de que el acusado no ha intervenido en su perpetración, que los medios probatorios no son suficientes para establecer su culpabilidad, que subsiste una duda sobre la misma, o que está probada una causal que lo exime de responsabilidad penal.*
2. *La sentencia absolutoria ordenará la libertad del acusado, la cesación de las medidas de coerción, la restitución de los objetos afectados al proceso que no estén sujetos a comiso, las inscripciones necesarias, la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que generó el caso, y fijará las costas.*
3. *La libertad del imputado y el alzamiento de las demás medidas de coerción procesal se dispondrán aún cuando la sentencia absolutoria no esté firme. De igual modo, se suspenderán inmediatamente las órdenes de captura impartidas en su contra.*

LEGALES EDICIONES

existe ***insuficiencia probatoria***; b) Que subsiste una ***duda razonable*** tanto en la comisión del evento delictivo como en la vinculación de los hechos incriminados con el imputado, es decir, existe lo que se conoce como *in dubio pro reo*, aunque debemos de advertir que esto está referido a la actividad probatoria y no como pauta interpretativa; o c) Que está probado en el proceso penal una causal que lo ***exime de responsabilidad*** de acuerdo a los normas del Código Penal.

Por lo que existirá, en consecuencia, la llamada "duda razonable" que es consecuencia de la vigencia de la presunción de inocencia que implicará obviamente la absolución a favor del acusado. Siguiendo a Fierro-Méndez podemos decir que el concepto de duda, según la doctrina, ha distinguido dentro de ella dos especies: la subjetiva y la objetiva. Se dice que la duda es subjetiva cuando hay ausencia de prueba y objetiva cuando existiendo prueba, ella conduce el juicio de valor hacia una dubitación del camino a seguir en la decisión que se va a tomar[35]. Todo esto nos lleva al clásico principio "in dubio pro reo" que protege la necesidad de absolver a todo aquel frente a quien no exista certeza de ser el autor de un hecho[36]. En otras palabras, si antes del proceso el imputado llega "inocente", durante el proceso deben existir necesariamente pruebas que desvirtúen ese estado. Es así que la valoración de la prueba debe de hacerse en todo momento del proceso y no sólo en su etapa final (sentencia). Lo expuesto significa que el proceso debe contar con prueba que, con certeza, se contraponga y neutralice ciertamente ese estado de inocencia.

Expediente: N° 833-2011, en la Sentencia de diciembre del 2014, Expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria de Lima Sur:

> "Ahora bien, el razonamiento discursivo de una sentencia judicial de carácter absolutorio tiene que estar adecuadamente motivado en razón de los tres supuestos que son los siguientes : a) Que los medios probatorios no son

35 FIERRO-MÉNDEZ, Heliodoro; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, cuarta edición, Bogotá, p. 455.

36 ASENCIO MELLADO, José María; *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2008, p. 268.

suficientes para establecer la culpabilidad del acusado en la comisión del evento delictivo, es decir, existe insuficiencia probatoria; b) Que subsiste una duda razonable tanto en la comisión del evento delictivo como en la vinculación de los hechos incriminados con el imputado, es decir, existe lo que se conoce como *in dubio pro reo*, aunque debemos de advertir que esto está referido a la actividad probatoria y no como pauta interpretativa; o c) *Que está probado en el proceso penal una evidente causal de eximente de responsabilidad penal de acuerdo a las normas de la Legislación (material o procesal), principios jurisprudenciales y/o tendencia doctrinal.* En todos estos casos, no se ha llegado a enervar ni a vencer el principio de presunción de inocencia consagrado en la Constitución vigente, en el artículo segundo "De los Derechos Fundamentales de la Persona", inciso veinticuatro, literal e), y de conformidad con el artículo 284 del Código de Procedimientos Penales. En ese sentido, la mera sindicación no puede ser fundamento para establecer la responsabilidad penal y, por consiguiente, para imponer una pena. En conclusión, por lo antes expuesto, de lo actuado tanto a nivel preliminar y judicial, se evidencia que *no existen suficientes elementos probatorios que permiten desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste al encausado Jack Williams Charun Velásquez;* por lo que es menester absolverlo de la acusación fiscal por insuficiencia probatoria, en uso de las atribuciones conferidas por el Artículo 284 del Código de Procedimientos Penales".

LEGALES EDICIONES

SEGUNDA PARTE

# TEORÍA DE LA LEY PENAL

CAPÍTULO 7

# LAS FUENTES DEL DERECHO PENAL

## I. LOS PRINCIPALES SISTEMAS DE FUENTE DE PRODUCCIÓN EN EL DERECHO

Los principales sistemas de fuente de producción en el derecho son los siguientes:

### 1. EL SISTEMA JURÍDICO ANGLOSAJÓN

De un lado se tiene la escuela identificada como la del Derecho Judicial o Jurisprudencial, que se sustenta en el sistema jurídico anglosajón, practico y empírico por naturaleza, en ella la jurisprudencia es la fuente de Derecho, de tal manera que los jueces al momento de dictar sentencia consultan los antecedentes que existan en el conjunto de sentencias precedentes; esta corriente se enfatiza en la noción de "precedente"; en ella la ley escrita ocupa un lugar secundario[1]. A diferencia del derecho continental que mantiene la escala de fuentes del derecho en la legislación, la costumbre y la doctrina, el sistema jurídico inglés reconoce esta otra escala de fuentes del derecho: la Jurisprudencia (la llamada *case law*)[2]; *Statute /Acts of Parliament*[3]; la costumbre[4]; Libros de autoridad[5]; Derecho europeo (comunitario)[6].

---

1 Véase: SAGÚES, Néstor Pedro; *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú*; Editorial ADBRUS, 2009, p. 710.

2 La jurisprudencia ha sido la fuente del derecho inglés más importante históricamente (por contraste, el derecho continental europeo no la considera, en términos generales, como fuente del Derecho). Las sentencias de los jueces han sido objeto de recopilación sistemática desde el siglo XIII. Una de las recopilaciones enciclopédicas más importantes es la de *Halsbury* (en Inglaterra) o el *Corpus Iuris Secundum* (C.J.S. en USA) anualmente actualizadas. La acusación de que el *Common Law* es poco sistemático es sencillamente falsa.

3 El *Statute /Acts of Parliament* es la producción política del derecho, fue escasa durante la época clásica del *Common Law* y sólo recientemente ha tomado un protagonismo completamente inusual. En el conflicto de los Estuardo con el Parlamento, los jueces



LEGALES EDICIONES

En consecuencia, vistos las últimas variables debemos poner de relieve que la tendencia actualmente en el Perú, es pues, parecerse en la medida de lo posible al sistema del *common law* al estilo angloamericano[7], que tiene una serie de características que

del *Common Law* tomaron posición de forma abrumadora a favor del Parlamento en detrimento del Rey (no así los Cancilleres del *Equity*). Por cierto, la Constitución inglesa es singular. Se puede decir que en el hipotético caso de que un poder tiránico se apoderase del Reino Unido le sería muy difícil derogar su Constitución en su conjunto pues no está contenida en un único documento, o en un cuerpo legal específico, promulgado por el Poder Legislativo (como única ley suprema del país). Es, por el contrario, tanto un conjunto de reglas escritas (Carta Magna, *Petition of Rights, Bill of Rights...*) como de convenciones no escritas (*unwritten conventions*) a modo de costumbres políticas, así como una miríada de precedentes jurisprudenciales que garantizan todos ellos los derechos fundamentales de los ciudadanos y limitan el poder de las autoridades. Están presentes en las conciencias de los ingleses pero no se ven (no se me ocurre un sistema constitucional mejor blindado ante el pillaje o golpismo constitucional de aventureros políticos).

4 Es la fuente original y prístina del Common Law como hemos visto; se va incorporando gradualmente a la Jurisprudencia en su labor callada y constante por descubrir el derecho. Prácticamente toda ella ha sido recogida en las sentencias judiciales. La costumbre que no lo haya sido aún tiene que cumplir con ciertos requisitos para incorporarse al derecho expresado o explícito de las sentencias de los jueces, a saber, ha de haberse usado ininterrumpidamente desde tiempo inmemorial, debe ser local y ser coherente con todo el cuerpo jurídico ya existente; es decir no debe contradecir principios o reglas del *Common Law* ya establecidos.

5 Correspondería a lo que viene a llamarse en el sistema jurídico continental "doctrina". En el *Common Law*, éstos libros de autoridad han debido pasar la criba de la tradición, es por ello que se consideran como tales unos poquísimos libros cuyos autores, en su mayoría jueces, hicieron comentarios certeros y hoy tenidos por memorables. Son de destacar los libros de GLANVILL (1189), BRACTON (1250), LITTLETON (1480), COKE (1628), HALE (1736) y BLACKSTONE (1765-69). Los libros escritos con posterioridad a Blackstone son tenidos por libros de autores recientes y no tienen el peso de los anteriores. Por supuesto que jueces y abogados pueden citarlos o apoyarse en ellos, pero se considera de mal gusto referirse a un autor vivo.

6 Es una fuente recientemente reconocida y cuenta con muchos detractores (y no es para menos, pues es como un injerto artificial y extemporáneo en dicho sistema legal). Los jueces ingleses interpretan la legislación europea tomando como referencia principios conocidos del *Common Law* inglés. No obstante, el Tribunal Europeo de Justicia establece las directrices últimas de interpretación que han de tomar las cortes inglesas y galesas en relación con el derecho de la Unión Europea.

7 Sistemas basados en el Derecho anglosajón o provenientes de la corriente de éste son utilizados en Inglaterra, Gales, Irlanda y gran parte de las antiguas colonias del Reino Unido, incluyendo Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda, Canadá (con la excepción de Quebec, provincia en la cual se utiliza el sistema de derecho continental en el derecho civil y el derecho anglosajón en el derecho penal) y también los Estados Unidos (con

LEGALES EDICIONES

excepción del Estado de Luisiana, en el cual, derivado de su herencia francesa, utiliza un sistema de derecho continental. En Asia, Hong Kong (como antigua posesión británica) también utiliza un sistema de derecho anglosajón, lo cual está garantizado por su Constitución, que asegura que éste se mantendrá vigente (pese a que la soberanía ha retornado a China), al igual que en la India, Malasia y Singapur. En África utiliza, Sudáfrica igualmente, el sistema de derecho anglosajón.

En sus orígenes, la cristianizada pero poco romanizada tierra de Inglaterra contaba con unas leyes que, al igual que las bárbaras normas del continente, siguieron el principio de la personalidad del derecho (de aplicación según la pertenencia a una u otra comunidad étnica de los sujetos: sajones, anglos, jutos o daneses). Este hecho, junto al precario desarrollo jurisprudencial de un derecho eminentemente consuetudinario, dificultaba la creación de un derecho más evolucionado. Con la llegada victoriosa a la isla del normando Guillermo el Conquistador en 1066 se empezaron a unificar los diferentes reinos anglosajones, comenzó a aplicarse en Inglaterra el principio de territorialidad del derecho, al tiempo que se intentaba centralizar la administración de justicia mediante la labor de los tribunales reales (*royal courts* o *curia regis*) que, en un principio, eran itinerantes. La llegada al trono inglés del primer *Plantagenet*, Enrique II, en 1154, fue importante para el *Common Law*. Fue entonces cuando se produjo la primera unificación verdaderamente eficaz del sistema legal inglés. Se implantó la práctica de enviar jueces de los tribunales reales a oír y resolver las diversas disputas que se producían a lo largo y ancho del reino. Previamente, estos jueces reales se empapaban bien de las costumbres locales con el fin de que, analizadas las evidencias presentadas en juicio, sus veredictos fuesen lo más acordes posible al sentido común y a los usos de las poblaciones en donde las sentencias iban a ser aplicadas. Eso sí, los jueces podían rechazar las costumbres locales por considerarlas poco razonables al sentido común o bien cuando no constataban que estuviese suficientemente probada su existencia ininterrumpida.

Sucedió luego un hecho interesante: estos mismos jueces regresaban a Londres donde generalmente comentaban y discutían con sus otros colegas itinerantes las decisiones que habían tomado. Se descartaban los usos o costumbres más arbitrarios o ineficaces pero, a cambio, acabaron por recopilarse aquellas sentencias que reflejaban las más idóneas decisiones de sentido común y las mejores reglas halladas en las costumbres locales mientras desempeñaban su paciente y continua labor judicial (itinerante) y que bien podían servir de guía para futuros casos similares que se presentasen en otros lugares del reino. Con ello tomaba forma la regla del precedente o *stare decisis* del *Common Law*. Podría decirse que, sin un diseño previo y de manera casi imperceptible, surgió un proceso de incorporación progresiva de las mejores costumbres locales descubiertas por generaciones de jueces a lo largo de los años al acervo jurídico nacional de Inglaterra. De esta forma, un derecho común comenzaba gradualmente a establecerse y evolucionar entre los anglosajones (el *Common Law* o *commune ley*, según denominación normanda).

No obstante esto, los tribunales reales que aplicaban el *Common Law* tuvieron inicialmente que competir duramente con otro tipo de tribunales locales (*county courts, hundred courts*), tribunales de derecho feudal (*manorial* o *seignorial courts*) o de derecho canónico (*ecclesiastical courts*) que no fueron privados de sus competencias para conocer los casos. Los litigantes eran libres, por tanto, de llevar sus casos ante el tribunal que mejor considerase que iba a defender o entender sus intereses. Esto hizo surgir una

LEGALES EDICIONES

hacen del *Common Law* un derecho que respeta mejor los principios liberales frente a la legislación centralizada (*statutes, acts and regulations* como se denomina en los países anglosajones)[8].

saludable rivalidad entre ellos y agudizó el sentido pragmático de la justicia entre los ingleses.

Así, durante doscientos años (siglos XII y XIII) los tribunales reales del *Common Law* fueron estableciéndose en los condados (ya no de forma itinerante), fijando los procedimientos de enjuiciamiento como el jurado (*jury*), y logrando la erradicación de los juicios inhumanos conocidos como *ordeals*o las injustas pruebas de guerra o de azar (*wager*).

También se agilizaron sus procedimientos frente a los de los antiguos tribunales en competencia, más bien precarios. La evolución del *Common Law* fijó sus competencias fundamentalmente en los casos criminales, los relacionados con la propiedad y con las responsabilidades contractuales. Asimismo contaron, como hemos visto, desde bien pronto con jurados populares (*trial by jury*) que hacía implicarse a la población en la fijación de los hechos sometidos a juicio. Claramente el *Common Law* acabó resultando ser a lo largo de la baja Edad Media la mejor opción jurisdiccional para dirimir las disputas. Los tribunales medievales locales acabaron por perder jurisdicción y, a la postre, su fuente de ingresos, por lo que fueron desplazados progresivamente por los tribunales del *Common Law*.

Esta temprana centralización del derecho (de origen consuetudinario) llevada a cabo por los jueces ingleses alejó la poderosa necesidad de incorporar un derecho externo y más desarrollado al producirse el declive del feudalismo como sistema de organización social, tal y como sucedió en la Europa continental con respecto al derecho romano. Esto no quiere decir que el derecho inglés fuera inmune a la influencia del derecho romano (de hecho mucha de la casuística de los jurisconsultos romanos fue inspiradora de las decisiones de los jueces ingleses) pero al contar el suelo británico con un cuerpo legal ya evolucionado y coherente no hubo ocasión de importar en bloque ajenas compilaciones jurídicas (i. e. Código justiniano) que sí fueron necesarias, por el contrario, en el resto de Europa en donde el derecho no había sido uniformado aún convenientemente y reinaba una vasta multiplicidad de derechos dispersos de origen medieval muy difícil de integrar coherentemente.

8 **Características del *Common Law* en contraste al *Statutory Law*:**

- El *Common Law* es, al mismo tiempo, **un derecho evolutivo y gradual**. Por el hecho de que los jueces se vean vinculados a las decisiones precedentes de los tribunales jerárquicamente superiores no significa que jamás pueda cambiarse un precedente judicial: cuando las condiciones sociales hayan cambiado, el sentido común del juez puede dejar de aplicar el precedente que haya quedado obsoleto por la realidad cambiante. La legislación es lo menos parecido a una evolución gradual.
- El *Common Law* es **un derecho que históricamente ha ido matizando, incluso corrigiendo la legislación** emanada del Parlamento británico. Consecuentemente, los *statutes* o *Acts* del Parlamento pueden, por lo general, consistir en normas abstractas y generales (dando cumplida cuenta de los principios conformadores de la *rule of law*), sin regular hasta el más mínimo detalle (como sucede con la legislación continental) la materia regulada, incluso no se ve como imperfecto un *Act* que contenga lagunas; ya que la casuística paciente y pragmática del *Common Law* se encargará de rellenar o adaptar dichas normas a la realidad del entorno. Es más, una característica muy

LEGALES EDICIONES

destacable de los tribunales y jueces americanos federales y estatales es que todos ellos poseen la competencia de revisión judicial (*judicial review*), es decir, cualquiera de ellos es competente para suspender la aplicación de toda ley del Congreso o acto administrativo si los considera inconstitucionales.

- El *Common Law* es **un derecho certero** al ser estable históricamente y no sufrir los bandazos e inflación legislativos a los que nos tiene acostumbrado el derecho continental. Pueden preverse con suficientes garantías de estabilidad las consecuencias tanto de las acciones futuras planificadas como de las inversiones a largo plazo. Además las sentencias, a diferencia de lo que se cree, llevan recopilándose sistemáticamente desde hace siglos, por lo que se puede saber perfectamente qué precedente existe para casi cualquier caso que se plantee.
- El *Common Law* es **un derecho respetuoso con los derechos individuales**. La legislación los avasalla con la excusa de perseguir fines colectivos como la justicia social, igualdad de oportunidades, garantía de salario mínimo, educación para todos, derecho a una vivienda digna y demás espejismos (como diría Hayek).
- El *Common Law* **es un derecho eminentemente privado** pues regula y ofrece soluciones a conflictos entre personas (*man to man*). Apenas afecta a los asuntos públicos. La legislación, además de su vertiente de organización de los poderes públicos o administrativos, se inmiscuye descaradamente en todos los asuntos privados que considere oportuno cada ministerio correspondiente en cada legislatura.
- El *Common Law* es un derecho que **pone límites al poder**. La legislación favorece la expansión del Poder Ejecutivo e hipertrofia la administración pública. Como consecuencia de la labor interpretativa del *Common Law* sobre todo tipo de legislación, ésta ha venido siendo históricamente vaga e imprecisa y no ha dado muestras de invadir en exceso la esfera privada de las personas, de lo contrario podría convertirse en papel mojado por su inaplicación debida a los severos filtros de los jueces del *Common Law*.
- El *Common Law* es un derecho con **limitados efectos sobre las personas** cada vez que se aplica. Los jueces, como seres humanos, están sujetos a error y son falibles. No obstante sus decisiones se activan necesariamente a instancia de parte (no así la legislación que es invasiva y que no la requiere las más de las veces). Las decisiones de los jueces que crean pautas o antecedentes se toman observando la realidad y después de haber escuchado a ambas partes del litigio. Se hacen efectivas esencialmente entre esas mismas partes afectando, sólo excepcionalmente, a terceros ajenos al juicio.
- Por último es un **derecho apegado a la realidad**, vive de los casos concretos y reales que se le presentan continuamente. Todo su desarrollo, desde la formación de abogados y jueces, la creación del precedente jurisprudencial, su desarrollo y evolución está íntimamente ligado a los hechos. La legislación ¿cuántas veces no ha sido la plasmación de un ideal abstracto cocinado en la mente de un imaginativo diseñador?

El Common Law es un derecho que respeta la tradición mediante la doctrina del precedente jurisprudencial (*stare decisis*). El *Common Law* es, por tanto, **un derecho impregnado de costumbre inmemorial y de sentido común**. La legislación, en general, desprecia la tradición y las costumbres del territorio donde se va a aplicar debido a su espíritu progresista o innovador. Menger calificaba de inmaduro e impaciente el derecho excesivamente racionalista que todo lo quiere innovar desatendiendo el entorno donde ha de aplicarse. Burke sencillamente lo tildaba de injusto.

LEGALES EDICIONES

A todo esto debemos preguntarnos lo siguiente: ¿Quién crea el Derecho? El legislador al momento de crear la norma jurídica o el juzgador al momento de aplicar la norma jurídica al caso concreto. La respuesta es sumamente difícil si tenemos en cuenta que en la teoría jurídica las dos posiciones son atendibles. Asimismo dependerá en mayor medida en qué sistema de fuentes se encuentra un determinado país. En tal sentido, desde una postura exclusivamente positivista-formalista la existencia del Derecho solo debe provenir de la voluntad del legislador al momento de expresarla en una norma jurídica en un determinado texto legal, y los magistrados sólo son un medio de "transporte" de lo expresado en la ley.

En este punto debemos transcribir lo que ha dicho el Profesor Castillo Córdova: "Ya se intentó en el Estado Legal de Derecho, y con los lamentables resultados que todos conocemos, convertir al juez en la boca muerta que repetía las palabras de la ley. No cometamos el mismo error en el Estado Constitucional de Derecho y no pensemos que las interpretaciones del Tribunal Constitucional al ser concreciones de la Constitución hacen desaparecer todo ámbito de interpretación al juez o convertir al juez en la boca muerta que repite las palabras de los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional. Bien concebidos los precedentes vinculantes no pueden constituirse en un instrumento de sometimiento de los jueces a una concreta ideología de una circunstancial mayoría e incluso unanimidad de los miembros del Tribunal Constitucional, sino que ha de significar un mecanismo eficaz de colaboración en la determinación de soluciones justas a las distintas controversias que pueda surgir entre los ciudadanos de una comunidad política, o entre estos y el Poder Público"[9].

## 2. EL SISTEMA JURÍDICO ROMÁNICO-GERMÁNICO

La Escuela identificada como la del Derecho Legislado se sustenta en el sistema franco germánico-romano, la misma que

9 Véase: CASTILLO ALVA, José Luis; *Jurisprudencia Penal 1-Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Lima, 2006, p. 46



LEGALES EDICIONES

se ha hecho conocida como la más especulativa y abstracta; en ella como se sabe la Ley escrita es la principal fuente de existencia del Derecho; en ese sentido el aporte de la jurisprudencia ocupa un lugar meramente secundario[10]. El modelo continental (romano germánico) descansa en la *res iudicata*, de suerte que la fuerza jurídica de la sentencia no trasciende el caso concreto sobre el que recayó, y afecta exclusivamente a las partes procesales. Es decir: en el modelo del *stare decisis* se atribuye eficacia vinculante general al precedente judicial (en su *ratio decidendi*); mientras que dicha vinculación al precedente judicial es ajena a la tradición jurídica continental[11].

En sistemas jurídicos y en los países de derecho codificado, cuando las leyes quedan desfasadas de la realidad social sobre la que están destinadas a operar y no responden o no parecen responder al espíritu de la época se lanza sobre los hombros de la judicatura, mediante la jurisprudencia, la pesada, aunque noble y trascendental tarea de adecuar la legislación al entorno histórico y social y, en definitiva, de mantener así el prestigio del Derecho[12]. La primacía de la ley en los sistemas romano-germánicos se explica como consecuencia del singular proceso codificador y del constitucionalismo, que fueron movimientos de secularización y sistematización del Derecho en los se acusa un claro predominio de la ley como norma escrita, fruto de la razón; y del Poder Legislativo, expresión de la soberanía popular, representada por la burguesía[13].

La naturaleza jurídica de la jurisprudencia se relaciona con el lugar que ocupa en el sistema de fuentes de Derecho. Al respecto, corresponde señalar que existen dos escuelas o corrientes principales. En los sistemas constitucionales que se inscriben en la Escuela del Derecho legislado del sistema franco-germánico-

10 SAGÜÉS, Néstor Pedro; *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú*; Adbrus, 2009, p. 710.

11 Véase: GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, Antonio; *Derecho Penal. Parte General*, 2009, Lima, p. 713.

12 Véase: CALVO VIDAL, Félix; *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, p. 313.

13 Véase: GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, Antonio; *Derecho Penal. Parte General*, Lima, p. 712



LEGALES EDICIONES

romano, mucho se ha discutido sobre la fuerza del carácter vinculante de la jurisprudencia; debate en el que se puede identificar dos posiciones contrapuestas:

- La primera, que ancla en el positivismo clásico o la corriente del formalismo, sustenta la tesis negativa, es decir, la tesis de que la jurisprudencia, siendo una fuente auxiliar del Derecho no tiene fuerza vinculante ni horizontal ni vertical; tiene su base en el pensamiento de Montesquieu respecto a la labor de mera subsunción, sin creatividad alguna, el juez debía limitarse a pronunciar las palabras de la ley; en ese marco de pensamiento, el juez no interpretaba ni integraba las normas consignadas en la ley, por lo mismo sus decisiones no creaban Derecho, por consiguiente no se constituían en una fuente de Derecho[14].
- La segunda, sustentada en el neopositivismo y, principalmente, en las corrientes "anti-formalistas" o "teorías reformistas del Derecho", que plantea la tesis positiva, en sentido de que la jurisprudencia, al ser fuente directa del Derecho, tiene fuerza vinculante tanto horizontal como vertical. Esta corriente reconoce en el juez un papel activo en la creación del Derecho, pues es el juez el que mediante la integración, la interpretación o interrelación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico desarrolla una auténtica labor de creación de nuevas normas de origen jurisprudencial, lo que en la práctica constituyen una verdadera creación de Derecho. Al respecto, uno de los principales exponentes del positivismo, como fue Hans kelsen, en su Teoría Pura del Derecho[15].

## II. LA LEY COMO FUENTE EXCLUSIVA E INMEDIATA DEL DERECHO PENAL

### 1. EL CONCEPTO DE FUENTE EN EL DERECHO

La palabra fuente proviene de las voces latinas *"fons"*, *"fontis"* que significa manantial de aguas que brota de la tierra; en

14 SAGÜÉS, Néstor; 2009, p. 710.

15 SAGÜÉS, Néstor; 2009, p. 710.

LEGALES EDICIONES

sentido figurado fuente es el principio, fundamento u origen de una cosa. En la literatura jurídica se entiende por fuente del derecho al principio, fundamento u origen de las disposiciones normativas de las relaciones sociales, en especial del Derecho positivo vigente en una determinada sociedad y época. En otras palabras, la expresión fuente de Derecho tiene un doble sentido: puede, por una parte, referirse a la autoridad que declara el Derecho, a "la voluntad que dicta las normas jurídicas" y, por otra, a la manifestación misma de esa voluntad, esto es, a la "forma que el Derecho objetivo asume en la vida social"[16]. Suele dividirse en fuentes formales del Derecho[17], como también en fuentes materiales del Derecho[18]. Así, podemos decir que en los sistemas jurídicos codificados el derecho brota, en primer término, de la ley, en tanto que en los sistemas jurídicos que se adhieren al *common law* el derecho surge del precedente judicial.

El término "fuente de Derecho" es equívoco porque es una metáfora. La doctrina agrupa bajo este término al estudio de producción de normas: los principios, la ley, la doctrina, la costumbre y la jurisprudencia. Bajo la perspectiva actual, existe un supuesto que establece que el Derecho es fruto de un legislador que sanciona la obligatoriedad de la norma; por tanto, para que una norma sea jurídica debe ser obligatoria por una sanción que

16 Véase; SOLER, Sebastián; *Derecho Penal argentino*, tomo I, 1951, Buenos Aires, p. 117.

17 Las *fuentes formales* son las normas o modos como se establecen y exteriorizan las normas jurídicas, adquiriendo la nota de derecho positivo obligatorio: leyes, decretos, resoluciones, costumbres, etc. (Véase: TORRES VÁSQUEZ, Aníbal; *Introducción al Derecho y Título Preliminar*, Lima, 1991, p. 221).

18 Las *fuentes materiales*, llamadas también reales, son todos aquellos factores o elementos sociales, económicos, culturales, concepciones morales, políticas, religiosas, tradiciones, ideologías, etc. Que actúan determinando el contenido de las normas jurídicas, esto es, proporcionan la materia prima, la sustancia, con la que se edifica el derecho, imprimiéndole su sentido y finalidad. Son esos elementos o factores genéticos de la función normativa los que constituyen la esencia misma de toda norma jurídica y contribuyen al mejor conocimiento y aplicación del Derecho. El legislador tiene que comenzar por conocer la materia, o sea la realidad social que se quiere regular mediante una ley que signifique ya una mera respuesta a la evolución social o ya una transformación de la realidad para lograr una vida mejor (Véase: TORRES VÁSQUEZ, Aníbal; *Introducción al Derecho y Título Preliminar*, Lima, 1991, p. 219).

LEGALES EDICIONES

exija su cumplimiento un segundo supuesto afirma que la ley es *prima facie* aplicable sin necesidad de otros auxiliares[19].

A decir de Sánchez Velarde la jurisprudencia es: "fuente formal del derecho que nace de los fallos de los tribunales de justicia. Se trata de aquellas decisiones judiciales de creación del derecho, de interpretación de la ley o integradora de la norma"[20]. Esta última cuando se pone de manifiesto el vacío legal, las lagunas de la ley o suaviza sus errores e injusticias, traduce el sentir general en principios jurídicos y se adelanta muchas veces a las reformas legislativas, que encuentran casi siempre en ella su mejor antecedente[21]. Para Mario I. Álvarez "la jurisprudencia, sin duda la fuente formal indirecta más importante, consiste en el conjunto de principios, criterios, precedentes o doctrinas que se encuentran en las sentencias o fallos de los jueces o tribunales. La jurisprudencia, por tanto cumple una doble función, porque a más de generar normas jurídicas en sentido estricto, realiza un fin principal; ser coadyuvante tanto de la formación de las normas jurídicas como de su aplicación por parte de los mismos jueces, los profesionales del Derecho y los particulares"[22].

---

19 URETA GUERRA, Juan; *Introducción al Derecho Posmoderno*, Universidad Inca Garcilazo de la Vega, Fondo Editorial, Primera Edición, Lima, 2000, p. 271. Este mismo autor agrega que: "Ese legalismo subyacente impide que los juristas admitan que el Derecho se compone de principios, jurisprudencia, leyes, costumbres, desarrollo doctrinario, y que estos tienen tanta vigencia como la ley y tantos problemas para ser utilizados como la propia ley los tiene".

20 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo; *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, 2004, p. 66.

21 LEVENE, R.; *Manual Derecho Procesal Penal*, 2º ed. Desalma, Buenos Aires, 1993, p. 72.

22 ÁLVAREZ, Mario I; *Introducción al Derecho*, serie jurídica, Impreso en México - McGRAW –HILL Interamericana De México SA. Dec.V. –1995, p. 149. Agrega este autor lo siguiente: "Los contenidos jurídicos que forman la jurisprudencia son directrices que surgen como resultado de la aplicación del Derecho por parte de los tribunales. Esta aplicación va confrontando a la norma elaborada con la realidad, de tal confrontación se obtiene una invaluable experiencia jurídica. De ello se desprende que en muchos casos la Ley es obscura o confusa, o que de plano no regula situaciones concretas que en la práctica se presentan y que no pudieran o no supieron ser previstas por el legislador. En tales casos, los tribunales deben resolver interpretando el sentido de la ley, precisando el predicado de sus términos o elaborando criterios de resolución de casos en que la ley es ausente, recurriendo tanto a los principios generales insertos en cada ordenamiento jurídico, como a los principios superiores por el protegidos y que orientan al mismo Derecho..." (p. 149).

LEGALES EDICIONES

## 2. EXCLUSIVIDAD DE LA LEY COMO FUENTE DE PRODUCCIÓN EN MATERIA PENAL Y PROSCRIPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Es necesario advertir que la primera fuente del Derecho penal es el principio de Legalidad, con el famoso apotema jurídico *nullum crime, nulla poena sina praevia lege*, la misma que es legitimada para crear delitos (o faltas) y penas (o medidas de seguridad. así, por ejemplo, el artículo 11 del Código Penal peruano señala que: *"Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penados por ley"*.

Sin embargo, ello no quiere decir que sea la única fuente en un sentido amplio ya que también existen otras fuentes en dicho derecho sustantivo, que si bien no crean delitos o penas, sirven como fuentes de interpretación y para ello está la jurisprudencia. En ese sentido, la jurisprudencia además de la gran importancia que tiene en cuanto supone un determinado modo de interpretar y aplicar la ley penal en un momento histórico (aunque no es vinculante, ya que puede cambiar de orientación), puede aplicar las otras fuentes, como hemos visto, en materia de exención o atenuación de la responsabilidad penal[23].

Anteriormente en la Ciencia Penal el valor de la jurisprudencia era de servir solo de "fuente del Derecho penal de carácter secundaria", ya que la prioridad de la existencia del Derecho penal en sentido formal siempre ha sido –y siempre lo será– la ley positiva, en la medida en que sólo por ley –en su sentido formal– se pueden crear delitos y faltas (*fuente de criminación primaria de comportamientos punibles*), y que solo a través de la ley formal se pueden crear o modificar las sanciones penales (*fuente de criminación secundaria de consecuencia jurídica*). Sin embargo actualmente a través del auge que está mostrando los fallos vinculantes el valor de la jurisprudencia ha cobrado una expectativa importante en la Ciencia Penal peruana, en el sentido que la jurisprudencia debe ser utilizada como fuente –siem-

23 LUZON PEÑA, Diego Manuel; *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1996, Madrid, p. 158.



LEGALES EDICIONES

pre secundaria por *carencia* de creación de delitos y penas– pero *privilegiada por alto contenido* en la interpretación y fundamentación de las decisiones judiciales.

Entiéndase por ley a una norma jurídica de carácter general aprobada por los órganos públicos que tienen el Poder Legislativo, en los Estados de Derecho el parlamento; donde la ley penal presupone conceptualmente la norma, del mismo modo el Derecho Penal subjetivo presupone conceptualmente el derecho subjetivo a la obediencia de la norma; estos dos derechos subjetivos aparecen estrechamente enlazados, en tanto la lesión de uno supone la fuente del otro[24]. Todo esto no hace más que confirmar la vigencia del denominado principio de legalidad (artículo II del Título Preliminar del Código Penal); o como anota Jiménez de Asúa: "La ley penal es la expresión del Derecho Penal desde el punto de vista objetivo"[25]; en esta misma línea se pronuncia Luzón Peña cuando nos dice que: "La ley Penal es la fuente principalísima del Derecho Penal por ser fuente exclusiva en todo lo relativo a la creación o agravación de la responsabilidad criminal

24 Véase: POLAINO NAVARRETE, Miguel; *Instituciones de Derecho Penal. Parte General,* Lima, 2005, p. 123

25 Véase: JIMÉNEZ DE ASUA, Luis; *Principios de Derecho Penal. La ley y el Delito,* Buenos Aires, 1958, p. 92. De la misma manera: SOLER, Sebastián; *Derecho Penal argentino,* tomo I, 1951, Buenos Aires, p. 126, cuando señala: "La Ley es única fuente inmediata de Derecho Penal. Al sentarse tal principio, sin embargo, entiéndese la palabra ley en su sentido lato, no comprendiendo solamente el Código Penal de la Nación, sino toda otra ley del Congreso que contenga sanciones penales (Código de Justicia Militar, leyes especiales incorporadas o no al C. P.) tampoco se excluyen las leyes dictadas por las provincias en materia de prevención y policía, de acuerdo con las facultades reservadas en el art. 104, C. N., y dentro de la esfera de atribuciones determinada por las constituciones respectivas". PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte General,* Lima, 2000, p. 200, "La ley es una norma obligatoria, general, abstracta, permanente, emanada del Estado según los trámites que nazca la constitución para el ejercicio de la función legislativa promulgada por el Ejecutivo y provista de una sanción (Cf Castellanes 1965 - 99) *solamente la ley, expresión del poder público, puede crear los delitos y las penas".* (las cursivas son mías).

Desde la Teoría General del Derecho "la ley es la voluntad del pueblo, obliga por igual a los ciudadanos y a los órganos del Estado y constituye por tanto no solo una obligación sino también un límite y consiguientemente una protección para aquellos frente a estos". (Véase: DEL VECCHIO, Giorgio; *Los principios generales del Derecho,* Barcelona, 1978, p. 88).

LEGALES EDICIONES

("reserva de ley" en materia Penal)"[26]. Es decir que sólo por ley emanada adecuadamente del Poder Legislativo –o por función delegada al Poder Ejecutivo– se puede "hacer" en sentido objetivo el Derecho penal como crear, modificar o suprimir los hechos punibles del Código Penal o legislación complementaria: delitos y faltas, por ley sólo se puede agravar o atenuar la pena o medida de seguridad de un hecho punible[27].

En ese sentido el Derecho penal de corte euro-continental del cual hemos heredado está dominado por la denominada *lex scripta*; en consecuencia el Juez (penal) no se halla vinculado nada más que a la Ley, sin ninguna otra mediación. Para ser más ilustrativos con este tema citaremos en el derecho comparado el caso de España: en el artículo 117 de la Constitución Española se establece expresamente que los jueces y magistrados están "únicamente sometidos al imperio de la ley". El carácter vinculante del precedente judicial es ajeno a la tradición jurídica continental en la que el órgano jurisdiccional no tiene otra referencia en su labor que la ley[28]. Como ha puesto de manifiesto el Profesor García-Pablos de Molina: "La Constitución española de 1978 ha afectado al sistema de fuentes del Derecho (...) En primer lugar, porque la propia Constitución es una "super-ley", norma básica inspiradora del ordenamiento jurídico; y ocupa el máximo rango jerárquico en el mismo. Prueba de la primacía de la ley Fundamental es que el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, puede declarar la Inconstitucionalidad

26 LUZÓN PEÑA, Diego Manuel; *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1996, p. 137.

27 Nuestro Tribunal Constitucional con fecha 3 de enero de 2003, en el Exp. N° 010-2002-AI/TC, en el caso "Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos", ha dicho, en relación a este tema lo siguiente: "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)"*. (las negritas son mías).

28 Véase: GARCÍA - PABLOS DE MOLINA, Antonio; *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2009, p. 742.

LEGALES EDICIONES

de las leyes o normas con fuerza de ley que la vulneren (art. 164 Constitución Española)"[29].

La vinculación del juez a la ley como expresión del principio de legalidad no significa sólo para el sistema jurídico-penal la garantía de una jurisprudencia consistente y la previsibilidad de la decisión –éstos son intereses de todos que también pueden ser satisfechos por otros sectores jurídicos–, sino sobre todo la protección del inculpado concreto ante la intervención arbitraria (y, por tanto, incontrolable) en sus derechos a la libertad y al patrimonio[30]. Sin embargo, todavía el Derecho consuetudinario goza de una cierta importancia en el Derecho Penal. Su ámbito de aplicación es, por un lado, precisamente la Parte General, porque, ante la parcial codificación de las teorías generales, el Derecho consuetudinario tiene que completar con algunas lagunas, funcionando en realidad como una forma de *interpretación* consuetudinariamente reconocida. Por otro lado, también tiene eficacia el Derecho consuetudinario en la Parte Especial siempre

29 GARCÍA - PABLOS DE MOLINA; 2009, p. 715. En esta misma línea debemos citar, también el Título Preliminar del Código Civil español (reformado por Decreto de 31 de mayo de 1974) que establece lo siguiente: "Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho". La enumeración de fuentes, por tanto, es exhaustiva (*numerus clausus*). En cuanto a la prelación o jerarquía legal de las mismas, no cabe duda de la primacía de la ley, que ocupa el vértice del sistema español de fuentes. Así lo corrobora explícitamente el número 3º del artículo 1 del citado Título Preliminar cuando declara que "la costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada". Y el N° 4 del mismo artículo al añadir que "los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico". Del Título Preliminar del Código Civil Español se desprende, pues, que solo tres fuentes del Derecho poseen capacidad normativa: la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. (Véase: GARCÍA - PABLOS DE MOLINA; 2009, p. 714)

Por consiguiente el Título Preliminar del Código Civil español no cita a la Jurisprudencia en el catálogo exhaustivo de fuentes que enuncia su artículo 1.1 (solo menciona: la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho). El artículo 1.6 del Código Civil español asigna a la jurisprudencia una función muy precisa: "complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios Generales del Derecho", declara el citado precepto. (Véase: GARCÍA – PABLOS DE MOLINA; 2009, p. 741).

30 Véase, en este sentido: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2009, p. 15.

LEGALES EDICIONES

que *beneficie* al ciudadano, derogando (desuetudo), atenuando o limitando por la costumbre los tipos penales[31].

Si bien es cierto que la Revolución Francesa constituye un verdadero punto de inflexión en la historia de la humanidad en la medida en que se sentaron los principios y bases fundamentales del sistema democrático bajo el ideario de libertad, igualdad y fraternidad, también es verdad que, la excesiva desconfianza en los jueces permitió que, sin discusiones se admita la idea del Parlamento como primer poder del Estado, lo que, con excepción del sistema del *common law*, propicio la plasmación del "juez boca de la ley", concepción que a la larga resulto perniciosa y aun está presente en el inconsciente colectivo mundial, con mayor o menor grado[32].

En otras palabras los sistemas de integración jurídica cuando se detecte un "defecto" o "deficiencia" en la legislación, al menos en el campo del Derecho penal no podrá recurrirse por ejemplo a los principios generales del Derecho, a la analogía, a la jurisprudencia ni a la doctrina especializada para llenar esas deficiencias o defectos. El Profesor argentino Sebastián Soler con gran elegancia decía que el Derecho penal es un sistema discontinúo de ilicitudes, por eso el silencio –entiéndase un defecto o vacío en la ley penal– es libertad para el ciudadano. La partida de nacimiento del Derecho penal en los países de tradición romano-germánica lo constituye únicamente el formalismo jurídico proveniente de los Códigos penales o legislaciones complementarias. Sin embargo, debemos tener en consideración que la analogía *pro reo* o llamada también analogía *in bonam* parte ha encontrado cierto reconocimiento y aceptación en el sistema penal.

Ahora bien, acercándonos progresivamente en el campo penal –al menos en el sistema de fuentes– al derecho angloamericano del *common law* donde las decisiones judiciales (precedentes) son fuentes jurídicas autónomas, que gozan del mismo

31 Véase, en este sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, p. 152.

32 GUERRERO LÓPEZ, Iván Salomón; p. 61.



LEGALES EDICIONES

rango que el Derecho legal; mientras que en la Europa continental sólo se les reconoce ese efecto, si llegan a constituir Derecho consuetudinario. Los movimientos codificadores del siglo XIX han reducido en gran parte de la eficacia del Derecho consuetudinario en el ámbito del Derecho penal, y esto se puede ver reflejado en el primer párrafo del artículo 139 de la Constitución Política cuando señala expresamente que *"La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes"*. De la norma acotada, se desprende que constitucionalmente la función jurisdiccional está delimitada por Constitución y la ley, mas no por los precedentes judiciales de carácter vinculantes. Quizá esto tenga su explicación por que los Jueces en nuestro país no son elegidos democráticamente, lo que conlleva que no poseen legitimidad para pretender que sus decisiones posean un contenido normativo similar a la ley. De ahí que, nuestra Constitución ha encomendado la función legislativa al Congreso y por delegación de está al Ejecutivo[33].

Como es sabido el Estado es soberano para crear delitos-faltas y monopoliza la administración de justicia[34], por medio de órganos que deben seguir un debido proceso, el cual no debe estar solamente regulado en la ley, sino que debe ajustarse a derechos constitucionales[35] y también a los tratados internacionales de Derechos Humanos[36]. En ese sentido, a través de la jurispru-

33 *Actualidad Jurídica*, Tomo 184 - Marzo 2009, p. 333

34 La Constitución peruana reconoce la jurisdicción campesina y nativa en su Art. 149, limitándolas al uso del derecho consuetudinario, a su ámbito territorial y la no violación de derechos humanos, esto último limita su operatividad, pues las sanciones casi siempre se vinculan a limitaciones de Derechos Humanos: privación de libertad de tránsito, trabajos forzados, azotes, etc.

35 B. MAIER, Julio; *Derecho Procesal Penal*, tomo I, Fundamentos, Del Puerto, 2da ed., Buenos Aires, 2002, p. 510.

36 El Nuevo Código Procesal Penal reconoce a los Derechos Humanos en su Art. 253.1 (los derechos fundamentales reconocidos por los Tratados de Derechos Humanos sólo podrán ser restringidos, en el marco del proceso si la Ley lo permite), Art. 356.1 (El juicio se realiza sin perjuicio de las garantías reconocidas por los Tratados de Derechos Humanos), Art. 508.1. (Las relaciones de las autoridades peruanas con las extranjeras y con la Corte Penal Internacional en materia de cooperación judicial se rigen por los Tratados Interna-

LEGALES EDICIONES

dencia penal –por más vinculante y obligatoria que sea– no se puede hacer ampliaciones al supuesto de hecho –de interpretaciones analógicas a analogías integrativas– como tampoco se puede hacer ampliaciones en las consecuencias jurídicas –superar los límites máximos de la pena privativa de libertad de un tipo penal–. Si bien la jurisprudencia no puede crear tipos de lo injusto o penas (función reservada exclusivamente a la ley), sin embargo, ella es una fuente de producción derivada, subordinada a la ley[37], los jueces de la Corte Suprema han señalado que "para determinar el carácter delictivo de una conducta, el análisis de la misma pasa por la constatación que hace el juzgador, de que el presupuesto fáctico del cual parte, encuentra identidad con la hipótesis contenida en la norma penal que sanciona el hecho sometido a estudio; una vez realizada la labor de subsumir y agotado el análisis en las esferas de la antijuricidad y de la culpabilidad, la calificación de la conducta delictiva será de vital importancia para el proceso"[38].

En este punto los profesores Muñoz Conde / Mercedes García han dicho que: "En cuanto a la jurisprudencia no puede atribuírsele tampoco carácter de fuente de Derecho penal ni de los restantes sectores del ordenamiento, pero su función complementadora y de apoyo a la interpretación es igualmente destacable"[39]. Por su parte, García–Pablos de Molina sostie-

---

cionales), Art. 524.1 (El tránsito de un extraditado será permitido salvo si se opusieren motivos de derechos humanos).

37 STRATENWERTH, Günther; *Derecho penal. Parte General*, 2005, p. 94.

38 HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2005, p. 178.

39 MUÑOZ CONDE, Francisco/ MERCEDES GARCÍA Aran; *Derecho Penal Parte General*, Valencia, 2000, p. 126. Véase, en este sentido: LUZON PEÑA, Diego Manuel; *Curso de Derecho Penal Parte General I*, Madrid, 1996, p. 157, cuando señala: "En cuanto a la jurisprudencia, que en sentido amplio es la doctrina de los tribunales y en sentido estricto la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, ni siquiera en esta última acepción es fuente directa de creación de Derecho para el ordenamiento en general, sino solo de complemento mediante la interpretación de las otras fuentes".

Del mismo parecer: VILLAVICENCIO TERREROS; 2006, p. 146, cuando apunta que: "En este sentido, el análisis de la jurisprudencia es útil pues permite apreciar un Derecho Penal vigente a través de una constante interpretación, cuando la norma penal aparezca frente al intérprete en forma oscura, contradictoria e imprecisa. Correspondiendo, por ello, al Juez buscar y determinar su verdadero sentido y alcance". Al respecto la jurispru-

LEGALES EDICIONES

ne que: "La jurisprudencia, por tanto, no es fuente del Derecho (penal). No puede crear normas de carácter general, de segura aplicación en el futuro. Aporta solo criterios y pautas interpretativas de aplicación probable, ya que los tribunales suelen seguir la doctrina consolidada del Tribunal Supremo aunque legalmente no estén obligados a hacerlo"[40].

La jurisprudencia para Sebastián Soler "no es fuente inmediata ni mediata del Derecho penal. Este rasgo distingue profundamente nuestro sistema de derecho codificado del sistema del *common law*, en el cual el derecho se va haciendo precisamente por medio de la jurisprudencia de los Tribunales"[41]. Decía Jiménez de Asúa: "La Jurisprudencia es de importancia descollante para interpretar las leyes penales y también para el nacimiento del nuevo Derecho; pero no es fuente independiente ni productora de Derecho penal"[42]. Además confiesa que en muchas ocasiones y para los fines prácticos de un pleito o de una causa, una

---

dencia para PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal*, Lima, p. 115, "No es fuente de Derecho penal, ni aun en forma mediata y se produzca de manera constante. La razón estriba en que las resoluciones judiciales de la Corte Suprema, solamente tiene eficacia obligatoria en un caso concreto, negándose su valor como norma imperativa de carácter general, a situaciones que sobrepasen ese caso concreto"; sin embargo PEÑA CABRERA precisa que: "Ello no es óbice para que consideremos a la jurisprudencia dotada de un gran valor, pues "evita la petrificación del Derecho" y permite corregir interpretaciones que con el correr del tiempo y el desarrollo científico del Derecho se advierten que eran erróneas".

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal; *Introducción al Derecho y Título Preliminar*, Lima, 1991, p. 225, cuando señala que: "Sin embargo la jurisprudencia tiene importancia relevante como medio de interpretación de las normas jurídicas. El juzgador al aplicar la norma jurídica a los casos concretos sometidos a su decisión tiene que previamente fijar su sentido de alcance, por eso se dice que la ley es lo que los jueces quieren que sea o que "la Ley reina y la jurisprudencia gobierna". Pero la jurisprudencia ha de ser siempre según ley, porque esta "se deroga solo por otra ley", la jurisprudencia puede ser modificada por el simple cambio de opinión del Juzgador...".

40 Véase: GARCÍA - PABLOS DE MOLINA, Antonio; *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2009, p. 746.

41 SOLER, Sebastián; *Derecho Penal argentino*, tomo I, 1951, Buenos Aires, p. 135. Agrega SOLER que: "Para nosotros, desde el juez de más modesta competencia hasta el Tribunal de mayor jerarquía, la función jurisdiccional consiste siempre en el deber de aplicar la ley, sin que pueda imponerse al juez ninguna forma determinada de entenderla".

42 Véase: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís; *La ley y el delito*, Buenos Aires, 1979, p. 87.

LEGALES EDICIONES

sentencia oportuna puede tener mayor eficacia que el artículo de una ley. Zaffaroni/Alagia/Slokar son enfáticos en relación a la jurisprudencia como fuente de producción de la ley penal, cuando sostienen que: "Los tribunales no son fuentes de producción de la legislación penal. Por otra parte, la autonomía de criterio de los jueces no puede ser limitada legalmente, dado el vigente y tradicional sistema de control difuso de constitucionalidad, por lo cual toda pretensión de jurisprudencia obligatoria es inconstitucional, a condición de no confundir a esta con cualquier mecanismo que tienda a proporcionar cierta unidad de criterio jurisprudencial por meras razones de economía procesal"[43].

En el contexto peruano si nos amparamos en nuestra Constitución Política de 1993 nos daremos cuenta que dicha política no reconoce expresamente a la jurisprudencia como una fuente del Derecho. De ello da cuenta por ejemplo cuando en reiteradas ocasiones se refiere solamente a la expresión "ley" (artículos 45, 51, 138, 139, inciso 8 y 146 de la Constitución Política). Incluso, en una interpretación razonable parece que la Constitución intencionalmente la quisiera excluir como una fuente del Derecho[44]. Desde el Derecho procesal penal en el contexto peruano también se han pronunciado sobre la negativa de la jurisprudencia como fuente del Derecho. Así por ejemplo el Profesor Del Valle Randich decía lo siguiente: "En nuestro ordenamiento jurídico, dentro de una expresión *lato sensu, no constituye fuente de Derecho,* pues los tribunales por supuesto que sean, no pueden crear ni modificar reglas procesales ya que la labor del juez no es sino aplicar normas de derecho preestablecidas. Es bien cierto

43 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000, p. 118.

44 Véase: CASTILLO ALVA, José Luis, *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*, 2008, Lima, p. 76. Este mismo autor agrega que: (p. 77) "La ley o, en su defecto, los principios generales del Derecho o la costumbre, solo se aplican a través de la jurisprudencia, sea en el ámbito que fuere o en cualquier instancia. En todo caso, lo único que la Constitución descarta es que la jurisprudencia se aplica para cubrir el vacío o deficiencia de la ley. Empero, ello no supone que no pueda emplearse en los demás casos, distintos a la integración o deficiencia de la ley. Por lo tanto, es posible utilizar la jurisprudencia y los precedentes para determinar la interpretación de la ley o la Constitución, sin que por ello exista una infracción al mandato constitucional".



LEGALES EDICIONES

que los jueces no pueden dejar de administrar justicia y cuando encuentran una deficiencia de la ley deben aplicar ciertas normas que sirvan de precedente para actuar en casos iguales, pero no existe una obligación para el juzgador de tener que seguir aplicando el principio del precedente"(las cursivas son mías)[45].

Sería impensable que en nuestro sistema jurídico-penal los magistrados judiciales puedan crear conductas típicas o crear o agravar el sistema de penas (artículo 28) o su temporalidad (artículo 29); el crear más causales para la ejecución de medidas de seguridad. Ahora bien, no es que el Juez Penal no pueda "crear" marcos penales en los tipos de injusto donde va a emitir sentencia condenatoria, porque sí los puede crear por ejemplo en un caso donde se está ventilando un concurso de delitos (artículo 48 o 50 del Código Penal), el Juez Penal, bajo los criterios de la determinación y mensuración judiciales de la pena (artículo 45 y 46 del Código Penal) tiene la obligación jurídica de crear un marco penal *concreto* dentro de varios marcos penales *abstractos*, y no por ello el Juez Penal se le puede cuestionar que está creando penas "por fuera" de nuestro sistema jurídico, sino que es totalmente válido y lícito por lo siguiente: en primer lugar, el propio legislador autoriza la creación de esos marcos penales concretos y en segundo lugar, el Juez Penal de crear la pena concreta debe hacerse en función a las penas abstractas que ha establecido el legislador. Y si existe un precedente judicial vinculante sobre esta temática que ayude al Juez Penal a una mejor orientación/interpretación en la forma o condición para la creación de los marcos penales (concretos) en concursos de delitos en buena hora. Sin embargo, lo que no puede realizar un precedente judicial vinculante es "llenar" los vacíos o defectos de carácter legal, pues sería asumir una función que constitucionalmente no le corresponde.

Sería inconcebible que mediante una sentencia penal vinculante o acuerdo plenario, se puede crear o "revivir" un delito en la Parte Especial o legislación complementaria, so pretexto de

45 DEL VALLE RANDICH, Luis; *Derecho Procesal Penal. Parte General*, Lima, p. 86.

LEGALES EDICIONES

que existe un evidente vacío en el Código Penal de 1991 (por ejemplo el "adulterio" o el "duelo") ya que ganaría en eficacia en el combate contra la delincuencia o desechar del Código Penal figuras obsoletas de connotación ético-moral; sin embargo, el costo resultaría abismalmente desproporcionado ya que se trastocaría seriamente determinados principios de corte constitucional: en primer lugar, el principio de *división de poderes estatales* ya que el Poder Judicial sería quien tenga –en vez del Poder Legislativo– la función de producción normativa del Derecho penal; y en segundo lugar, se vulneraría el principio de *reserva de la ley penal* –como desprendimiento del principio de legalidad– ya que constitucionalmente sólo el Parlamento puede tener la producción normativa del Derecho penal.

Como es sabido, el Tribunal Constitucional peruano también emite sentencias no sólo de carácter normativas, exhortativas, etc., sino también de carácter vinculantes desde el año 2004 dentro de su ámbito de funciones y por propias exigencias legales (véase nuestro Código Procesal Constitucional, artículo VI y VII del Título Preliminar). Ahora bien, no estoy en desacuerdo que las sentencias que emita el Tribunal Constitucional tienen carácter obligatorio para todas las instancias judiciales, es más, aun cuando no estuviese expresamente las normas del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (artículos VI y VII), el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución, sus sentencias tienen carácter vinculante.

Naturalmente el Tribunal Constitucional ha emitido sentencias en el ámbito penal, abarcando todas las áreas jurídicas del mismo: penal material, penal procesal y penal ejecutivo, donde también ha encontrado serios cuestionamientos sus resoluciones y por partida doble; es decir, desde el punto de vista del Poder Judicial ya que en algunos casos el Tribunal Constitucional ha "ingresado" a aspectos propios de la justicia penal ordinaria resolviendo la responsabilidad penal del imputado; y desde el punto de vista del Poder Legislativo asumiendo roles de legislador "llenando" vacíos o defectos que el sistema legal padece.

LEGALES EDICIONES

## III. ¿ES LA JURISPRUDENCIA FUENTE COMPLEMENTARIA DEL DERECHO PENAL?

*"La ley reina y la jurisprudencia gobierna".*

Luis Jiménez de Asúa.

### 1. ASPECTOS HISTÓRICOS DE LA JURISPRUDENCIA

La palabra jurisprudencia proveniente del latin: *juris*= derecho; *prudentia* = sabiduría, para los romanos no es la *sapientia*, es decir, el conocimiento en si, sino que, como dice Cicerón, consiste en la "*rerum expetendarum fugendarum scientia*", esto es, el arte dirigido a alcanzar unas cosas (justicia) y evitar otras (injusticia); entendido entonces como el pronunciamiento de los jueces y tribunales, en *strictu sensu*. El jurisconsulto fue el gran instrumento que hizo posible la creación de las nuevas soluciones jurídicas que los tiempos requerían, en ese sentido "*Se entiende la jurisprudencia romana como quehacer de los jurisconsultos, en la formación del derecho romano*" participación fundamental de la jurisprudencia[46].

La doctrina romana consideraba la Jurisprudencia como sinónima de ciencia o conocimiento del Derecho; así Ulpiano lo expresaba en los siguientes términos "*Iuris Prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*", el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto. El *iurisprudens* vive en al realidad práctica. La definición viene a indicar que la ciencia no está separada de

46 Fue bajo el pontificado de Tiberio Coruncanio (año 254 a.d.C.), que el conocimiento del Derecho dejó de pertenecer a unos pocos (a los pontífices y a los patricios), y así quien desee conocer el Derecho pudo hacerlo, porque se vulgariza su conocimiento con motivo de la publicación del "Ius Flavinum" (publicación de los formularios de las "Legis acciones" y del calendario jurídico por Gneo Flavio) y del Libro de definiciones jurídicas de Q. Mucius Scaevola. (PACCHIONI, J; *Manual de Derecho Romano*, Valladolid, 1942, p. 35). Hasta el tiempo de Augusto no daban los príncipes la facultad de responder públicamente, sino que ellos que tenían satisfacción en sus estudios respondían a los que les consultaban, sin firmar sus respuestas, sino que por lo regular ellos mismos escribían a los jueces o lo atestiguaban los mismos que les consultaban. (...) los juristas patentados van a cobrar su fuerza y valor, no en virtud de *auctoritas* personal del jurista que los emitía, sino en virtud de la *auctoritas* de Augusto.

LEGALES EDICIONES

la vida, sino que sirve a la vida... de ahí que no sea casual que los más antiguos juristas fueran los pontífices, ya que en la antigua confusión entre religión y Derecho, se consideraba a los sacerdotes como las personas más justas y prudentes. Por regla general, la jurisprudencia, no es fuente del Derecho penal[47] por lo menos fuente primigenia, directa sino indirecta de Derecho.

La jurisprudencia, para conseguir su fin se vale de todos los medios y de todos los conocimientos: medicina, religión, retórica, filosofía, historia, filología, sirven al jurista, hasta el punto de que la jurisprudencia se define precisamente como "*divinarum atque humanarum rerum notitia*". Más tarde, con posterioridad se acotará su campo de acción a la noción del Derecho, desligándose de la religión y de la moral[48].

El jurista se llama precisamente *iurisprudens o prudens o prudentior* por antonomasia, en cuanto con plenos conocimientos del Derecho (*iuris scientia*) y dueño de la compleja vida social (*divinarum atque humanarum notitia*) tiene capacidad para enderezar la actividad humana hacia la justicia[49]. Según la historia del Derecho, la jurisprudencia aparece, a continuación de la ley de las XII Tablas, bajo la *forma de una interpretación de la ley*[50]. La jurisprudencia es así definida como fuente del Derecho

47 VILLA STEIN, Javier; *Derecho penal. Parte general*, Lima, 1998, p. 122; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN; *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, p. 117.

48 BIONDI, B.; *"Arte y ciencia del Derecho"*, pp. 61-62.

49 CALVO VIDAL, Félix; *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, p. 65.

50 La interpretación conforme a la Constitución conlleva al uso de un método valorativo pues la interpretación de la ley debe hacerse atendiendo a los valores constitucionales que deben servir de base a la ley. En este sentido, en la metodología jurídica alemana se habla de un método *crítico* valorativo como proceso por el que el juez debe elaborar el significado de la norma a través de los valores que le sirven de base y, como pone de manifiesto LARENZ, "al buscar un orden de valores positivizado, al que pueda y deba orientarse en todo tiempo el jurista llamado a hacer una valoración, el jurista alemán de hoy piensa en primer lugar en la Ley Fundamental y aquí, a su vez, en la Parte de los derechos fundamentales". Si bien los métodos de interpretación y fundamentación del Derecho permiten al juez, en la mayoría de los casos, decidirse por una de las sentidos posibles de la norma, sin embargo, se admite también que, de vez en cuando, le queda al juez un margen de libre enjuiciamiento que ya no puede se rellenado por cualesquiera ponderaciones convincentes, especialmente cuando tiene que concretar una pauta legal de valoración que precisa ser llenada de contenido. Se trata de casos en los que la propia



LEGALES EDICIONES

ley ha renunciado a la fijación de una dimensión cuantitativa para la delimitación del supuesto de hecho y se da, en lugar de un límite tajante en tres distintos casos comparables, un cierto espacio intermedio dentro del cual la resolución del juez puede ser de este o de aquel modo, existiendo, por tanto, un margen de libre enjuiciamiento del juez.

Cuando se otorga por ley una verdadera apreciación libre al juez es para que este encuentre dentro de ciertos límites, obligatoria y no arbitrariamente, pero si subjetiva y personalmente, la decisión correcta del caso concreto, según la concepción personal de lo conveniente, de lo necesario y de lo justo. Por ello, habrá que adoptar un criterio para valorar la injusticia de la resolución que permita también exigir responsabilidad penal por prevaricación en estos casos de libre apreciación judicial. Ahora bien, el hecho de que en el ámbito que hemos denominado márgenes de libre apreciación del juez, el deber de dictar una resolución justa se yuxtaponga con el de dictar una resolución conforme a su convicción jurídica, no implica en absoluto que el criterio de la convicción del juez sobre lo justo ha de prevalecer en todos los casos. Allí donde el ordenamiento jurídico prevea una determinada solución del caso concreto, solo la conformidad de la resolución con el ordenamiento jurídico habrá de servir de parámetro para valorar su justicia. Sin embargo, esta afirmación ha sido cuestionada más o menos explícitamente en la doctrina que se ha ocupado del delito de prevaricación judicial, en cuanto que se ha pretendido establecer una disyuntiva entre resolución legal y resolución justa, negando la tipicidad de la resolución que es ilegal pero justa y afirmando la de aquella que es legal pero injusta.

Cuando de nuestro Código Penal se desprende la expresión: "manifiestamente contrario al texto expreso y claro de la ley" debe de interpretarse como la propia de una resolución que contiene una solución que no es la jurídicamente adecuada al caso, bien porque se haya adoptado infringiendo los métodos o reglas de interpetración o aplicación del Derecho, en cuyo caso, la injusticia de la resolución será perceptible por terceros con la solo lectura de la fundamentación jurídica, bien por que el juez no haya optado, entre las diversas soluciones defendibles, por aquella que, según la convicción jurídica obtenida en el proceso, resulte la más adecuada al caso, la más justa. Con la prohibición de dictar a sabiendas resoluciones injustas lo que se proscribe, en último termino, es que el juez cometa una arbitrariedad, en el sentido amplio de acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho; y una resolución judicial es arbitraria, tanto cuando es claramente contraria a los sentidos posibles de una norma, como cuando se basa en una fundamentación irrazonable, como cuando se dicta sin el propósito de aplicar la solución más justa del caso.

En definitiva, la injusticia exigida por el art. 418 CP se puede manifestar tanto por una resolución cuya fundamentación jurídica o fáctica no es jurídicamente defendible por desviarse de los métodos o criterios científicamente admitidos en la interpretación y aplicación del Derecho o en la determinación y valoración de los hechos probados.

El Juez que de forma inexcusable desconoce los métodos o reglas básicas de la aplicación del Derecho o, por negligencia, no los aplica al caso enjuiciado, incurre en responsabilidad penal por el dictado de una resolución que será manifiestamente injusta. Y es que cuando un juez dicta una resolución con inobservancia de la más elemental técnica jurídica, con independencia del concreto perjuicio que eventualmente ocasione a los

LEGALES EDICIONES

que no depende ni de la actividad legislativa, ni de la del juez, sino de la de los expertos encargados de ayudar a las partes en la práctica jurídica.

La grandeza y apogeo de la jurisprudencia coincide con el principado mientras que a fines de la República, la jurisprudencia quedó reducida a una posición secundaria al tener sus órganos oficiales en las Asambleas legislativas y especialmente en los magistrados *ius dicentes*, la época del Principado debió contar en más amplia medida con la actividad de los juristas.

El jurista romano no se detiene en disquisiciones conceptuales y abstractas, el concepto se sobreentiende inductivamente y va directo al asunto para de su realidad extraer consecuencias eminentemente prácticas, a la vez que justas y necesarias para el convivir social. Y además el poder romano va a respaldar con su autoridad este modo de determinar la justicia. El jurista romano no es el hombre de ciencia que medita y elabora sistemas y doctrinas, que escribe tratados llenos de sabiduría y deducción, sino más bien el "prudens", que en contacto con la vida, con fina perfección lograr satisfacer las necesidades sociales en el ámbito del Derecho. Nosotros esperamos todo de la ley, los romanos, en cambio, esperaban todo de la sabiduría del *iuris prudens*. Esta fue la Ciencia del Derecho para los romanos, este fue el orgullo y la gloria de los juristas: satisfacer las necesidades de la vida con arreglo a la justicia[51].

## 2. EL CONCEPTO DE JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO

### 2.1. Consideraciones generales

La jurisprudencia denominada también precedente judicial, *stare decides*, doctrina jurisprudencial, sentencia normativa, criterio jurisprudencial, es la decisión del más alto Tribunal de un

derechos e intereses de las partes a las que afecta la resolución, esta incumpliendo una exigencia básica de la propia posición constitucional del juez y del sistema jurídico como es la vinculación de los jueces al Derecho.

51 CALVO VIDAL, Félix; *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, p. 73.



LEGALES EDICIONES

país que, al resolver un caso concreto, establece un principio o doctrina jurídica vinculante para el propio Tribunal Supremo y para todos los órganos jurisprudenciales inferiores[52]. En otras palabras, la creación del Derecho debe ser la obra conjunta del legislador y el juez, puesto que el legislador dicta la ley, pero ésta no opera por si sola sino a través del juez.

El Tribunal Constitucional peruano (en el expediente N° 0024-2003- AI/TC, del 10 de octubre de 2005, primera consideración) ha definido el precedente vinculante como "aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, viene en paramento normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El precedente constitucional tiene por su condición de tales efectos similares a una ley". Es decir, continua diciendo el Tribunal Constitucional que "la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos"[53].

Por su parte Mudges decía que "la ley es lo que los jueces dicen que es"[54]; esto hace alusión a que la jurisprudencia no es una ley, sino la interpretación de ella, judicialmente adoptada, aquello que los jueces sienten de acuerdo a su convicción personal del caso. Se entiende por jurisprudencia a las reiteradas interpretaciones que de las normas jurídicas hacen los Tribuna-

52 Véase: TORRES VÁSQUEZ, Aníbal; *La Jurisprudencia como fuente del derecho*, p. 225. EZANIE, Amado; *Diccionario jurídico*, Lima, pp. 928 y 929, nos dice que la jurisprudencia: "Es la interpretación reiterada que los tribunales correccionales establecen en los asuntos que conocen". / Conforme Jesús Edelmiro PORTO, la jurisprudencia la constituye aquel conjunto de principios contenidos en las resoluciones de los jueces. La actividad del juez se reduce a aplicar el derecho penal vigente a los casos concretos, pero sin que pueda crear ni modificar las normas jurídicas. De allí la jurisprudencia no es fuente del Derecho penal. / Para Juan DEL ROSAL, la jurisprudencia debe ser insertada en la teoría de la interpretación, puesto que su misión consiste en esclarecer el precepto jurídico-penal, con lo cual en cierto sentido, es recreadora del mismo.

53 Véase: CASTILLO CÓRDOVA, Luis; *Estudio y Jurisprudencia del Código Procesal Constitucional*, Gaceta Jurídica S.A, Enero, 2009, p. 27.

54 Véase: ROSSANO, María del Carmen; *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, p. 313.

LEGALES EDICIONES

les de Justicia en sus resoluciones, y constituye una de las Fuentes del Derecho, según el país. También puede decirse que es el conjunto de fallos firmes y uniformes dictados por los órganos jurisdiccionales del Estado. Esto significa que para conocer el contenido cabal de las normas vigentes hay que considerar cómo las mismas se vienen aplicando en cada momento. Por ello una resolución aislada no constituye jurisprudencia. La aplicación particular y concreta, no repetida, que realiza un órgano de justicia del Derecho en el mejor de los casos podrá tratarse de un fallo judicial justo y tal vez modélico *leading case*, pero todavía no constituye jurisprudencia.

Puede decirse que la jurisprudencia es el derecho vivo[55], y como tal su aplicación no debe contradecir la posición doctrinal dominante. La fusión entre "jurisprudencia-doctrina" debe ser una relación dinámica y sistemática en la interpretación sobre una institución jurídico-dogmática. "En el caso concreto, la pena justa es casi siempre el resultado de la colaboración entre ley y juez. No toda pena legalmente posible es justa, o sea, pena justa en el caso particular y, pues, pena legalmente admisible. La ley *exige* la colaboración del juez para encontrar la reacción justa"[56]. Pues como dice Hurtado Pozo: "La ley no es simplemente una especie de proposición en diversas soluciones que el intérprete pueda ignorar a su antojo. Además, como ya lo hemos señalado, la aplicación de la ley se hace en un contexto determinado por el conjunto de normas legales, principios jurídicos y criterios jurisprudenciales"[57].

La eficacia del Derecho y, por lo tanto, la confianza del ciudadano en la efectividad de las normas dependen de la aplicación que se haga de sus normas. El Derecho no puede ser creado arbitrariamente sino que debe ser descubierto sobre la base de

55 Véase: REYES ECHANDÍA, Alfonso; *Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, 1990, p. 48.

56 Véase: BAUMANN, Jürgen; *Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*, traducción de la 4ta edición alemana por Conrado A. Finzi, Buenos Aires, 1973, p. 65.

57 Véase: HURTADO POZO, José; "A propósito de la interpretación de la ley penal", en: *Doctrina Penal*, N 55 y 56, 1991, p. 515.

LEGALES EDICIONES

la experiencia judicial que en el pasado logro alcanzar un nivel adecuado de justicia o que, en todo caso, fracaso en el intento[58]. El Derecho legislado y el Derecho aplicado adquieren también una función necesariamente complementaria respecto de la garantía de la seguridad jurídica, pues la aplicación misma del Derecho debe resultar previsible y calculable. Dicho con otras palabras: un sistema de normas solo existe como tal en la medida en la que es aplicado mediante decisiones concretas[59]. De todo ello surge que el sistema jurídico de un Estado de Derecho solo puede funcionar si se garantiza en su aplicación continuidad y unidad de interpretación orden normativo. Mientras la continuidad requiera vinculación de los tribunales de su misma jerarquía (vinculación horizontal), la unidad del orden jurídico exige la vinculación de los tribunales a una instancia interpretativa unificada (vinculación vertical)[60].

Marcial Rubio Correa (El Sistema Jurídico peruano) sostiene que la jurisprudencia es fuente auxiliar del Derecho y que cumple un rol meramente ilustrativo. En un sistema como el nuestro, es la legislación la fuente predominante y la ideología o paradigma en el cual se han educado gruesamente los operadores del sistema legal, es el de la aplicación mecánica de la ley, sin reconocer espacios de creación judicial del Derecho a través de la jurisprudencia. La jurisprudencia puede ser entendida en **sentido lato** y en **sentido estricto**. En el primero son todas las resoluciones judiciales que pasan en autoridad de cosa juzgada y las administrativas que quedan firmes. En sentido estricto, son las resoluciones que emite la última sentencia del Poder Judicial, o la que agota la vía administrativa, según el procedimiento de que se trate.

Réne David, respecto a la norma legal señala: "(...) solo se verá plenamente incorporada al derecho una vez que haya sido

58 Véase: CASTILLO ALVA, José Luis; *Jurisprudencia Penal 1-Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República,* Lima, 2006, p. 14.

59 Véase: BACIGALUPO, Enrique; *Técnica de resolución de casos penales,* Buenos Aires, pp. 67 y 68.

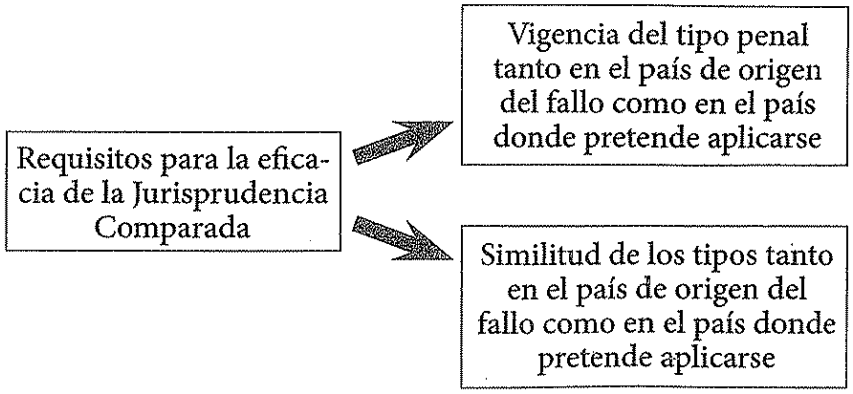
60 Véase: BACIGALUPO; p. 68.

LEGALES EDICIONES

aplicada e interpretada por los tribunales, y en la forma y medida en que se haya llevado a cabo esa interpretación y aplicación (...) se tiende a citar tan pronto como se pueda, no el texto legal, sino la sentencia en que haya recibido aplicación dicho texto legal. Sólo en presencia de dichas sentencias sabrá el jurista lo que quiere decir la ley, porque solamente entonces encontrará la norma jurídica en la forma que resulta familiar, es decir, en la forma de regla jurisprudencial"[61].

Por otro lado la eficacia de la jurisprudencia comparada –al menos en materia penal– y su utilidad en nuestro país, debe estar supeditada a dos condicionamientos:

- En primer lugar, que tanto en el país extranjero como en el nuestro el delito (o sea tipo penal específico) debe estar vigente, o, en todo caso, si ya fue abrogado o modificado en el país extranjero dicho delito, en el país donde se quiere aplicar, es decir, en el nuestro, debe estar vigente;
- En segundo lugar, que tanto en el país extranjero como en el nuestro el delito (es decir, tipo penal específico) debe ser **parecido o similar en su redacción típica**. Resultará impertinente si en el país extranjero el delito es de resultado lesivo, y en nuestro, por ejemplo, es un tipo de peligro abstracto.




61 Véase: DAVID René; 1969, pp. 297-98. En: TORRES VÁSQUEZ, Aníbal; *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*, Revista Institucional, p. 224.



LEGALES EDICIONES

## 2.2. La jurisprudencia y la costumbre judicial

El secreto de la jurisprudencia esta en la existencia de su núcleo ideal genérico, idéntico, común a una serie indefinida de casos individuales, pese a que estos son, en su concreta realidad existencial, diversos. La jurisprudencia es pues, similar a la costumbre y por ello ya hemos tenido que tomar contacto con ella al hablar de la "costumbre judicial"[62]. La confusión entre costumbre y jurisprudencia ha originado la llamada "costumbre jurisprudencial", esto es aquella en virtud de la cual las decisiones reiteradas de los tribunales, si corresponde a la convicción jurídica general, constituyen derecho consuetudinario vinculante. No obstante, por reiterada y constante que sea la jurisprudencia, los tribunales no están sujetos necesariamente a los criterios mantenidos por ellos mismos o por otros tribunales, tanto es así que la misma Carta Fundamental expresa que los jueces en sus provincias, solo están sometidos al imperio de la ley[63].

La jurisprudencia tiene algo de consuetudinario por referirse a la práctica judicial constante e interpretación de las leyes u otras fuentes del Derecho, pero cuando el ordenamiento jurídico hace referencia a la costumbre es a la que se vive en un lugar y no a la elaborada judicialmente[64]. Debemos precisar que la influencia de los precedentes judiciales no solo se reduce a los

62 Véase: AFTALION, Enrique / VILLANOVA, José / RAFFO, Julio; *Introducción al Derecho,* tercera edición, Buenos Aires, p. 643.

63 Véase: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando; *Manual de Derecho Penal. Parte General,* Bogotá, 2002, p. 230.

64 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal; *Introducción al Derecho y Título Preliminar,* Lima, 1991, p. 225. Por su parte: CASTILLO ALVA, José Luis; *Principios de Derecho Penal. Parte General,* Lima, 2004, p. 199, señala en este punto lo siguiente: "Resulta problemático delimitar cuando una costumbre logra afirmarse en sede judicial o, en líneas generales, cuando la práctica judicial se erige también en derecho consuetudinario. No siempre las decisiones judiciales se ajustan a los requerimientos sociales, ni cumplen sus exigencias, más aun si son injustas, pues en no pocas ocasiones toman distancia de ellas. Una de las vías para comprobar el grado de legitimidad de la jurisprudencia esta dada por el respeto a las convicciones jurídicas de la comunidad y por la aceptación que tienen dichas decisiones en el seno de la sociedad. Debe lamentarse el hecho que en el Perú haya un profundo distanciamiento de la jurisprudencia de las convicciones jurídicas generales, situación que socava la seguridad jurídica y abre las puertas de "la infidelidad" para con las normas jurídicas, y que contrasta además con la realidad de otros países en donde la expresión

LEGALES EDICIONES

órganos de justicia. Se extiende también al ejercicio profesional de la abogacía y a la información que pueden proporcionar a los ciudadanos sobre la forma de cómo los Tribunales de Justicia resuelven un determinado caso permitiendo una administración de justicia más uniforme, previsible, racional y, por tanto, mas confiable y segura[65].

### 2.3. La predictibilidad e igualdad en la aplicación de la ley como característica de la jurisprudencia

Los criterios jurisprudenciales como fuente del Derecho es considerado de gran utilidad para la sociedad, al cumplir dos funciones de vital importancia para el adecuado funcionamiento de un ordenamiento jurídico: (i) generar predictibilidad respecto a las decisiones judiciales y, (ii) permite que los usuarios del servicio de administración de justicia reciban, en situaciones idénticas o similares, un trato igualitario[66]. Más aún si tenemos en cuenta que el Tribunal Constitucional peruano en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00047-2004-AI, de fecha 24 de Abril del 2006, en el Caso "Gobierno Regional de San Martín", rediseña, si cabe la expresión, el sistema de fuentes (en materia constitucional) en nuestro ordenamiento jurídico; de esta manera, el máximo intérprete de la Constitución encuentra en la jurisprudencia una nueva fuente del Derecho en el Perú[67].

El efecto de la vinculación de los fallos judiciales se fundamenta en el principio-derecho de igualdad consagrado en el ar-

---

más importante del derecho consuetudinario viene representada por la práctica continua de los tribunales".

65 CASTILLO ALVA, José Luis; *Jurisprudencia Penal 1-Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República,* Lima, 2006, p. 21.

66 En: *Actualidad Jurídica,* tomo 178, septiembre 2008, Gaceta Jurídica, p. 82.

67 La citada sentencia nos permite conocer el lugar que ocupa un precedente constitucional vinculante en el sistema de fuentes regulado por la Constitución. Según el Tribunal Constitucional se consagra en la Constitución diversos tipos normativos; unos con rango de la ley y otros con rango reglamentario. Como fuentes normativas con rango distinto a la ley, el TC ubica a la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales del Derecho, el contrato (la autonomía de la voluntad) y la doctrina. (Véase: *Actualidad Jurídica,* tomo 172, Marzo 2008, Gaceta Jurídica, p. 188).

LEGALES EDICIONES

tículo 2 inciso 2) de la Constitución Política, que a su vez, se distingue en dos manifestaciones:

- En primer lugar en "la igualdad en la ley"[68], y
- En segundo lugar en la "igualdad en la aplicación de la ley"[69], sobre éste última manifestación es donde se compromete el tema de los precedentes judiciales de carácter vinculante. Sin embargo, no solo en el principio-derecho a la igualdad se sustenta la vinculación de los fallos judiciales sino también en el principio de la seguridad jurídica y en la armonía con la tutela judicial efectiva[70]. El principio "igualdad de todos los ciudadanos ante la ley"[71], y "a igual razón, igual derecho"

68 Esta primera manifestación constituye un límite para el legislador, en tanto la actividad de legislar deberá estar encaminada a respetar la igualdad, encontrándose vedado establecer diferenciaciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. Se exige en el legislador que las relaciones y situaciones jurídicas determinadas que vaya a determinar deban garantizar un trato igual y sin discriminaciones.

69 Con esta segunda manifestación se configura como límite al actuar de órganos públicos, principalmente los jurisdiccionales y administrativos, en el sentido que estos órganos al momento de aplicar la ley, no deban atribuir una consecuencia jurídica a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales. En otros términos, la ley debe ser aplicada de modo igual a todos aquellos que estén en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes en la ley. El Tribunal Constitucional, máximo interprete de la Constitución resuelve y determina que: *"La igualdad en la aplicación de la ley impone, pues, una obligación a todos los órganos públicos de no aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentran en casos o situaciones similares. Esta dimensión del derecho a la igualdad vincula, esencialmente, a los órganos administrativos y jurisdiccionales." (Ver Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) recaída en el Expediente N° 01279-2002-AA, fs 2).* El principio de igualdad en la aplicación del derecho penal, principio cuyo contenido y alcances forma parte de la amplia gama de garantías fundamentales que rodean al proceso penal en un Estado de Derecho, tal cual lo expone con suma claridad CAFFERATA NORES, José; *Proceso penal y Derechos Humanos*, pp. 23 y ss.

70 Véase en este sentido: BACIGALUPO, Enrique; *Técnica de resolución de casos penales*, Buenos Aires, p. 64, nos dice lo siguiente: "Estado de Derecho, **seguridad jurídica** y derecho a la igualdad configuran el marco constitucional dentro del cual se debe plantear la cuestión de la fuerza obligatoria de la jurisprudencia" (negritas fuera del texto). Continúa BACIGALUPO señalando que en "un Estado de derecho, en consecuencia, es aquel en el que los ciudadanos puedan calcular anticipadamente qué ocurrirá en el futuro en un sentido específico; es decir, como se comportarán otros individuos y como lo hará el Estado, sobre todo como garante de la *eficacia* del Derecho". (p. 65).

71 MARCO NORMATIVO PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD ANTE LA LEY. CONSTITUCIÓN POLÍTICA *Art. 2 inciso 2.- A la igualdad ante la ley.*

LEGALES EDICIONES

*Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.*

CÓDIGO PENAL.- *Art 10.- La ley se aplica con igualdad.*

Este principio genérico de la igualdad jurídica esta reconocido en diversos documentos internacionales:

LA DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (1948) *Art. II.- Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.*

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (16/11/1966) *Art. 14. 1.1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia.*

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (22/11/1979) *Art. 24.- Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho sin discriminación, a igual protección de la ley.*

José HURTADO POZO, en su obra *MANUAL DE DERECHO PENAL. Parte General*, Grijley, Lima, 2005, señala: *"En relación con el derecho penal dice Bramont Arias que "el principio de que ahora nos ocupamos sólo requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros, en idénticas circunstancias, esto es que todos los habitantes sean tratados del mismo modo, siempre que se encuentren en iguales circunstancias y condiciones", y concluye "en pocas palabras: igualdad de trato en igualdad de condiciones". (*BRAMONT ARIAS, *1950, p. 242, citado por* HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal, 2005, p. 337). "El mismo criterio de la igualdad supone que se trate dos situaciones de modo semejante en la medida en que son parecidas..." (p. 339).*

Por su parte, José Luis CASTILLO ALVA, al desarrollar dicho principio en la obra *Código Penal COMENTADO*, Tomo I, Título Preliminar, Parte General, Gaceta, Lima, 2004, sostiene con acierto: *"[el principio de igualdad] "supone... la igualdad ante la ley, entendida más como una interdicción del Estado para discriminar ciudadanos en el reconocimiento, tutela o promoción de sus derechos...". El Tribunal Constitucional lo ha entendido como a) un límite para la actuación normativa... jurisdiccional de los poderes públicos... c) como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria de la dignidad de la personas)... [además] el Tribunal Constitucional ha señalado que "el derecho a la igualdad supone tratar "igual a los que son iguales"... (p. 352.).*

MARCO JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD ANTE LA LEY. Destacamos el criterio plasmado por nuestro órgano máximo de interpretación constitucional en los siguientes tres casos:

EXP. N° 0222-2004-HC/TC CASO PABLO HUGO TORRES ARANA *"9... resulta de aplicación la... Ley N° 27226, para casos... en que no se ha producido la ejecución efectiva del mandato de detención, por cuanto este no... implica que el juez esté impedido de variar una medida cautelar, conforme a los derechos fundamentales de igualdad procesal ante la ley, a la libertad y a la presunción de inocencia... de la Constitución, respectivamente."*

EXP. 0261-2003-AA/TC Caso de la CÁMARA PERUANA DE LA CONSTRUCCIÓN-CAPECO

LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA IGUALDAD. *La igualdad debe ser percibida en dos planos....En el segundo, se presenta como un derecho fundamental de la persona. ...Como derecho fundamental comporta ...ser tratada igual que los demás en relación a hechos,*

LEGALES EDICIONES

apuntan a garantizar al ciudadano una justicia predecible, crear seguridad jurídica, el hecho de resolver casos iguales en forma diferente en vez de generar confianza determina que la comunidad desconfíe del sistema de justicia. Nada justifica: ni la falta de recursos, ni la falta de reglamentos, ni cualquier otra excusa para que la Corte Suprema tome la decisión de crear la doctrina jurisprudencial. La interpretación o hermenéutica jurídica es la *conditio sine qua non* del Derecho, sin ella no hay desenvolvimiento del ordenamiento jurídico.

La Ejecutoria Suprema de fecha 4 de Mayo de 2009 R.N. N° 05 - 02 - 2008 Lima, expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho lo siguiente: "Que el aforismo, *"a igual razón, igual derecho"* o *"igualdad de todos los ciudadanos ante ley"* aplicable al asunto judicial, corresponde a que en los casos iguales, semejantes o análogos se debe tener la misma respuesta jurídica, pues la administración de justicia

---

*situaciones o acontecimientos coincidentes ... derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias. ... la igualdad es un principio–derecho que instala a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. .... de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones.....Dicha igualdad implica ...: a) la abstención de toda acción ... jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable, y b) la existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas.*

EXP. 0016-2002-AI/TC, 30/4/03, CASO COLEGIO DE NOTARIOS DE JUNÍN. *11 ... el derecho a la igualdad supone tratar "igual a los que son iguales" ... parte de la premisa de que es posible constatar que en los hechos no son pocas las ocasiones en que un determinado grupo de individuos se encuentran postergados en el acceso, en igualdad de condiciones, a las mismas oportunidades.* ...EXPEDIENTE 0048-2004-AI/TC 11/04/05 CASO JOSÉ MIGUEL MORALES DASSO, EN REPRESENTACIÓN DE CINCO MIL CIUDADANOS (DEMANDANTE) CONTRA EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA (DEMANDADO) *60. Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales... 61.... la igualdad, además de... derecho fundamental, es un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos.*

LEGALES EDICIONES

tiene por función, además de resolver conflictos, crear seguridad jurídica, tratando igual a los casos similares, garantizando a la comunidad una justicia predecible; que el apotegma en referencia se fundamenta en el *"Principio de Igualdad"*, que si bien no contiene *"... un mandato expreso de trato igual para todos, no importando las circunstancias en las que se encuentren, sino una exigencia de trato igualitario si se encuentra en situación análoga, y de trato desigualitario si no está en igualdad de condiciones. Detrás de esta última exigencia –también se ha dicho–, para que un trato diferenciado no resulte lesivo de la cláusula de la igualdad es preciso que este se sustente en razones objetivas y razonables, quedando proscrito, por tanto, cualquier tratamiento diferenciado que sólo se sustente en razones subjetivas como el sexo de una persona, su raza, opción política, religiosa, idioma, origen, opinión, condición económica o de cualquier otra índole"(Diccionario de Jurisprudencia Penal; José Antonio Caro Jhon; Editora Jurídica Grijley; Lima; octubre de dos mil siete; página trescientos tres)"*.

"La obligatoriedad de los precedentes de la Corte Superior de Justicia se explica, no solo por el principio de igualdad, sino por la función cardinal de dicha corporación, de fungir como órgano de unificación de la jurisprudencia nacional. Sin dicha unificación no resulta posible el logro de una igual aplicación del Derecho (que comporta, además, igual interpretación del Derecho)"[72]

Hassemer ha dicho que "junto a una formación y selección de los juristas orientada al Estado de Derecho, para la concreción de la prohibición de analogía son también de importancia sobre todo dos cuestiones que caracterizan en cierta medida a nuestra justicia penal: la formación de la jurisprudencia en un sistema transparente y su acompañamiento crítico por la opinión pública. El temor de que la prohibición de analogía a disposición del juez tenga como consecuencia subjetivismos imprevisibles e indominables por parte de los jueces particulares en perjuicio del afectado, carecería de fundamento; no se tomaría en cuen-

72 BERNAL CUELLAR, Jaime / MONTE ALEGRE LYNETT, Eduardo; *El Proceso Penal, fundamentos constitucionales del sistema acusatorio*, Editorial Cordillera S.A.C., 2004, p. 69.

LEGALES EDICIONES

ta que la jurisprudencia, en las formas de organización modernas, constituye un sistema complejo de información, control y corrección recíproca. La jurisprudencia está "sujeta" a sí misma (menos afectivamente a la ley, sino, en la práctica, en forma múltiple): las instancias más bajas en la misma causa, a la decisión de las más altas, y todas a la "opinión dominante" o a las propias tradiciones del tribunal. La mayoría de estos vínculos son informales, pero no por ello menos efectivos; por regla general, evitan modificaciones espontáneas. Por cierto, su problemática también se ve claramente: la falta de transparencia de un sistema complejo para quien está fuera de él. Aquí solamente se puede ayudar a largo plazo mediante los instrumentos "blandos" de una mejor información de la opinión pública acerca del interior de la justicia (medios, instrucción jurídica)"[73].

## IV. SOBRE LA PROBLEMÁTICA DEL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA PENAL

Estamos de acuerdo que la jurisprudencia no puede ser al menos en el campo del Derecho penal fuente de producción formal, sino que la jurisprudencia debe ser fuente de información para todos los operadores jurídicos para una aplicación –racional– de la norma penal. Especial mención de Información que será suministrada por los mismos magistrados quienes aplican la norma penal al caso concreto. La jurisprudencia en materia penal, valido también para cualquier materia jurídica, debe ser considerada como fuente de "información privilegiada" para asegurar una correcta aplicación del Derecho penal a la realidad concreta.

La función de mayor interés de la jurisprudencia, a saber, la de determinar los criterios que guíen y orienten el proceso de concreción del mandato normativo abstracto a la realidad social, declarando que supuestos concretos de esta se subsumen en la ley, se constata fundamentalmente a propósito y con relación a los tipos abiertos, las denominadas cláusulas generales,

73 HASSEMER, Winfried; *Crítica al Derecho penal de hoy,* traducción de Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, (primera reimpresión 2003), pp. 42 y 43.

LEGALES EDICIONES

los elementos normativos o valorativos del tipo y las leyes penales en blanco. Porque solo la jurisprudencia puede en estos casos y otros similares dar contenido real a unas normas penales abstractas que sin la intervención cuasinormativa del juez seguirían siendo meras fórmulas indiciarias, vacías de significado, inexpresivas. Pues, como destaca la moderna hermenéutica, las leyes son mandatos estructuralmente incompletos hasta que el juez las aplica a la realidad.

Por ejemplo un caso donde la jurisprudencia nacional ha ejercido notoriedad es cuando ha analizado el artículo 284[74] del todavía vigente Código de Procedimientos Penales. En efecto el citado artículo 284 establece muy escuetamente, entre otros elementos, que se debe de dictar sentencia absolutoria si las pruebas han demostrado la inocencia del imputado, o de que ellas no son suficientes para establecer su culpabilidad[75], interpretación *contrario sensu*, se emitirá sentencia condenatoria si las pruebas deben de ser suficientes para establecer culpabilidad[76]. Como puede observase la norma jurídica no establece ningún tipo de

---

74 Código de Procedimientos Penales. Artículo 284.- Contenido y Ejecución de la Sentencia Absolutoria: *"La sentencia absolutoria deberá contener la exposición del hecho imputado y la declaración de que este no se ha realizado, de que las pruebas han demostrado la inocencia del acusado, o de que ellas no son suficientes para establecer su culpabilidad...."*.

75 "Ante la inexistencia de pruebas suficientes sobre la responsabilidad del inculpado, procede absolverlo en virtud de la presunción de inocencia" (Ver Expediente N° 96-122, *Serie de Jurisprudencia 3, Academia de la Magistratura*, Lima, 2000, p. 359).

"La sentencia condenatoria debe fundarse en suficientes elementos de prueba que acrediten de manera clara e indubitable la responsabilidad del encausado, por lo que a falta de tales elementos procede su absolución..." (ver R.N. N° 5169-98-Arequipa; ROJAS VARGAS, Fidel; *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal (1999-2000)*, Idemsa, 2002, p. 173).

"Se confirma la sentencia de vista por considerarse que en el proceso penal se ha acreditado, desbaratando la presunción de inocencia existente a favor del imputado, la responsabilidad penal del imputado con una mínima actividad probatoria..." (ver R.N. N° 563-2003, REYNA ALFARO, Luis Miguel; *Los Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexual*, Jurista Editores, 2005, p. 412).

"Le es aplicable al acusado el principio del *in dubio pro reo*, al no haberse destruido la presunción de inocencia por existir en autos tan sólo impresiones o apariencias resultantes de meras sindicaciones no constatadas en el proceso" (ver R.N. N° 4073-98- Lambayeque, ROJAS VARGAS, Fidel; *Jurisprudencia Penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 290).

76 "La sentencia condenatoria debe fundarse en suficientes elementos de prueba que acrediten la responsabilidad..." (ver Exp. 5352-97-Ayacucho, ROJAS VARGAS, Fidel; *Juris-*

LEGALES EDICIONES

desarrollo más allá de lo que establece su propia redacción, dejando como es obvio a la jurisprudencia –y a la doctrina– su posterior alcance y desarrollo.

Seria muy pobre el Derecho penal si pretendiese negar la importancia de los datos históricos, de los criterios jurisprudenciales, de la información política, social y económica, de la ubicación en la historia de las ideas y en el marco de la dinámica cultural y de todo aporte científico que le pueda aclarar el efecto real de la norma en la práctica del sistema penal, contribuir al esclarecimiento y a la crítica del sistema penal, contribuir al esclarecimiento y a la critica ideológica de las norma o del esclarecimiento de su función, etc.[77] En ocasiones, ha sido la jurisprudencia la que ha motivado la modificación de la ley penal a través de la reiteración de fallos en los que se plasmaba determinada aplicación del Derecho Penal[78]. Ahora bien si bien la jurisprudencia no puede crear tipos de lo injusto o penas (función reservada exclusivamente a la ley), sin embargo, ella es una fuente de producción derivada, subordinada a la ley. De esta manera, cumple una función complementadora y de apoyo a la interpretación[79].

---

*prudencia Penal Comentada,* Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, p. 120; ver también R.N. N° 5529-96, *Revista Peruana de Jurisprudencia,* Año I, N° 1, Normas Legales, p. 448).

"Que exista prueba de carácter personal, testifical, material y científica o pericial que analizados individual y en conjunto apuntan unívocamente contra el imputado..." (ver R.N. N° 594-2005-Lima)

"Para los efectos de imponer una sentencia condenatoria los hechos delictivos denunciados deben quedar fehacientemente acreditados por los distintos medios de prueba, tal como lo tiene establecido el artículo 285 del Código de Procedimientos Penales" (ver R.N. N° 576-2004-Cusco).

"... La sentencia condenatoria debe fundarse en suficientes elementos de prueba que acrediten de manera clara y convincente la responsabilidad del imputado en los hechos investigados, por lo que a falta de tales elementos procede la absolución" (ver R.N. N° 1767-97-Lima, ROJAS VARGAS, Fidel; *Jurisprudencia Penal,* Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 120).

77 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal. Parte General,* Buenos Aires, 2006, p. 89.

78 Véase, en este sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCIA ARAN, Mercedes; *Derecho Penal Parte General,* Valencia, 2000, p. 126.

79 Véase: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; *Derecho Penal. Parte General,* Lima, 2006, p. 145.

LEGALES EDICIONES

Según Prado Saldarriaga[80] acertadamente anota que la problemática de nuestra jurisprudencia penal se puede deber a varios factores, que serían los siguientes:

a) *Pluralidad de criterios de interpretación sobre un mismo problema jurídico*, en el sentido de que la ausencia de precedentes que adquieran solidez y permanencia en la solución de casos similares, y un ejemplo de esto es –según– la sinuosa actitud de las instancias de la judicatura penal, frente al carácter instantáneo o permanente del delito de usurpación en su modalidad de despojo (art. 202, inc. 2 CP);

b) *Escasa o confusa argumentación en torno a la interpretación y decisión del caso planteado*. La redacción de una sentencia o ejecutoria penal adolece de falta de sintaxis, en resumen se escribe mucho en una sentencia y se dice muy poco a la vez. De otro lado, las más de las veces la fundamentación jurídica de la decisión se resume en una frase general o se cita un artículo que ofrece múltiples opciones normativas;

c) *Ausencia frecuente de referencias a las bases teóricas o informativas que ilustran o sustentan el fallo expuesto*, si bien una sentencia no requiere una justificación teórica a partir de referencias a la doctrina o extranjera, ello se hace necesario cuando se aplican concepciones o construcciones dogmáticas específicas de escasa difusión en el país;

d) *Desconocimiento o confusión en torno a determinadas instituciones o principios del Derecho penal sustantivo*, es evidente que aún transitamos por un proceso de asimilación de nuevas instituciones que introdujo el Código Penal de 1991, también es correcto reconocer –señala Prado Saldarriaga[81]– que todavía existen espacios de nuestra legislación penal sustantiva, que no han sido desarrollados por la doctrina nacional;

e) *Limitada actitud creadora frente a las ambigüedades o vacíos del texto legal*, en el sentido que si hay algo que realza el tra-

80 PRADO SALDARRIAGA, Víctor; *Derecho Penal, jueces y jurisprudencia*, Lima, 1999, pp. 28 y ss.

81 PRADO SALDARRIAGA; 1999, p. 29.

LEGALES EDICIONES

bajo jurisprudencial es la oportunidad creativa que concede a los magistrados; por ello más allá de la discusión de si el Juez con su actividad crea normas –ya sea generales o individuales– no hay duda de que es un auténtico creador del Derecho. Esta labor no lo realiza de forma autárquica o autosuficiente, sino más bien colabora junto al legislador o con la administración en el proceso dinámico de creación del orden jurídico; de ahí que una "jurisprudencia" que no crea derecho no merece ser reconocida como tal, y en el Perú se observa una actitud sumamente pasiva por parte del operador judicial[82]. Decimos que la ley opera a través del juez, pues numerosos son los casos donde el juez no encuentra disposición aplicable, al supuesto hecho delictivo, y como no puede dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley (...) debe realizar una verdadera labor de creación con el propósito de llenar los vacíos de aquella[83]. Sin embargo, habrá que mencionar que si bien debe existir permanentemente una creación del Derecho por parte de la jurisprudencia, ésta creación no debe significar –al menos en Derecho penal– la aparición de interpretaciones judiciales más allá del tenor literal de la norma jurídico-penal, más todavía cuando en la Parte Especial el principio de legalidad tiene una función real.

A mi juicio la modificación que se realizó en el año 2004 (a través de la Ley Nro. 959 del 17-08-04) referente al artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales tuvo, entre sus objetivos, poner en evidencia las enormes deficiencias y defectos del sistema jurídico románico-germánico del cual nuestro Derecho penal es tributario; en otras palabras, el sistema de fuente bandera del Derecho penal cual es la ley positiva resulta ser hoy por hoy "insuficiente" de cara a la resolución de casos penales. Al parecer el legislador en materia penal no está siempre lo suficientemente claro y preciso a la hora de la creación de las normas penales. Aquí nos encontramos con aquel debate que se ha dado en la ciencia gene-

82 PRADO SALDARRIAGA; 1999, p. 30.

83 ALZAMORA VALDEZ, Mario; *Derecho Procesal Civil*, 1981, p. 26.

LEGALES EDICIONES

ral del Derecho, específicamente en el campo de la hermenéutica jurídica, en el sentido que si la ley tiene que ser en su contenido "genérico" o por el contrario tiene que ser "detallista".

En efecto, quienes sostienen la tesis genérica aducen que una ley debe ser amplia precisamente para abarcar todas las posibilidades y circunstancias que la realidad ofrezca, para así no estar cambiando permanente la norma jurídica; por otro lado quienes asumen la tesis detallista de la norma jurídica alegan la máxima precisión posible para respetar el principio de taxatividad de la ley. Ahora bien, en materia penal sustantiva estas apreciaciones tienen relevancia no sólo desde el punto de vista jurídico-dogmático (en el sentido que una norma genérica sería violatoria del principio de legalidad si se encuentra ubicada en la Parte Especial, pero sería necesaria si la norma se encuentra ubicada en la Parte General, o en sentido viceversa, si la norma jurídica es detallista sería insuficiente para el libre juego de la dogmática si se encuentra ubicada en la Parte General, pero sería confirmatoria del principio de legalidad si se encuentra ubicada en la Parte Especial), sino también en la jurisprudencia.

Me explico: una norma jurídica de carácter genérica, si bien sería atentatoria del principio de legalidad, no lo sería desde el punto de vista de la facultad de los magistrados, ya que ellos tendrían la posibilidad ineludible de llenar los vacíos existentes, claro siempre hasta donde le permita el legislador hacerlo, aplicando su criterio al caso concreto. Por el contrario, si una norma jurídica fuera demasiada detallista en su contenido las posibilidades para que el magistrado pueda "crear" derecho son mínimas ya que el legislador habrá cubierto –en la ley– todas posibilidades que la realidad ofrece, y por tanto el valor de la jurisprudencia bajo esas condiciones serán poco productivas de cara a una jurisprudencia creativa, ya que el magistrado se convertirá aquello de lo que se dijo en el Siglo XVIII: que el juez es "boca de la ley".

Ahora bien lo que se quiere como objetivo principal es que el magistrado –sobre todo en materia penal– se convierta no sólo en "boca" de la ley, sino más bien en "alma" de la ley; en el sentido que el magistrado al momento de la interpretación de la ley



LEGALES EDICIONES

vaya más allá de lo que simplemente expresa la ley, y con mayor razón si ésta se encuentra ubicada en la Parte General del Código Penal, ya que aquí la importancia de la ley se relativiza; por el contrario, si la interpretación de la ley se realiza en función a los tipos penales ubicados en la Parte Especial del Código Penal se permitirá el auxilio de los aportes de los jueces –marcados en una determinada línea jurisprudencial–; por ejemplo en aquellos tipos penales que permitan interpretaciones analógicas, así en el caso del delito de violación sexual (art. 170 CP "...cualquiera..."), el delito de estafa (artículo 196 CP "...otro ...").

## V. LA JURISPRUDENCIA EN EL TRABAJO DOGMÁTICO JURÍDICO-PENAL

La Ley penal sólo cobrará legitimidad en la medida que se cumpla en la realidad social una suerte de dinamismo lógico entre, por un lado, el aporte de la jurisprudencia –no importa si ésta es relevante o vinculante– y, por el otro lado, la racionalidad de la dogmática jurídico-penal que precisamente le servirá de herramienta a la jurisprudencia para arribar y/o alcanzar resultados óptimos. Sólo así podemos obtener un diálogo más real y fidedigno entre lo que significa "ley penal" y lo que verdaderamente se viene aplicando en la "Sociedad", que en definitiva lo aporta la jurisprudencia.

La problemática de la jurisprudencia no sólo radica en que desde el punto de vista de fuente de producción le está vedada totalmente. La jurisprudencia –y también la dogmática– sólo en determinadas áreas debe ceder ante la función de garantía de la ley penal: está prohibido crear nuevas penas y tipos como agravar las existentes[84]. En otras palabras, si sería una pérdida de tiempo científicamente hablando, enfatizar que en el sistema románico-germánico del cual el Perú es tributario, la jurisprudencia tenga un valor relevante en la fuente de emanación de normas jurídico-penales, sobre todo en temas de supuestos delictivos de la Parte Especial. Sería impensable actualmente que

84 MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz; *Derecho penal. Parte general*, volumen 1, traducción de Jorge Bofill Genzch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, 1994, p. 138. STRATENWERTH, p. 36.

LEGALES EDICIONES

un fallo judicial o varios fallos judiciales emitidos, por ejemplo, por la Corte Suprema de la República, por más alto rango en la cual se hayan emitidos puedan crear en el Código Penal un delito en la Parte Especial o en las leyes complementarias, so pretexto de llenar vacíos existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Una jurisprudencia –en este caso penal– que sea constante en el tiempo, en el sentido que siempre apunte hacia una determinada materia, que apunte siempre al mismo horizonte de desarrollo, esa jurisprudencia –y en esto sigo al Profesor español Gimbernat– constituirá una práctica judicial mucho más previsible y racional en cuanto a sus argumentos y también en sus resultados. Resultados en última instancia resultarán beneficiados la población que es donde la ley penal se aplique.

Este mismo razonamiento a mi juicio no podemos aplicarlo –al menos mecánicamente– al campo de la Parte General del Derecho penal, ya que ésta temática que es propio de los modernos Códigos penales tiene una cierta particularidad que la distingue totalmente de la Parte Especial. No estamos señalando que por esta razón cada uno tiene su propia existencia y que no deben de estar complementadas. Por el contrario, conociendo de cada uno su naturaleza y su campo de acción dentro del derecho penal podemos enfrentar mejor la problemática que encierra cada uno de estas partes del Derecho penal, y podemos ubicar el aporte de la jurisprudencia dentro de ambas partes.

En síntesis, el Derecho judicial y la dogmática no sólo no está excluida, sino que es, como lo enseña la Parte General de un Código Penal, simplemente imprescindible. De ahí que Roxin haya sostenido en relación a la Parte General que "...lo único cierto es que menudo el legislador ha dejado abiertos amplios campos de las teorías generales del Derecho penal y los ha encomendado a la decisión de la jurisprudencia; en parte, las dificultades que en muchos casos se oponen a una codificación de tales materias, y en parte por los loables deseos de no bloquear la evolución científica mediante la fijación escrita de un estadio del conocimiento que después quedará superada"[85].

85 ROXIN; 1997, pp. 159 y 160. Asimismo: WELZEL, Hans; *Derecho penal alemán*, traducción de Bustos Ramírez y Yánez Pérez, Santiago de Chile, 1970, p. 40, sostiene que el derecho consuetudinario puede ser de importancia mediata para la interpretación legal, sobre

LEGALES EDICIONES

En el Derecho penal alemán el derecho consuetudinario surge normalmente por el uso judicial continuado, y a primera impresión pareciera que no tendría espacio en el Derecho penal desde que éste es dominado por la "lex scripta". "Sin embargo, –anota Jescheck– todavía el derecho consuetudinario goza de una cierta importancia en el Derecho penal. Su ámbito de aplicación es, por un lado, precisamente la Parte General, porque ante la parcial codificación de las teorías generales, el Derecho consuetudinario tiene que completar lagunas, funcionando en realidad como una forma de interpretación consuetudinariamente reconocida. Por otro lado, también tiene eficacia el Derecho consuetudinario en la Parte Especial siempre que beneficie al ciudadano, derogando (desuetudo), atenuando o limitando por la costumbre los tipos penales"[86].

Visto esta situación podemos señalar que la jurisprudencia en la Parte General ha tenido –y tendrá– por antonomasia un protagonismo importante para llenar vacíos existente, esos vacíos que si estuvieran dentro de la Parte Especial constituiría una evidente analogía proscrita de nuestro ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, resulta válido que en el tema de los delitos impropios de omisión la jurisprudencia –ayudado por los aportes de la dogmática penal– llene y complemente el tema de los elementos de situación de garantía que ostenta cada sujeto en la realidad, para precisamente imputarle un resultado que no evitó en su momento. Si bien la omisión impropia su verdadera apli-

todo para conceptos de la Parte General, donde el uso prudente de los tribunales puede llevar al esclarecimiento de un derecho consuetudinario.

86 JESCHECK, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho penal. Parte General,* volumen primero, traducción y adiciones de derecho español por Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 152. Así, el Código Penal alemán del *Reich* de 1871 en lo que se refiere a la Parte General casi no encontraba demasiadas regulaciones expresas de todas las instituciones generales del hecho punible, situación que ha permitido a la ciencia y a la jurisprudencia un amplio margen para el desarrollo de la dogmática jurídico-penal. Esta situación, por ejemplo, puede interpretarse que en el actual Código Penal alemán de 1975, en su Parte General, encuentre regulaciones en detalle de casi todas las reglas generales, y era lógico pensar que a esa fecha (1975) a raíz la ciencia y jurisprudencia penal hayan alcanzado un alto grado de desarrollo. Situación que puede ser criticada porque deja la discusión "atrapada" en el lenguaje de la ley.

LEGALES EDICIONES

cabilidad resultará de los delitos de la Parte Especial, su regulación estructural se encuentra en la Parte General, en el artículo 13 del Código Penal peruano.

Hoy en día puede observarse importantes desarrollos interpretativos de orden dogmáticos emitidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República en materia penal; esto es, no sé hasta qué punto se necesite de una norma jurídica que indique expresamente que un juez deba seguir tal o cual tendencia jurisprudencial. Sin embargo, citaremos algunas ejecutorias supremas que sin ser vinculantes u obligatorios hacia los demás miembros del Poder Judicial, a mi juicio debe servir de pauta orientadora para una mejor forma de resolución de los casos penales; mejor dicho lo que se pretende con la creación de precedentes vinculantes es la "creación con cierto grado de fuerza normativa" que cierta tendencia jurisprudencial vaya transitando siempre hacia un determinado sector.

Como se sabe una de las funciones de la dogmática jurídico-penal consiste "...en establecer modelos de decisión que actúen como *indicadores de calidad de la fundamentación de las sentencias*. Ello es útil para los jueces como guías para su trabajo y como *mecanismo de control y transparencia*, útil tanto para el control interno de las decisiones (impugnaciones) como el control externo del Poder Judicial que realiza la comunidad científica y profesional y el público en general"[87]. En tal sentido, el análisis e interpretación jurisprudencial es aveces un "fiel reflejo" de lo que pasa en el análisis e interpretación doctrinal. La interpretación que realizan los jueces –en materia penal– es una interpretación que debe seguir los cánones que impone la doctrina dominante.

Abanto Vásquez sostiene que: "El penalista nacional, tradicionalmente "legalista", en el sentido de aplicar la ley al pie de la letra, no entiende muchas veces que ésta no dice, no puede decirlo todo. Erróneamente se cree que la doctrina, no puede ser de mucha utilidad en el trabajo práctico de dar o buscar so-

87 BINDER, Alberto M.; *Introducción al Derecho penal*, Buenos Aires, 2004, p. 77.



LEGALES EDICIONES

lución a casos penales. Nada más alejado de la verdad; si los fallos judiciales no son motivados con explicaciones doctrinarias, fácilmente puede caerse en la arbitrariedad. Si los jueces pudieran "interpretar" y aplicar las leyes sólo basándose en los que ellos creen que ésta dice, se hace imposible controlar su labor judicial"[88].

La teoría del delito tantas veces estudiado en la Parte General en las universidades, pero tantas veces olvidada en el razonamiento judicial cuando se emite una resolución judicial.

Como se sabe, los fallos jurisdiccionales son "doctrina" vinculante para los otros fueros judiciales sobre determinados tópicos jurídico-penales. Así, como la dogmática penal vive un fenómeno de la globalización en su contenido: por ejemplo lo que se entiende por "dominio del hecho" para la autoría en Alemania, debe ser el mismo concepto que debe manejarse en España, y a su vez debe ser el mismo que se maneja en el Perú. De la misma manera, la jurisprudencia también debe ser globalizada en toda su extensión. Sólo así se puede interpretar lo dicho en la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, de fecha 29-04-2005, Exp. N° 1805-2005-HC/TC, en el caso "Máximo Humberto Cáceda Pedemonte", que en el punto 32 tiene dicho lo siguiente: "...es menester precisar que si bien la calificación del tipo penal es atribución del juez penal, la tutela jurisdiccional efectiva se concreta a través de las garantías que, dentro de un *íter* procesal diseñado en la ley, están previstas en la Constitución Política del Perú, razón por la cual el Tribunal Constitucional *estima conveniente revisar el marco teórico-jurídico de las formas de intervención delictiva*". (Las cursivas son mías).

En este punto podemos citar la Ejecutoria Suprema de fecha 20 de agosto de 2008 emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria expedida de la Corte Suprema de Justicia, R. N. N° 4223-2007, Arequipa, en la cual el delito de parricidio (artículo 107 del Código Penal) es considerado –por la ejecutoria en mención– como delito de infracción del deber en virtud de una

88 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A.; en la introducción al libro de Claus ROXIN, *La Imputación objetiva en el derecho penal*, traducción y edición de Manuel Abanto Vásquez, Lima, 1998, p. 13.

LEGALES EDICIONES

institución[89], y no como comúnmente se ha venido considerando en la doctrina penal –y en alguna otra ejecutoria– como un delito especial impropio.

Asimismo podemos citar la Ejecutoria Suprema de fecha 8 de Abril de 2008, R. N. N° 2534-2007, San Martín, expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria, en la cual rescata como no podía ser de otra manera una postura dogmática con cierto grado de consenso en nuestro medio, como es que la participación criminal es considerada como carencia del dominio del hecho[90]; asimismo podemos citar, en esta misma línea la Ejecutoria Suprema de fecha 3 de Diciembre de 2007, R. N. N° 336-2007 expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria, Arequipa, en la cual se deja constancia expresa que el tema del error de tipo vencible en forma culposa (artículo 14 del Código Penal) en el delito de violación sexual debe ser declarado en vía de acción y no en vía de excepción[91]; es decir, la citada Ejecutoria aborda

89 Dicha Ejecutoria Suprema señala lo siguiente: "QUINTO. Que, el delito de Parricidio previsto en el artículo ciento siete del Código Penal, se tipifica cuando, el que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a su cónyuge o concubino; que, cuando se aborda el delito de parricidio, es de advertir que este tipo penal es un delito de infracción de un deber en donde el interviniente es un garante en virtud de una Institución, como es para el presente caso el "Cónyuge" –véase la copia simple del documento nacional de identidad de fojas cincuenta y uno–, en efecto, lo que se lesiona es esta institución; en este sentido, su fundamento de imputación jurídico-penal no se limita sólo a la posibilidad de ser autor con una determinada característica o de un determinado círculo de autores previstos por la norma, sino a la defraudación del "deber positivo" o específico que garantiza una relación ya existente entre obligado y bien jurídico, independientemente de la importancia de su contribución o dominio del hecho o de la organización. (Vid., SÁNCHEZ – VERA GÓMEZ – TRILLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva,* Prólogo de Günther Jakobs, Editorial Marcial Pons, Barcelona, dos mil dos, páginas cuarenta y tres y cuarenta y cuatro)".

90 Considerando Tercero. "Que, conforme al criterio jurisprudencial penal, la sola suposición del procesado, sin tener dominio del hecho, no penetra el tipo penal correspondiente, por lo que no es suficiente para emitir fallo condenatorio; además, teniendo en cuenta, que el sentenciado Morales Dioses y otros procesados como José Livio Ortiz Sánchez, Juan Carlos García Calderón, Hugo Raúl Ruiz Arias, Luis Flores Ochoa, Carlos Antonio Ávila Infantes y Manuel Avelino Gomes Álvarez, durante sus intervenciones en el proceso no han mencionado que el procesado García Colona haya participado en forma directa o indirecta en la comisión del delito".

91 Considerando Quinto: "Que, teniendo en cuenta lo antes anotado, en armonía con el artículo catorce del Código Penal, la conducta observada por el encausado sería sancionado

LEGALES EDICIONES

temas compuestos de derecho sustantivo –error de tipo y delito de violación sexual– y de derecho adjetivo –medios de defensa técnica como la excepción de naturaleza de acción–.

En esta misma línea podemos citar aquella Ejecutoria Suprema de fecha 29 de febrero de 2007, R. N. N° 1746–2007, Lambayeque, expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria, en la cual se aborda el controvertido tema del derecho consuetudinario y su capacidad de rendimiento como circunstancia de exoneración de responsabilidad penal, específicamente como causa de justificación de los tipos penales de secuestro que cometan los integrantes de Rondas Campesinas, de acuerdo al artículo 149 de la Constitución Política[92].

---

penalmente solo en el caso que, en nuestra legislación, estuviese prevista una forma culposa en el delito de violación y como ello no ocurre, tal situación impone un pronunciamiento de absolución. Sexto: Que, al respecto el colegiado superior al considerar las premisas establecidas, por mayoría, declaro fundada de oficio una excepción de naturaleza de acción por estimar que lo hechos verificados carecían de tipicidad; sin embargo, cabe indicar que la mencionada excepción solo resulta operante cuando los hechos denunciados no constituyan delito o no sean justificables penalmente, hipótesis que no se da en el presente caso pues como se tiene dicho, la tesis incriminatoria del fiscal superior considerada en abstracto esta provista de contenido penal; ahora bien, el hecho que el curso del proceso se haya demostrado que en el accionar del acusado medio un error de tipo vencible, *tal situación debe necesariamente establecerse en un pronunciamiento de fondo y no vía excepción, razón por la cual la recurrida debe ser enmendada en este extremo*".

92 *Que, atendiendo a la forma y circunstancias en que se habrían dado los hechos imputados, resulta necesario precisar que las Rondas Campesinas constituyen una forma extendida de institución comunal andina que ejerce funciones de gobierno local, justicia, desarrollo local e interlocución con el Estado, que surge por la falta de respeto al pluralismo cultural del país y se traduce en las diversas formas de marginación al campesino, la criminalización de prácticas culturales distintas a las referentes del derecho oficial y la represión de autoridades indígenas y comunales que administran justicia de acuerdo a sus normas, valores y principios diversos, es por estas razones que el ejercicio de funciones jurisdiccionales y de autoridad comunal local ahora está expresamente reconocido por la Constitución Política del Estado, en su artículo ciento cuarenta y nueve, pasando éstas a ver casos de seguridad y la resolución de todo tipo de conflictos y problemas, como robos menores, conflicto de familias, denuncias por amenazas, abigeatos, entre otros, aplicando sanciones que sus propias costumbres las han enraizado, como lo es el trabajar durante el día en alguna obra comunal y rondar durante la noche pasándolos de base en base cada veinticuatro horas, también hay algunas formas de castigo físico aprobadas en asambleas, que los ronderos las denominan "hacer físico" y "castigo de masas".*

"...lo que no hace más que colegir, que en los hechos materia de investigación judicial no existió en el agente ánimo de privar de la libertad a la agraviada como propósito autónomo, esto es, que el recurrente se haya conducido con la intención específica de

LEGALES EDICIONES

Otra Ejecutoria Suprema de fecha 24 de Octubre de 2007, R. N. N° 5457-2006, La Libertad, expedida por la Segunda Sala Penal Transitoria; en esta ejecutoria se ha señalado que no existe vulneración al principio de *ne bis in idem* –y esto también lo ha dicho el Tribunal Constitucional– porque existen diferencias en las sanciones administrativas y penales puestos que tutelan bienes jurídicos totalmente diferentes[93]; es decir, la Ejecutoria Suprema sigue aquella tendencia de la doctrina española que indica que la identidad de fundamento está relacionada con la "identidad del bien jurídico".

La Sala Penal de la Corte Suprema mediante el Recurso Nulidad N° 1052-97 de fecha 31 de Agosto de 1998 aplicó criterios

---

tomar a la víctima y afectar su libertad personal privándola de la misma, sino más bien la respuesta consuetudinaria de la ronda campesina ante la posible comisión de un delito de hurto ejecutado por la presunta agraviada en perjuicio de una integrante de la comunidad como lo es Jessica Vásquez Ñahui, quien a fojas doscientos diecinueve confirma que hizo una denuncia contra su empleada, y ahora agraviada, por la sustracción de un mil nuevo soles de su vivienda, evidenciándose así que la conducta imputada carece de intencionalidad y voluntad criminal, ya que estuvo amparada como ya se ha mencionado en los alcances del artículo ciento cuarenta y nueve de la Constitución Política del Perú, que a la letra dice: "Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario...", resultando de aplicación los alcances del artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales".

93 Considerado *Décimo Primero: Que, finalmente, la procesada Amayo Martínez sostiene que en su caso se ha transgredido el principio del "ne bis in idem", ya que ha sido sancionada, tanto en la vía administrativa como en la penal; que a este respecto cabe precisar, que el principio en referencia contempla el contenido material y procesal, y debe contener como presupuesto un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento, que además, admite la acumulación de sanciones provenientes de diferentes órdenes cuando ellas obedecen a diferente fundamento, es decir, si son bienes jurídicos distintos y si el interés jurídicamente protegido por la infracción administrativa sea distinto al de la infracción penal, ya que en este supuesto la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa porque ambos ordenamientos jurídicos cumplen distintos fines o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos diferentes, dicha posibilidad incluso la admite el artículo doscientos cuarenta y tres de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro, en consecuencia, el procedimiento administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta del administrado, mientras que el proceso penal conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad del agente, por tales motivos, este extremo tampoco resulta atendible.*



LEGALES EDICIONES

dogmáticos en relación al delito de Estafa-defraudación-fraude en la administración de personas jurídicas, específicamente el tema del concurso aparente de leyes y aplicación del principio de especialidad[94]; en esta misma línea de razonamiento podemos citar la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2202-2003 de fecha 26 de Mayo 2004, en la cual se ha pronunciado por el delito lavado de activos, específicamente por su autonomía y delimitación del bien jurídico[95]; asimismo citaremos la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso Nulidad N° 2202-2003 de fecha 26 de Mayo 2004 relacionado al tipo subjetivo al delito de lavado de activos[96]; por último, la Ejecutoria Suprema

94 "Que en el caso materia de autos se presenta lo que en doctrina general se denomina un concurso aparente de leyes entre los delitos de estafa, defraudación y fraude en la administración de personas jurídicas, el mismo que se resuelve al amparo del principio de especialidad a favor del último delito mencionado cuya descripción típica absorbe a los otros delitos, toda vez que la obtención de un provecho ilícito por medios fraudulentos constituye únicamente la comisión del delito de fraude en la administración de personas jurídicas cuando como en este caso el agente es un *intraneus* es decir, alguien que actúa desde dentro de una persona jurídica agraviada, que en su estrategia delictiva utiliza la posición de dominio que por su cargo posee, a diferencia de la comisión del delito de estafa y/o defraudación en la que el agente es un *extraneus*, es decir un sujeto que actúa desde una posición externa de los intereses del perjudicado...". (ROJAS VARGAS; tomo III, p. 192).

95 "El delito de lavado o blanqueo de activos es una figura penal autónoma de carácter pluriofensivo y dirigida a tutelar el orden socio económico en concreto, la leal competencia del ordenamiento socio económico –más allá que con anterioridad a la Ley N° 27765 sólo se reprimía el blanqueo procedente del delito de tráfico ilícito de drogas, ocasión en que dicha figura se ubicó sistemáticamente en la sección referente al tráfico ilícito de drogas–; que ello es así porque se trata del ingreso de capitales generados sin los normales costos personales y financieros o industriales, ni carga tributaria, que dan lugar a una desestabilización de las condiciones mismas de la competencia y del mercado; que, en tal virtud, no cabe una consunción del citado tipo penal por el delito previo, en este caso particular, de tráfico ilícito de drogas, dado que no sólo el legislador no excluyó del ámbito del sujeto activo del delito de lavado de activos al autor o partícipe del delito previo, sino que fundamentalmente dicho tipo penal vulnera un bien distinto del tutelado por aquél". (SAN MARTÍN CASTRO; *Jurisprudencia y precedente penal vinculante*, pp. 546 y 547).

96 "El delito de blanqueo de activos no sólo descansa sobre un delito anterior –en este caso de venta y distribución de drogas–, además exige el conocimiento del origen del ilícito de los activos aún cuando no requiere que ese sea preciso o exacto del delito previo, pues basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito –que en este caos es tráfico ilícito de drogas–; el delito exigido, por tanto, puede ser directo o eventual, en tanto en este último caso el agente considere seriamente y aceptable como probable que el dinero procedía de un delito".

LEGALES EDICIONES

recaída en el Recurso Nulidad N° 2202-2003 de fecha 26 de Mayo 2004, en la cual se ha pronunciado por la acreditación mediante la prueba indiciaria del delito de lavado de activos[97].

Asimismo la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, en el Exp. N° 3228-98 de fecha 02 de Octubre 1998[98] se pronunció por el Delito de usura, específicamente por la Ley penal en blanco; así también podemos citar la resolución de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima recaído en el

97 "A nivel probatorio, la prueba usual en esta clase de delitos es la indiciaria, a cuyo efecto la experiencia dicta, a título meramente enunciativo, como válidos los siguientes indicios: en primer lugar, el incremento inusual del patrimonio de quien realiza las operaciones de ingreso de dinero o bienes al mercado o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones, características del negocio mercantil llevado a cabo, razonabilidad de las inversiones o por tratarse de dinero en efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; en segundo lugar, la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las trasmisiones dinerarias; en tercer lugar, la constancia de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de drogas o con personas o grupos relacionados con las mismas; y, en cuarto lugar, utilización de documentos falsos para aparentar operaciones inexistentes, que estos indicios, y otros que se establezcan caso por caso, siempre que por su gravedad y fuerza conviccional permitan inferencias razonables, y –claro está– en la medida que se encuentren plenamente acreditados, pueden enervar la presunción de inocencia y, por ende, justificar una sentencia condenatoria". (SAN MARTÍN CASTRO; p. 547).

98 "Segundo.- Que, el delito de crédito usurario previsto en el artículo doscientos catorce del Código Penal, prevé como conducta típica que el agente obligue o haga prometer al sujeto pasivo, el pago de intereses superiores a los permitidos por la Ley, en los casos de concesión de un crédito o en su otorgamiento; advirtiéndose que estamos ante un tipo penal en blanco, toda vez que debemos remitirnos a una norma no penal para determinar los intereses legales; y, en caso concreto, el supuesto de hecho aparecerá consignado y complementado en los Decretos Leyes número veinticinco mil novecientos ochenta y siete y veintiséis mil noventa y uno, que aprueba la Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, así como establece normas relativas a las Cooperativas o Centrales de Ahorro y Crédito, respectivamente, así como el Decreto Legislativo número setecientos setenta, que aprueba el nuevo texto de la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, además de lo establecido en el artículo mil doscientos cuarentitrés del Código Civil; y, si bien es cierto las tres primeras normas señaladas han sido derogadas por la Vigésima Quinta Disposición Final y Complementaria de la Ley número veintiséis mil setecientos dos – Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros– no es menos cierto que esta norma se publicó el nueve de diciembre de mil novecientos noventiséis, es decir, posteriormente a los hechos materia de la presente acción penal. (ROJAS VARGAS, tomo III, pp. 399 y 400)".

LEGALES EDICIONES

Exp. N° 7061-97 "B" de fecha 16 de Marzo de 1998, en relación al delito de usura agravada, en la cual realiza precisiones legales sobre la prescripción e inexistencia de estado de necesidad[99].

En esta misma de ideas la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, en el Exp. N° 7724-97, Fecha 31 de Marzo 1998, se ha pronunciado por el delito Usura y Estafa, en la cual realiza precisiones conceptuales[100].

---

99 "Primero.- Que, nuestro ordenamiento jurídico penal sustantivo establece las formas de extinción de la acción penal, entre ellos la prescripción que, conforme lo establece el artículo ochenta del Código Penal, el instituto de la prescripción opera cuando transcurre un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito y en caso de darse la interrupción de los plazos, en aplicación del último párrafo del artículo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario; Segundo.- Que, en el presente caso, aparece que se denuncia al procesado Reyna Flores por delito de crédito usurario al haber suscrito un contrato de mutuo con garantía hipotecaria, el mismo que obra a fojas veintidós, y que tiene como fecha de celebración el día diecisiete de noviembre de mil novecientos noventidós; por lo que al estar ante un delito de comisión instantánea, ya que éste se configura cuando el agraviado se obliga a pagar créditos mayores a lo permitido por la Ley, tal fecha debe de tenerse en cuenta para iniciar el cómputo de la prescripción; Tercero: Que, el artículo doscientos catorce, que tipifica el delito de crédito usurario señala como agravante del mismo el hecho objetivo que el agente obligue o haga prometer a sujeto pasivo el pago de intereses leoninos, abusando de que éste es incapaz o que se haya en un estado de necesidad entendiéndose que este estado de necesidad debe ser extremo, además de actual e inmediato, circunstancias que motivan al agraviado a que se vea forzado a aceptar el pago de intereses superiores a los permitidos por la ley". (ROJAS VARGAS; *Jurisprudencia Penal, procesos sumarios*, tomo III, 1999, pp. 402 y 403).

100 "Segundo.-Que, respecto al delito de estafa, tal como está previsto en el artículo ciento noventiséis del Código Penal, se debe de tener en cuenta que su aspecto objetivo requiere que el agente para obtener provecho ilícito, debe de mantener en error al agraviado por medio del engaño, astucia o ardid; es decir se requiere de una "...conducta engañosa con ánimo de lucro propio o ajeno, que determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar una disposición, consecuencia de la cual es un perjuicio en su patrimonio o de un tercero" (QUERALT JIMENEZ, Joan; *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Barcelona: BOSCH; mil novecientos noventiséis, p. Trescientos sesenta y nueve); en consecuencia, la conducta realizada por los procesados no se puede calificar como estafa, ya que en ningún momento han inducido a mantenido en error al agraviado; que, se advierte en todo caso que la conducta incriminada a los procesados es el abuso de firma en blanco, previsto en el artículo ciento ochenta y siete inciso segundo del Código Penal; empero de las pruebas y diligencias actuadas no resultan ser suficientes para establecer también la comisión de dicho ilícito, favoreciéndoles en todo caso la duda existente respecto al autor del contenido del título valor cuestionado (letra de cambio de fojas cinco), duda que no es despejada por el examen pericial que obra a fojas veintitrés y que se ve reforzada por las testimoniales que obran a fojas noventa y uno y noventa y cuatro; las que no han sido tachadas por el agraviado". (ROJAS VARGAS; tomo III, p. 404).

LEGALES EDICIONES

## VI. LA JURISPRUDENCIA PENAL Y LA CIENCIA PENAL: ¿HACIA UNA JURISPRUDENCIA "DOGMÁTICA" O HACIA UNA JURISPRUDENCIA "PRAGMÁTICA"?

La actividad de los jueces suele acomodarse a las llamadas "tendencias jurisprudenciales" y estas tendencias deben de adecuarse a ciertos estándares que impone la dogmática jurídico-penal, que en definitiva es la misma doctrina aplicada al caso concreto, y éste derecho se basa en el análisis de las sentencias dictadas por el mismo órgano judicial o alguno de sus tribunales superiores (aquellos a los que se pueden impugnar las decisiones tomadas por dicho tribunal) y en las interpretaciones que en estas sentencias se dan de las leyes, por esto las leyes pueden ser ambiguas en muchos aspectos, ya que se espera que los tribunales las clarifiquen (o estos ya lo han hecho sobre leyes anteriores, pero similares). y dejar de lado gradualmente al menos en materia penal al *sistema románico-germánico*. La citada confrontación es situarnos en un momento espacio-histórico determinado, que en principio sería urgente la creación –o en su caso el reflotamiento– en las planas de las currículas de las Facultades de Derecho del país un curso que se denomine *Derecho judicial orgánico*; precisamente para profundizar de manera científica los fundamentos, la naturaleza, las características de los fallos judiciales y su fuerza vinculante a los demás órganos inferiores.

El fenómeno de las denominadas "jurisprudencias vinculantes" en materia penal, como signo innegable que estamos avanzando hacia el derecho anglosajón, es que también haya un cambio en la forma metodológica que utilizan los operadores jurídicos –magistrados, intérpretes, etc.– en la resolución de casos penales. Es decir, que el tema de fondo quizá no está en la simple emisión de las resoluciones judiciales, con la debida motivación del caso, sino que el tema –y ahí problema– es en la forma de cómo el magistrado emitirá dicha resolución, qué método dogmático utilizará para la resolución del caso, si en casi 60 años de reciente dogmática jurídico-penal que lleva el Perú no hemos aprendido cabalmente (si somos finalistas, normativistas o funcionalistas). "Una característica que destaca en la experiencia

LEGALES EDICIONES

italiana relativa a la fundación constitucional del derecho penal –como explica Donini– ha sido la preeminencia de la praxis hermenéutica sobre la teorización metodología"[101]. Lo peor de todo de esta cruda realidad nacional es que quienes tendrían el deber primario de haber internalizar todos y cada uno de los métodos dogmáticos del sistema penal euro-continental –los magistrados– no lo han hecho, y si lo han hecho el resultado actualmente demuestra que ha sido insuficientemente.

> "Si se teme un exceso de sutilezas teóricas, o de precisiones, resultado de un diálogo actualizado con los planteamientos alemanes y, también con los españoles contemporáneos, y, por tanto si se quiere optar por un mayor pragmatismo "parando la historia dogmática en Delitala" debo confesar que en el lugar de una "vieja tripartición" (elemento objetivo/elemento subjetivo) sobre todo la que sigue Marcello Gallo en Italia o Arthur Kaufmann en Alemania, mucho más cercanas a la praxis, a los países de lengua inglesa y francesa, y a un estilo didáctico simplificado en vez de complicado". "No es ésta, sin embargo, mi postura personal –dice Donini– (más cerca a tripartición post welzelianas, revisadas y corregidas, en las que el injusto es una categoría impersonal aunque cualificada aunque cualificada subjetivamente y donde dolo y culpa tienen una doble dimensión de tipicidad y de culpabilidad). *Sin embargo, debo confesar que si se tratase de intentar exportar "a Europa" lo mejor de la ciencia penal italiana de la segunda mitad de este siglo, habría que acudir al Derecho penal de los principios y no al de las categorías sistemáticas*"[102] (las cursivas son mías).

Por estas –y otras tantas– razones es que actualmente sea un imperativo que debemos dar la vuelta a la página al siste-

101 Véase: DONINI, Máximo; "Un Derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana", traducción de Cristina Méndez Rodríguez, en: *Revista Penal,* N° 08, Julio, 2001, Salamanca, p. 26.

102 Véase: DONINI; "Un Derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana", *cit.*, p. 32.

LEGALES EDICIONES

ma dogmático de corte románico-germánico, eso que aprendimos en la Universidad, para comenzar a observar –con bastante optimismo pero también con bastante preocupación– al otro lado de la colina, a otro horizonte de proyección en el campo jurídico-penal, como es el derecho anglosajón. De él al menos ya tenemos –o tratamos de tener– su sistema judicial de fuente jurisprudencial de carácter vinculante, también del derecho anglosajón ya tenemos su sistema procesal de corte acusatorio adversarial, de tener una justicia al menos negociada en la etapa de investigación preparatoria y solo de llegar a un mínimo porcentaje de causas al juzgamiento; también –y como no podría ser de otra manera– ¿Por qué no imitar su sistemática del hecho punible? Si la tendencia en la administración de justicia penal en nuestro país es pretender parecernos en la medida de lo posible al derecho anglosajón desde el punto de vista procesal, entonces debemos imitar el paquete completo de ese sistema, esto es también debemos implantar su derecho sustantivo, también no implantar su sistema "dogmático", si al final de cuentas no interesa la forma de cómo se aplique la ley sino que la ley responde a la resolución de casos concretos que se presenta a diario en la sociedad, que para eso sea creado el Derecho penal, como un instrumentos para la resolución de casos.

Entonces, constituye una obligación del Poder Judicial como parte constitutiva del Estado, brindar protección a la persona humana como fin supremo de la sociedad y concomitantemente defender su dignidad o decoro, (característica *sine qua non* que diferencia al ser humano de otros seres vivientes), conforme lo instituye privilegiadamente el primer artículo de la Constitución Política del Estado.

Por más está decir que el sistema penal en general –como cualquier rama del Derecho– debe edificarse a partir de los postulados que la Constitución exija, bajo el denominado principio de supremacía de la Constitución; así lo ha entendido, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional-penal peruana a través de la Corte Superior de Justicia de Lima-Norte, en la Primera Sala Penal de Reos Libres, Exp. N° 2466–2007, de fecha 21 de

LEGALES EDICIONES

Septiembre de 2007[103]. Efectivamente, a raíz de los postulados constitucionales que debe primar en cualquier materia jurídica, más cuando se trata de una materia que restringe derechos fundamentales como es la jurídico-penal, es que hoy en día ya se hable del denominado *Derecho penal constitucional,* por la fuerza que está teniendo los órganos constitucionales (sobre todo por las sentencias –normativas y vinculantes– que son emitidas por nuestro Tribunal Constitucional) en aquellas materias que presentan graves injerencias en los derechos de los ciudadanos, como es el campo jurídico-penal[104]. El Derecho penal constitucional está todavía en estado embrionario ya que su existencia lo es por ahora sólo en las Unidades de Post Grado de algunas Uni-

103 "Primero.- El colegiado considera necesario señalar, antes de abordar el asunto materia del presente proceso constitucional, que en los procesos constitucionales se atiende al *Principio de la Supremacía Constitucional,* lo que no es otra cosa sino que el orden jurídico y político de un Estado está estructurado sobre la base del imperio de la Constitución que obliga por igual a todos, gobernante y gobernados, siendo que la Constitución al determinar el modo y forma en que debe ser organizado un Estado y ejercido el poder político, se constituye en la Ley Fundamental del ordenamiento jurídico, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional Español en su sentencia número STC – nueve/mil novecientos ochenta y uno, *"la Constitución es una norma; pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico.",* resultando que como consecuencia de este principio es la propia Constitución la que prevé los mecanismos e instituciones que garanticen su cumplimiento, caso contrario ella devendría en una mera declaración formal, por ello es que un requisito inherente a la naturaleza del control de la constitucionalidad el referido a la legitimación activa reconocida a los ciudadanos como un derecho de acceso al control, legitimación por la cual la recurrente en el presente proceso acude el Juez Constitucional a efectos de salvaguardar sus derechos constitucionales que habrían sido afectados por la demanda y ante tal pretensión se hace necesario un pronunciamiento por parte de los órganos encargados del control de la Constitución".

104 El Derecho Procesal Penal estudia, esencialmente, el proceso penal y, como tal, se relaciona con el Derecho Constitucional y especialmente con el Derecho Penal. En rigor, es su parte dinámica por su propia naturaleza de derecho de realización. La imposición de una sanción penal por la comisión de una infracción penal requiere del proceso penal y éste sólo puede desarrollarse en la medida en que preponderantemente el Estado haga valer una concreta pretensión punitiva. Las reglas para que esto pueda suceder, los principios y garantías, así como las atribuciones, derechos, deberes y obligaciones de las partes, deben estar claramente fijadas en la ley y sólo en la medida en que así suceda se podrá sostener que las garantías del ciudadano estarán a cubierto del arbitrio estatal. Esto último explica la vinculación con el Derecho Constitucional.

LEGALES EDICIONES

versidades del país; es decir, que la construcción teórica del derecho penal, y sobre todo la construcción sistemática del hecho punible (materia nuclear en la Parte General del Derecho material) deberá –en futuro– hacerse desde los postulados constitucionales, desde un punto de vista principista y no dogmatista.

En otras palabras, quizá en un futuro no muy lejano enteremos hablando de un Derecho penal de principios constitucionales y ya no de un Derecho penal de categorías dogmáticas. Sin embargo, habrá que advertir sobre los aspectos constitucionales del Derecho procesal penal, ya venía hablándose desde hace tiempo, desde cuando se dijo que el Derecho procesal penal no es más que el Derecho constitucional reglamentado; en efecto, todos los principios y garantías –tanto de iniciación como de realización del proceso penal– son de paternidad constitucional, todos están receptados en la Constitución Política del Perú de 1993 (principalmente en el artículo 139). Soy consciente que para llegar a ese objetivo –para bien o para mal, es decir para quienes hacemos dogmática– tomará todavía algún tiempo para su aplicación real en nuestros lares.

En el sentido que en el Derecho penal peruano en el futuro será un *Derecho penal judicializado con rasgos germánicos*. En primer lugar, el Derecho penal peruano será *judicializado* porque la fundamentación de las resoluciones judiciales será en función a modelos ya fallados anteriormente en un caso determinado; y en segundo lugar el Derecho penal peruano, sin perjuicio de lo señalado precedentemente será rasgos *germánicos* en la medida que se conservará para la imputación delictiva.

Las resoluciones judiciales cumplen un papel semejante al que desarrolla la dogmática penal en la medida que ambas con su trabajo buscan determinar el significado de las normas jurídicas, sosteniendo una interpretación en tal o cual sentido del texto legal[105]. La tarea del dogmático es plantear posibles soluciones a los problemas jurídicos desde una perspectiva general y del sistema, mientras la posición del juez le confiere el po-

105 CASTILLO ALVA; *Jurisprudencia Penal 1. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República*, 2006, p. 64.

LEGALES EDICIONES

der suficiente de tomas decisiones para resolver un caso concreto[106].

A propósito de lo expuesto, resulta sumamente preocupante que se produzcan casos paradigmáticos en los que el Tribunal Constitucional presente soluciones altamente discutibles y/o polémicas de cara a la moderna dogmática penal o procesal penal, en cuyas situaciones resulta compleja la tarea de los órganos jurisdiccionales para mantener y hacer realidad la ansiada predictibilidad.

Habrá que advertir que la labor jurídico-dogmática tiene dos tipos de relaciones: en primer lugar, tiene conexiones con la política, y en segundo lugar, tiene conexión con la labor de la jurisprudencia[107]. Es decir, las resoluciones judiciales cumplen un papel semejante al que desarrolla la dogmática penal en la medida que ambas con su trabajo buscan determinar el significado de las normas jurídicas, sosteniendo una interpretación en tal o cuál sentido del texto legal[108]. Sin embargo, ello no hace olvidar la diferencia que media entre ambas actividades y en la que la función de los jueces se caracteriza por la aplicación de la ley y por ser decisiones revestidas de autoridad. La tarea del dogmático es plantear posibles soluciones a los problemas jurídicos desde una perspectiva general y del sistema, mientras la posición del juez le confiere el poder suficiente de tomar decisiones para resolver un caso concreto[109].

---

106 CASTILLO ALVA; 2006, p. 65.

107 BACIGALUPO, Enrique; *Técnica de resolución de casos penales*, Buenos Aires, 2002, p. 63. "En la jurisprudencia los conceptos en los que se basan los fundamentos de las sentencias provienen de la dogmática o se elaboran con los principios de la dogmática. Dicho de otra forma: *también la jurisprudencia es dogmática*. Puede que sea mejor o peor que la elaborada en las universidades, más o menos consecuente, intuitivamente más orientada a la tópica que a un sistema deductivo cerrado".

108 CASTILLO ALVA, José Luis; "El uso de los precedentes judiciales en materia penal como técnica de argumentación racional. Su alcance y valor en el derecho peruano", disponible en: *www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/04noviembre06/castilloalva_prejudic.pdf.*

109 CASTILLO ALVA, José Luis; "El uso de los precedentes judiciales en materia penal como técnica de argumentación racional. Su alcance y valor en el derecho peruano", disponible en: *www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/04noviembre06/castilloalva_prejudic.pdf.*

LEGALES EDICIONES

Por eso sería conveniente que todo Juez siga –expresa o implícitamente– una línea de adhesión a una determinada teoría del delito: si un Juez es "causalista" es obvio que la solución del caso concreto en cualquiera de las instituciones será diferente si el Juez es un "finalista". "En la actuación de la ley –donde en definitiva se hace la verdadera ley– el juez incluye en su contenido, el contenido de su *propio juicio*, que muchas veces significa la introducción de un elemento nuevo en la significación legal, sin que ello signifique desnaturalizarla ni mucho menos torcerla"[110]. La calidad de una interpretación jurisprudencial depende de la consolidación que se haya alcanzado en la elaboración dogmática-conceptual.

## VII. EL PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE EN MATERIA PENAL

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Los precedentes vinculantes suponen un hito y marcan un antes y un después en cuanto a la posición y misión que le corresponde asumir a la Corte Suprema dentro del Poder Judicial, la organización de justicia y la vida del país. El paso de la jurisprudencia al precedente no solo supone un cambio lingüístico, sino que importa tomar partido por una opción más analítica, que se interesa por estudiar de manera minuciosa las razones por las cuales la decisión de un caso influye en la solución del caso sucesivo[111]. En el sistema *common law* el precedente es creado por el máximo Tribunal y recreado por Tribunal inferior que lo aplica al caso concreto. En este sistema se confía en el criterio

110 CN Paraná, diciembre 28-956, "Vera, Juan C. y otros", extraído de: *La Ley-86*, 1957, p. 413.

111 Véase: CASTILLO ALVA, José Luis; *Comentarios a los Precedentes Vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*, Lima, 2008, p. 34. Hoy en día se reconoce que el sistema jurídico de un Estado de Derecho solo puede funcionar si se garantiza en su aplicación continuidad y unidad de interpretación del orden normativo. La continuidad requiere la vinculación de los tribunales a sus precedentes y a los de otros tribunales de su misma jerarquía (vinculación horizontal), y la unidad del orden jurídico exige la vinculación de los tribunales a una instancia interpretativa unificada (vinculación vertical). (SAN MARTÍN CASTRO, César E.; *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal Vinculante y Relevante*, 2004 - 2008; Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (INPECCP), p. XX).

LEGALES EDICIONES

interpretativo del Juez. En nuestro sistema *románico-germánico* hay referencia expresa en precedente a condición de tal. Éste Sistema no confía en el criterio interpretativo del juez. Riesgos: precedente autoritario, desinterés por *ratio decidendi*, se pasa de juez "boca de la ley" a juez "boca del Tribunal Constitucional".

Se entiende por precedente a aquella regla jurídica (norma) que, vía interpretación o integración ordenamiento, crea el juez para resolver un caso planteado y, que debe (vinculante) o puede servir (referencial) para casos futuros análogos o idénticos. Se entiende por vinculante a aquella fuerza con la que se proyecta norma para la solución de casos futuros. El operador no puede inaplicarla ante casos análogos o idénticos. La relevancia del estudio de los precedentes judiciales se sustenta en dos tipos de razones: el pragmático y el de justicia formal. El argumento pragmático destaca los beneficios del estudio de los fallos en la uniforme aplicación de las leyes, la predicción de las decisiones judiciales, la economía procesal, la seguridad jurídica, el prestigio de los jueces y tribunales, etc. Por su parte, el argumento de justicia formal destaca que la razón para seguir los precedentes reside en el respeto al principio de igualdad que se manifiesta en el principio de "donde hay misma razón, hay el mismo derecho"[112].

No debemos olvidar que la jurisprudencia significa también actividad judicial en general, actividad jurídica de los jueces, es por sobre todas las cosas un acto jurisdiccional; y entonces el problema de la jurisprudencia como fuente de Derecho sufre una transformación completa; en el sentido que la jurisprudencia no es nunca fuente de normas generales del Derecho, siempre la jurisprudencia es *fuente de normas individuales*, independientemente de que se la reconozca además o no como fuente de Derecho cuando se la toma en el sentido de doctrina reiterada del Tribunal Supremo, que es una norma general[113]. En este contexto Legaz Lacambra anota algo muy cierto, que "...desde el

112 Véase: CASTILLO ALVA, José Luis; *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*, Lima, 2008, p. 23.

113 Véase en este sentido: LEGAZ LACAMBRA, Luis; *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1953, p. 425.

LEGALES EDICIONES

momento que la jurisprudencia como actividad jurídica de los jueces consiste en crear normas individuales de Derecho, es claro que la solución de un caso no puede ser obligatoria respecto de otro caso, pues entonces sería una solución, es decir, una norma de carácter general..."[114].

Entonces aquí empiezan los múltiples problemas desde el punto de vista metodológico-técnico, en el sentido que cuando a la jurisprudencia se le otorga el carácter de *general* –es decir se entiende que la jurisprudencia no sólo es de carácter persuasivo sino obligatorio– plantea a su vez otro problema mucho más profundo y delicado porque atañe a otro rubro: el de la fuente de producción del Derecho penal; a mi juicio podríamos resumir el tema planteado en la siguiente pregunta: ¿Si la jurisprudencia penal en el Perú, que desde siempre fue una fuente *derivada* de producción del Derecho penal, sea considerada hoy por hoy fuente de producción *directa* del Derecho penal?; en otras palabras el valor de la jurisprudencia penal peruana no sólo es un tema competente de la teoría de la argumentación jurídica, sino un tema de fuente del Derecho penal.

El aporte progresivo de los precedentes vinculantes en materia penal –realizado por la Corte Suprema y por el Tribunal Constitucional– no sólo nos tiene que llevar a la reflexión de que estamos transitando en la administración de justicia penal hacía el sistema del *common law,* o al menos esa es la intención, de querer parecernos a ese sistema de justicia. El hecho de que en el futuro en la administración de justicia penal el sistema de fuente este precedido –siempre– por la ley, bajo la influencia del principio de legalidad; sin embargo, siempre pisando los talones aparecerá aquella fuente que ya no será subordinada, sino complementaria a la ley, que es la jurisprudencia, pero cualquier jurisprudencia, sino sólo aquella que tenga el carácter de "precedente vinculante" –ya sea en forma vertical como horizontal– o todo Acuerdo que represente una vinculación hacia los demás órganos jurisdiccionales como son las Sentencias o Acuerdos Plenarios.

114 LEGAZ LACAMBRA; 1953, p. 425.



LEGALES EDICIONES

Los numerosos fallos judiciales obligatorios –a manera de precedentes vinculantes y sentencias plenarias con relevancia penal– emitidos por las Salas Penales de la Corte Suprema de la República han dado un vuelco de ciento ochenta grados en la manera de juzgar y resolver un caso penal. Los operadores jurídicos nacionales acostumbrados "a mirar" sólo la norma penal. Hoy por hoy en el Perú, un magistrado en materia penal –en cualquiera de la jerarquía– debe mirar no solo a la ley sino también a la jurisprudencia[115]. En sentido lato la jurisprudencia es una norma jurídica obligatoria, para las partes. Sin embargo, la jurisprudencia puede tomarse también como precedente vinculatorio. En este último caso normalmente la doctrina exige que sea jurisprudencia en sentido estricto y eso mismo hace nuestra legislación[116].

El carácter vinculante de un fallo permite crear un estado obligatorio de observancia respecto de lo resuelto o decidido en un determinado proceso, mientras que el precedente es la directriz o conjunto de directrices que a futuro y fuera del caso ya resuelto va tomarse en cuenta para posteriores supuestos o controversias[117]. En efecto, existe un efecto vinculante de la ley a través del derecho creado por los mismos magistrados en aplicaciones anteriores a la ley[118].

---

115 La Corte Suprema ha tenido en cuenta dos ejes en su función: tutela del ordenamiento jurídico y de defensa de los valores que le están confiados. En primer lugar, las dificultades interpretativas y la extensión de los problemas derivados de falta de uniformidad, con todo lo que ello genera de distorsión y falta de credibilidad o legitimidad del sistema judicial. En segundo lugar, la superación de los incongruencias, oscuridades y defectos que presentan las normas procesales mediante la invocación y aplicación directa de los principios y garantías de máxima relevancia jurídica. (SAN MARTÍN CASTRO, César E.; *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal Vinculante y Relevante*, 2004 - 2008, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (INPECCP), p. XXIV).

116 ROSAS YATACO, Jorge; *Derecho Procesal penal.*

117 Véase: PALOMINO MANCHEGO, José F.; en: *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú*, Lima, 2009, p. 240.

118 Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional: *"Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe*

LEGALES EDICIONES

En el Derecho peruano, a partir del año 2004, con la introducción del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, vía Decreto Legislativo 959 de 16 de agosto; se introdujo una cuestión de orden fundamental en lo que respecta a la predictibilidad obligatoria en la aplicación del Derecho en materia jurisdiccional penal[119]. Hasta antes del 2004 las ejecutorias de la Corte Suprema no tenían el carácter vinculante para los demás órganos jurisdiccionales, sino servían de manera persuasiva a los magistrados. Un tratamiento muy especial recibe los Plenos Jurisdiccionales que se hallan regulados en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen un espacio de discusión de los magistrados de diferentes especialidades, donde se busca estudiar y debatir acerca de los temas jurídicos que generan controversia en las decisiones judiciales. A través de éstas reuniones se esclarecen determinados puntos en debate y por medio del consenso se logran uniformizar criterios jurisprudenciales mediante las conclusiones plenarias, además se logra la capacitación de los magistrados.

En tal contexto y a raíz de los precedentes judiciales vinculantes en materia penal tenemos que hacernos las siguientes interrogantes: ¿Los precedentes judiciales vinculantes en materia

---

*expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente".*

Sobre esta cuestión véase: FIERRO, Guillermo J.; *Legalidad y retroactividad de las normas penales,* Buenos Aires, 2003. En Argentina la jurisprudencia penal plenaria, al igual que el instituto de la casación, y otros medios procesales como el recurso de inaplicabilidad de la doctrina legal, responden a la necesidad de uniformar la jurisprudencia respecto de ciertos puntos conflictivos, habiéndose discutido su alcance retroactivo, el cual se le acuerda pues la equiparación a las leyes interpretativas.

119 Sobre el aporte de la jurisprudencia penal vinculante en el Perú, véase: CASTILLO ALVA, José Luis; *¿Es necesario constituirse en parte civil en la fase de ejecución de la sentencia que fija la reparación civil? Breves reflexiones sobre la parte civil.* "Constituye a nuestro criterio desde el punto de vista cualitativo y de trabajo pretoriano el mejor aporte que la Corte Suprema ha realizado en materia penal desde su creación, dado que sienta con carácter obligatorio una doctrina legal sobre determinadas materias, particularmente las más complejas, y aborda –esperamos que este camino se mantenga– con regularidad y permanencia pronunciamientos sobre aspectos y materias que en los Tribunales de instancia son resueltos de manera contradictoria y disímil, pese a que se trata de órganos del mismo nivel jerárquico".

LEGALES EDICIONES

penal sirven sólo para crear predictibilidad sobre un tema determinado, y en todo caso esto no es función de la ley?; o acaso es que la ley en nuestro país no ha mostrado una seguridad tal que los operadores judiciales no tendrían que recurrir a otra fuente no sea la ley? En definitiva con esta tendencia que se muestra ya en nuestro contexto jurídico-penal podemos pensar que poco a poco en el futuro ¿la jurisprudencia se "comerá" a la ley? Esta interrogante la traigo a colación parafraseando a Franz von Liszt cuando decía en el siglo XX que la criminología se comerá al Derecho penal.

Una de las cuestiones que todavía se sigue debatiendo en la ciencia penal es si constituye o no delito de prevaricato el apartamiento de una doctrina plenaria por parte de un magistrado[120], o sólo se puede establecer actualmente una cierta vinculación del juez a la ley penal, sino también una vinculación del juez hacia los "precedentes" como un valor fundamental y casi "excluyente" en el sistema penal. En efecto, existe un efecto vinculante de la ley a través del derecho creado por los mismos magistrados en aplicaciones anteriores a la ley[121]. En ese sentido, y como actualmente en el Perú, a través de los cambios en el programa jurisprudencial no sólo se puede establecer una cierta vinculación del juez a la ley penal, sino también una vinculación del juez hacia los "precedentes" como un valor fundamental y casi "excluyente" en el sistema penal, y por tanto debería tener algún efecto en la represión del delito de prevaricato. Se ha resuelto que no constituye el delito prevaricato el apartamiento de una doctrina plenaria por parte de un magistrado[122].

120 BREGLIA ARIAS, Omar / GAUNA, Omar R.; *Código Penal y leyes complementarias*, 2, Buenos Aires, 2003, p. 704.

121 Sobre esta cuestión véase: FIERRO, Guillermo J.; *Legalidad y retroactividad de las normas penales,* Buenos Aires, 2003. En Argentina la jurisprudencia penal plenaria, al igual que el instituto de la casación, y otros medios procesales como el recurso de inaplicabilidad de la doctrina legal, responden a la necesidad de uniformar la jurisprudencia respecto de ciertos puntos conflictivos, habiéndose discutido su alcance retroactivo, el cual se le acuerda pues la equiparación a las leyes interpretativas".

122 Véase: BREGLIA ARIAS, Omar / GAUNA, Omar R.; *Código Penal y leyes complementarias*, 2, Buenos Aires, 2003, p. 704.

LEGALES EDICIONES

El precedente o *stare decides* debe ser publicado para generar transparencia y consolidar la seguridad jurídica. En principio debe destacarse que uno de los problemas que tuvo que enfrentar el proceso de emisión de jurisprudencias penales vinculantes era su falta de publicación[123], sin embargo esta deficiencia de información fue poco a poco superada por quienes tienen el deber de hacerlo: el Poder Judicial, y hoy en día hasta se cuenta con trabajos individuales y colectivos sobre la jurisprudencia penal vinculante. Ahora bien, superado esta situación pasaremos a pasar revista a uno de los temas más importantes en la cual se pone en tela de juicio la capacidad de rendimiento de los precedentes judiciales vinculantes en materia penal.

En efecto, y para centrar el tema de discusión lo haremos con una interrogante: ¿Cuál es lo correcta definición –o mejor dicho diferenciación– de los ámbitos de competencia funcional entre los órganos (constitucionales) tanto del Poder Judicial y el Poder Legislativo? Al parecer constitucionalmente está delimitado las funciones competenciales de cada órgano constitucional: el Poder Legislativo la *dar* leyes y la del Poder Judicial la de *aplicar* las leyes, sin embargo ¿Habrá un supuesto específico en la cual los ámbitos de competencia del Poder Judicial y del Poder Legislativo se unan? Bueno uno de esos ámbitos donde precisamente no está del todo claro o definido, o donde más se ha cuestionado la superposición de funciones es la emisión de precedentes judiciales de carácter vinculante.

Por ello quiero empezar este tema con las palabras del Profesor Wolfgang Naucke cuando señala que "la distinción entre la

123 De esto por ejemplo da cuenta: GUERRERO LÓPEZ, Iván Salomón; *¿Common Law en el Perú?*, p. 10, cuando nos dice lo siguiente: "Consideremos que las publicaciones de las decisiones vinculantes, para que sean razonables exigibles, siempre deberían producirse en la sección de jurisprudencia o mejor, en la sección de normas legales, pero en una sola de ellas. Lo que se va ha visto no ha sido necesariamente así. Por ejemplo, la publicación de la Ejecutoria Vinculante recaída en el R.N. 1786-2004 se produjo en la sección "Edictos", espacio especialmente destinado a avisos judiciales, asi mismo, la ejecutoria vinculante recaída en el incidente de competencia 18-2004 se publicó en la sección "normas legales". Esto no sucedió por ejemplo con la Ejecutoria Vinculante recaída en el expediente R.N.4500-2006 que tiene fecha seis de setiembre del dos mil siete pero recién fue publicada.



LEGALES EDICIONES

actividad que aplica derecho y la que lo crea se puede mostrar nítidamente en la generalidad de los casos. Es una diferencia claramente visible si un jurista investiga un accidente de tránsito, con relación a posibles hechos punibles, sobre la base de normas jurídicas vigentes, o si un jurista, en un Ministerio de Justicia, se ocupa de la cuestión de que otros preceptos penales deberían ser introducidos en el futuro para proteger a la población contra influencias del medio ambiente perjudiciales para la salud"[124]. Continúa Naucke agregando que "en el trabajo minucioso de la aplicación del derecho penal, sin embargo, los límites entre la aplicación del derecho y la creación del derecho son frecuentemente difíciles de determinar. Al aplicar muchos preceptos jurídicos-penales, la cuestión de si un hecho es punible apenas puede separarse de la pregunta de si en el futuro un hacho y hachos similares deberían ser punibles en forma racional. Este es un problema actual difícil para la teoría de la actividad de los penalistas que aplican derecho"[125] (las negritas son del texto).

La zona de diferenciación entre por un lado la ley emanada del Código Penal o una legislación complementaria y por el otro de una sentencia judicial de carácter vinculante al parecer se pierde en una zona gris, ya que las Salas Penales de la Corte Suprema –y también podríamos del Tribunal Constitucional– en su afán de "regular" el comportamiento de los magistrados de inferior jerarquía sobre un determinado tema, aparecen al final de cuentas legislando judicialmente por partida doble: en primer lugar se regula el *tema controvertido* (tanto en materia penal, procesal penal y penitenciario) pues el magistrado tiene que seguir la línea de argumentación de una sentencia judicial vinculante resuelto en fecha anterior; y en segundo lugar, se pretende regular el *comportamiento* de los jueces penales (de la misma Corte Suprema, Corte Superior, Juzgados Especializados) pues tienen la obligación, dentro de un modelo romano-germánico, de resolver en igual sentido a otra sentencia judicial vinculante. En suma, una sentencia judicial cuando no termina siendo sólo

124 Véase: NAUCKE, Wolfgang; *Derecho Penal*, Buenos Aires, 2006, p. 32.
125 NAUCKE; 2006, p. 32.

LEGALES EDICIONES

para el caso concreto sino para la *generalidad*, se convierte en una propuesta judicial de carácter legal por la vinculación que deben tener los magistrados –en este caso penales– en la forma de resolver el caso puesto a conocimiento.

A todo esto debo señalar que no estoy en contra de que la jurisprudencia vinculante en materia penal en el Perú sea desterrada totalmente, ya que por ejemplo Sebastián Soler, aun cuando haya afirmado de que ley es la única fuente inmediata del Derecho penal, decía en relación al valor de la jurisprudencia en materia penal lo siguiente: "Si bien la negación de la jurisprudencia como fuente de Derecho Penal es la opinión dominante, que nosotros enérgicamente aprobamos, no puede dejarse –dice Soler– de observar que modernamente, en los derechos penales revolucionarios, al afirmarse el carácter "creador" de la jurisprudencia, y al admitirse el principio analógico o al suprimirse la especificación de las figuras delictivas, se acuerda a la jurisprudencia la fuerza emanadora de normas, superponiéndose en el juez la facultad legiferante, de modo que en el acto de juzgar finca el devenir mismo de la norma"[126].

En una posición contrario encontramos lo expresado por el Profesor Del Valle Randich. Así "la jurisprudencia es una forma integradora de la ley, de tal manera que no puede obligar ni a los jueces inferiores ni al propio juez que la dicto, las sentencias son resoluciones concretas, resueltas en un proceso sometido al conocimiento del juez y en función a una actitud jurisdiccional, que lo obliga en el caso concreto. *Así los fallos expedidos en un proceso por mas idénticos que estos se presenten con relación a otros, no se extienden a los demás que esperan resolución, pues cada uno ellos se concreta a un hecho también concreto*"[127] (las cursivas son mías)

En otras palabras, una jurisprudencia se hace llamar como tal –y no solo por su cantidad sino por su calidad– en la medida que el Poder Judicial asuma su compromiso con la comunidad

126 SOLER, Sebastián; *Derecho Penal argentino*, tomo I, 1951, Buenos Aires, p. 138.

127 DEL VALLE RANDICH, Luis; p. 87.



LEGALES EDICIONES

que a donde al final es donde va dirigido sus fallos, en el sentido que proyecte una constante y racional renovación de acuerdo a los estándares que impone el avance de la ciencia penal, así las cosas hoy por hoy se está hablando del denominado "Derecho penal constitucional", es decir, un Derecho penal ligado a los principios constitucionales que en muchos casos están contenidos en el Título Preliminar; y que por ejemplo los fallos judiciales deben tener al menos una mínima –y por qué no máxima– cuota de razonamiento judicial a través de los diez artículos que a manera de principios están contenidos en el Título Preliminar de nuestro Código Penal de 1991. Solo de esta manera nuestra jurisprudencia –y más aún si es vinculante– podrá ser tildada de moderna y creadora a los casos concretos.

Consideramos necesario se inicie el debate en el escenario nacional, sobre la posibilidad de que la Corte Suprema tenga la preferencia para fijar las pautas jurisprudenciales en materia de legislación ordinaria, a propósito de la necesidad de predictibilidad, sin perjuicio de las atribuciones del Tribunal Constitucional de actuar en asunto de su estricta competencia, es decir, en materia estrictamente constitucional, aunque ello implique, por supuesto, una interpretación de la legislación ordinaria.

## 2. LAS SENTENCIAS VINCULANTES DE LA CORTE SUPREMA Y SUS FORMAS DE CREARLAS

La lógica de precedentes vinculantes citadas por las Salas Supremas de la Corte de la República se puede realizar por las propias ejecutorias (declaradas vinculantes), como por decisión de los propios acuerdos de plenos jurisdiccionales. En ese sentido, la Corte Suprema de la República en materia penal en nuestro país ha empleado las siguientes técnicas a efectos de establecer los precedentes judiciales:

a) *Ejecutoria Suprema vinculante.* Esta ejecutoria se origina por la decisión de la Sala Suprema de fijar en algunos de los considerados de su sentencia, reglas jurídicas;

b) *Sentencias Plenarias que resuelven discrepancias sobre determinados temas penales.* Estas sentencias se han dado en reunión de plenos de vocales supremos para dilucidar ejecuto-

LEGALES EDICIONES

rias supremas contrapuestas, como el caso donde se resolvió el momento consumativo del delito de Robo agravado; las sentencias plenarias son una forma cualificada de precedentes vinculantes que tratan de armonizar e imprimir uniformidad a los criterios de los miembros de una Sala o a las diversas Salas Penales de la Corte Suprema que tienen puntos de vista disímiles y/o contradictorios sobre un determinado tema o asunto jurídico sometido a su competencia[128]; y

c) *Acuerdos Plenarios que aprueban que determinadas ejecutorias supremas se conviertan en vinculantes.* El artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial regula la realización de los acuerdos plenarios por parte de las salas especializadas del Poder Judicial, entre las que se comprende las salas de la Corte Suprema[129] y las salas de la Corte Superior. Los acuer-

128 CASTILLO ALVA, José Luis; *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*, Lima, 2008, p. 47. Este autor señala además que las sentencias plenarias pueden expedirse como consecuencia de la convocatoria a iniciativa de los integrantes de una Sala Penal, del órgano colegiado (Sala Penal) o del Pleno de vocales supremos. En estos casos estamos frente a una convocatoria que parte de los miembros de la propia Sala Penal y se trata de una iniciativa interna al Poder Judicial. (Véase: CASTILLO ALVA, 2008, p. 51). El Pleno puede también convocarse a instancia de otros órganos e instituciones encargados de preservar la legalidad o las bases de un Estado de Derecho, como son, por ejemplo, la Fiscalía Suprema en lo penal o la Defensoría del Pueblo, con relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional. Se destaca con ello que la necesidad de las sentencias plenarias no solo provienen de la propia Corte Suprema, sino que puede nacer de una fuente ajena a ella. En estos casos, se trata de una iniciativa externa al Poder Judicial. (CASTILLO ALVA; 2008, p. 51)

129 Véase, por ejemplo el ACUERDO PLENARIO N° 1-2005/ESV-22 DETERMINACIÓN DE PRINCIPIOS JURISPRUDENCIALES. ART. 22 TUO LOPJ. *ASUNTO*: EJECUTORIAS SUPREMAS VINCULANTES. Lima, treinta de septiembre de dos mil cinco.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha pronunciado el siguiente ACUERDO PLENARIO

***I. ANTECEDENTES.***

**1.** Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959, y 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

LEGALES EDICIONES

2. En el presente caso –sin perjuicio de las Ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas Sentencias Plenarias, cuyo examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones específicas–, al aceptarse íntegramente los fundamentos jurídicos de las Ejecutorias analizadas, se decidió invocar y dar cumplimiento al artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dicha norma, en su parte pertinente, establece que debe ordenarse la publicación de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.
3. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del Señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.
4. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad,, se dispuso la publicación de las Ejecutorias que se mencionarán en la parte resolutiva del presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al Señor San Martín Castro, quien expresa el parecer del Pleno.

***II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.***

5. El artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenar la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. El objeto de esta previsión normativa, como estatuye el segundo párrafo del indicado artículo 22, es que los principios jurisprudenciales que se acuerden por el Supremo Tribunal deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento.
6. Corresponde a las Salas Especializadas de este Supremo Tribunal realizar una labor previa de revisión de las Ejecutorias emitidas y, respecto de ellas, escoger aquellas que fijan principios jurisprudenciales que deben erigirse en precedentes vinculantes para los jueces de la República; y, de este modo, garantizar la unidad en la interpretación y aplicación judicial de la ley, como expresión del principio de igualdad y afirmación del valor seguridad jurídica.
7. El Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, consideró pertinente que los principios jurisprudenciales que a continuación se indican tengan carácter vinculante y, por tanto, a partir de la fecha, constituyan formalmente doctrina legal de la Corte Suprema. Se trata de los fundamentos jurídicos respectivos de cuatro Ejecutorias Supremas, que pronuncian acerca de:
   a) Los límites del Tribunal de Instancia para modificar la calificación jurídica del hecho objeto del proceso penal, que necesariamente importan el respeto a los principios acusatorio y de contradicción –o más, concretamente, del derecho de conocimien-

LEGALES EDICIONES

dos plenarios no consisten en una labor exclusiva de la Corte Suprema de Justicia como vértice de la organización judicial peruana. –acuerdos plenarios–, ¿podría ser invocado a efectos de procesarle penalmente por un delito de prevaricación? Nosotros creemos que, ello es imposible. Si bien es cierto que por Política Legislativa de orden, o un control de la criminalidad (política criminal), se ha otorgado un valor, en la práctica, superior al de la propia ley – lo cual como he dicho en el anterior párrafo nos parece irracional y quebrantador de los órdenes constitucionales relativos al propio modelo político de Estado Constitucional que conforme el artículo 43 establece la Ley Fundamental[130].

---

to de los cargos–, y el pleno cumplimiento del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo Número 959.

b) La definición de los alcances de los elementos del tipo objetivo –en concreto, de la acción típica– del delito de corrupción de funcionarios – cohecho pasivo propio, previsto y sancionado por el artículo 393 del Código Penal.

c) La precisión que la confesión sincera del imputado no constituye un factor para fijar la cuantía de la reparación civil. Ésta, como ha venido insistiendo reiteradamente este Supremo Tribunal, se determina en función al daño ocasionado por el delito.

d) La no exigencia del agraviado, tras la sentencia firme de condena, de constituirse en parte civil para intervenir en el proceso o en la etapa de ejecución a los efectos de que se cumpla con satisfacer la reparación civil que se ha fijado.

***III. DECISIÓN.***

**8.** En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

**ACORDÓ :**

**9. ORDENAR** la publicación en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias Supremas que ha continuación se indican, con la precisión del fundamento jurídico que fija el correspondiente principio jurisprudencial, que constituye precedente de obligatorio cumplimiento por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera sea su especialidad.

10.En consecuencia, constituyen precedentes vinculantes:

1°) Recurso de Nulidad N° 224-2005, tercer fundamento jurídico.

2°) Recurso de Nulidad N° 1091-2004, cuarto fundamento jurídico.

3°) Recurso de Nulidad N° 948-2005, tercer fundamento jurídico.

4°) Recurso de Nulidad N° 1538-2005, cuarto fundamento jurídico.

130 (SAN MARTÍN CASTRO, César E., *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal Vinculante y Relevante*, 2004 - 2008, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (INPECCP), p. XLVII.

LEGALES EDICIONES

Es de establecer una diferencia sustancial entre lo que venimos trabajando relativo a lo que son " Sentencias Plenarias", con lo que se conoce también como "Acuerdos Plenarios". Ambos de naturaleza no jurisdiccional ni menos contenciosa siendo inadmisible los calificativos generalizados de "jurisdiccional", en tanto, no existe dinámica procesal propia ni mucho menos actuación de ningún principio relativo a la emisión de resolución legal alguna, incluso sin presencia de parte alguna interesada en una interpretación u otra, respecto de la decisión final de los acuerdos[131].

La lógica plenaria consiste en establecer criterios de resolución uniformes, sobre casos ya resueltos. Aquí no hay una lógica contenciosa por medio, como tampoco hay una consulta en abstracto a un tema concreto, conforme se pretendió hacer en algún momento vía un proyecto de Ley nacido de alta dirección del Ministerio de Justicia y que buscaba establecer lógicas consultivas no contenciosas. Lo que hay aquí, en cuerda a una sentencia plenaria, es una resolución de carácter no jurisdiccional ni contencioso, sino de orden direccional, correctivo y orientativo al modo y forma como la propia Corte Suprema ha resuelto con anterioridad un caso o un conjunto de casos en concreto[132].

A través de estas reuniones se esclarecen determinados puntos en debate y por medio del consenso se logra uniformizar criterios jurisprudenciales mediante las conclusiones plenarias, además se logra la capacitación de los magistrados. Por otro lado tenemos que advertir que los plenos jurisdiccionales no tienen efecto de ley ni de sentencia, pero constituyen una fuente indirecta para el Juez en la interpretación de la ley[133].

131 SAN MARTÍN CASTRO, César E.; *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal Vinculante y Relevante*, 2004 - 2008; Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (INPECCP), p. XLV.

132 SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal Vinculante y Relevante*, 2004 - 2008, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (INPECCP), p. XLIV.

133 VILLAVICENCIO TERREROS; 2006, p. 146. De la misma opinión: CASTILLO ALVA, José Luis; *Comentarios a los Precedentes Vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*, Lima, 2008, p. 55, cuando señala que: "Los acuerdos plenarios, a diferencia de los precedentes vinculantes o las sentencias plenarias, no ejercen y desarrollan fuerza vinculante alguna.

LEGALES EDICIONES

## 3. DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES-PERSUASIVOS HACIA LOS PRECEDENTES JUDICIALES-VINCULANTES

Tenemos que advertir que en el caso de la Corte Suprema actuando como Sala Penal Especial para resolver un caso de relevancia social, este órgano no tiene competencia para dictar precedentes vinculantes, debido a que no cumple con el fundamento teleológico-funcional respecto de la instancia judicial que debe dictar precedentes vinculantes, que no es otro que ser la última instancia o el órgano definitivo en el conocimiento de las diversas causas judiciales penales en la administración de justicia peruana[134]. La configuración del sistema de precedentes en nuestro país tiene como característica el ser un precedente vertical emitido por la instancia máxima de la pirámide judicial: la Corte Suprema. En otras palabras, la normativa peruana solo reconoce a cierto órgano de la estructura del Poder Judicial la posibilidad de expedir precedentes vinculantes, como son las salas penales de la Corte Suprema. Por imperio del principio de legalidad ningún otro Tribunal de justicia que no sean estas salas penales pueden dictar precedentes vinculantes, pese a que gocen de mayor prestigio, resuelvan casos de singular trascendencia o destaquen por la calidad de las resoluciones que emitan[135].

En este punto puede citarse varios fallos de la Corte Suprema en materia de justicia anticorrupción que sin ser vinculantes sirvan para una mejor aplicación de la norma penal a los casos concretos. En primer lugar debemos citar el Exp. N° 25-2003 AV Sala Penal Especial - Sentencia de fecha 03.Ago.05, caso: César Saucedo Sánchez, Delitos: Colusión y Asociación Ilícita, Temas: Fijación de Hecho y Valoración de testimoniales en fase de instrucción[136]; en segundo lugar el Exp. N° 26-2003 Sala Pe-

---

En tal sentido, dichos acuerdos no pueden ser utilizados para plantear la aplicación obligatoria de una determinada decisión".

134 Véase, en este mismo sentido: CASTILLO ALVA; *Comentarios a los Precedentes Vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*, Lima, 2008, p. 39.

135 Veáse: CASTILLO ALVA, José Luis; *Comentarios a los Precedentes Vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*, Lima, 2008, p. 35.

136 "8. El informe de la Sub Comisión de Investigación del Congreso señala que los hechos objeto del procedimiento parlamentario se circunscriben a tres procesos de Adjudicación Directa".



LEGALES EDICIONES

nal Especial - Sentencia de fecha 27.Dic.05, caso César Saucedo Sánchez, Delito: Enriquecimiento Ilícito, Temas: Exclusión de hechos que no fueron parte de la D.C. Valoración de testimoniales en fase de Instrucción. Exclusión Probatoria[137]; en tercer lugar debemos citar el Exp. N° 02-2004 AV Sala Penal Especial - Sentencia de fecha 30.Nov.05, caso José Ramos García Marcelo, (EX T.C.) Delitos: Cohecho Pasivo Propio, Temas: Valoración de testimoniales en fase de instrucción[138]; en cuarto lugar citaremos el Exp. N° 28-2003 AV (Acumulado), Sala Penal Especial - Sentencia de fecha 8.Ago.06, caso: Carlos Alberto Bergamino Cruz, Delitos: Colusión, Asociación Ilícita y Cohecho Pasivo Propio, Temas: Fijación de Hecho, Valoración de testimoniales en fase

"25. El Tribunal, evaluando el conjunto de las declaraciones que ha recibido y las que ha dado lectura en el acto oral por haberse realizado en sede de instrucción, y si las compara con las descripciones que hacen los informes de Auditoría –cuyo análisis se realizará acto seguido–, llega a la convicción que, en efecto, se vulneró por completo la regulación que guía el proceso de licitación privada.", p. 9.

137 "1. Hechos y prueba actuada en el proceso: Primero: El Ministerio Público en el dictamen acusatorio, en los puntos once al trece del rubro "hechos que sustentan la acusación sustancial" enfatiza como sustento de la imputación el suceso referido a que el acusado también habría obtenido las acciones de la empresa "Sanford Overseas" constituida en Bahamas ... Sin embargo, este hecho al no formar parte del Informe Final de la Denuncia Constitucional número ciento treinta y ocho y menos de la denuncia fiscal y auto de apertura de instrucción, no puede integrar el contenido de la imputación penal en el proceso, lo que fue establecido así en el plenario en la sesión de audiencia del trece de octubre de dos mil cinco - fojas cinco mil ciento cuarenta y siete."

"16. El testigo Juan Silvio Valencia Rosas, en sus declaraciones en este proceso, como en aquellos proporcionados en los órganos jurisdiccionales anotados precedentemente es enfático, uniforme y concluyente, al referir....

17. La versión incriminatoria del citado testigo, adquiere verosimilitud, con el análisis de los siguientes elementos de juicio: i) la declaración policial de Víctor Alberto Venero Garrido de fojas ochenta y ocho, realizada con participación de su abogado defensor y Fiscal Provincial...

20. En cuanto al documento de fojas dos mil cuatrocientos cincuenta, consistente en el acta de escucha del CD "Maxell CD-R setecientos MB ochenta", es de enfatizar que no puede considerarse como prueba de cargo, desde que, en este proceso, no se encuentra en debate la afirmación presuntamente dada por Montesinos Torres respecto a la entrega mensual de dólares americanos al acusado Saucedo Sánchez...".

138 17. El Tribunal, evaluando el conjunto de las declaraciones que ha recibido y las que se ha dado lectura en el acto oral por haberse realizado en sede de instrucción, llega a la convicción, que en efecto, como lo reconoce el propio Montesinos Torres, existía una lista de funcionarios a quienes se les entregaba dinero, en dólares americanos.

LEGALES EDICIONES

de instrucción[139]; en quinto lugar señalaremos el Exp. N° 20-2003 AV Sala Penal Especial - Sentencia de fecha 18.Oct., Caso: AFF / Camet Dickman / Caso Lay, Delitos: Asociación Ilícita/ Abuso de Autoridad/Colusión Desleal/Malversación/Omisión de Denuncia, Tema: Exclusión de Hechos que no fueron materia de la acusación[140]; por último citaremos el Exp. N° 46-2003 AV Sala Penal Especial - Sentencia de fecha 24.Abr.06, caso Julio Rolando Salazar Monroe, Delitos: Colusión Desleal / Asociación Ilícita, Temas: Fijación de hecho[141].

En este contexto una norma jurídica en todos los casos siempre será insuficiente por esta razón los magistrados necesitan urgente y permanentemente de otra fuente que siempre se ha mantenido de manera secundaria en el campo del Derecho penal como es la jurisprudencia y ya ni siquiera relevante sino ahora tiene que ser vinculante, y que mejor sea aquella fuente *que ellos mismos* crean y aplican a la realidad social.

---

139 "9. El informe de la sub comisión del Congreso señala que los hechos objeto del procedimiento parlamentario se circunscriben a cinco procesos de adjudicación directa, mediante licitaciones privadas..."

"25. Han declarado como testigos en sede de instrucción entre otros: a)...

26. En el juicio oral han declarado los siguientes testigos, que ya lo hicieron en la etapa de instrucción..."

"29. El tribunal, evaluando de manera integral las declaraciones antes reseñadas, así como el resto de medios de prueba obrantes en autos, considera establecidos los siguientes hechos:...".

140 "28. ... Es importante resaltar, en primer lugar, que los funcionarios que han intervenido en el procedimiento en el sector Economía y Finanzas, uniformemente han expuesto que no recibieron indicaciones, presiones o conminaciones para que opinen en un sentido determinado tanto por el Ex Ministro Camet Dickmann cuanto por el Ex Presidente Fujimori Fujimori; tampoco existe prueba a partir de otras fuentes que descarte esas afirmaciones, ni siquiera la acusación invoco como *factum* de su imputación.

29. Desde la perspectiva trazada en el párrafo anterior, cabe concluir que no existen pruebas que, siquiera mínimamente puedan establecer la presencia de un concierto ilegal y de una defraudación en cuanto perjuicio potencial, al ordenamiento financiero o presupuestario del Estado."

141 "8. El informe de la Sub Comisión Investigadora del Congreso señala que los hechos objeto de la investigación es la adjudicación con carácter de secreto militar número cero cinco noventinueve SGME para la adquisición de mil fusiles y diez mil millares de municiones."



LEGALES EDICIONES

### 3.1. Iter histórico-legislativo sobre la vinculación de los precedentes jurisprudenciales en el Perú

Siguiendo a San Martín Castro el tema histórico de la jurisprudencia del Supremo Tribunal, conforme a la legislación vigente, se ha desenvuelto a partir del presente panorama[142]:

a) El artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, D.S.017-93-JUS, estipula que, en principio, no cualquier sentencia del Tribunal Supremo puede configurar doctrina jurisprudencial y vincular a los tribunales inferiores. Sólo lo serán aquellas Ejecutorias que trimestralmente la propia Sala Suprema define y únicamente en el ámbito concreto –*ratio decidendi*– que ella misma disponga. La Obligatoriedad de los fallos, sin embargo, no es absoluta, pues los jueces y magistrados pueden apartarse de su sentido siempre que lo motiven expresa y especialmente –*exigencia de previa motivación de la discrepancia.*

   El artículo 80. 4 de la misma LOPJ modificado por el artículo 2 de la Ley número 27645 también permite al Supremo Tribunal instituir fallos vinculantes o de principio. Para esto se requiere que trimestralmente así lo acuerden la Sala Plena de la Corte Suprema. En este supuesto, pareciera que no cabe que ningún órgano jurisdiccional inferior pueda apartarse de este tipo de sentencia.

   El artículo 116 de la LOPJ, consagra los plenos jurisdiccionales, nacionales, regionales o distritales, que es la reunión de los Vocales Superiores a fin de concordar la jurisprudencia de su especialidad. Sin embargo estos acuerdos no tienen efecto vinculante.

b) El Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional[143]: *"Las sentencias del Tribunal Constitucional*

142 Así, SAN MARTÍN CASTRO, César; *"Estudio preliminar, presentación y prólogo"* al libro de Miguel Pérez Arroyo, *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005)*, Lima, 2006, p. 13.

143 La Ley 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, que en su artículo 9, establecía que las resoluciones judiciales emitidas en los procesos de amparo y hábeas corpus constituían jurisprudencia obligatoria cuando de ellas pudiesen desprenderse, principios de alcance

LEGALES EDICIONES

*que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente".*

c) El artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto legislativo número 959[144], semejanza del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, estipuló lo siguiente:

- Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresan las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. En ambos casos la sentencia debe publicarse en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial.
- Si se advierte que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la respectiva Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, a instancia de

---

general, sin embargo los jueces podían apartarse del criterio en la medida que sustenten las razones de hecho y derecho que así lo justifiquen.

144 Según: CASTILLO ALVA, José Luis; *Comentarios a los Precedentes Vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*, Lima, 2008, p. 43. Este autor anota que "...lo prescrito en el artículo 301-A del CPP de 1940, el vehículo jurídico mediante el cual se expresan los precedentes vinculantes son las sentencias de la Corte Suprema". Por otro lado, habría que destacar que el Decreto Legislativo N° 959 (17.08.04) incorporó al todavía vigente Código de Procedimientos Penales el artículo 301-A que regula la institución del precedente obligatorio. Hasta entonces, la modificación normativa, muy buena por cierto, pues mejora varios aspectos del pleno casatorio instituido por el Código Procesal Civil en 1993 para implementar jurisprudencia vinculante –regula tanto el quórum como el número de votos que se requiere para adoptar jurisprudencia vinculante–, sólo igualaba el proceso penal al proceso civil en el uso de estas instituciones.

LEGALES EDICIONES

cualquiera de las Salas, de la Fiscalía Suprema en lo Penal o de la Defensoría del Pueblo –en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional– se convocará inmediatamente al Pleno de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria, la que se adoptará por mayoría absoluta. En este supuesto no se requiere la intervención de las partes, pero se anunciará el asunto que la motiva, conocimiento del Ministerio Público. La decisión del Pleno no afectará la sentencia o sentencias adoptadas en los casos que determinaron la convocatoria al Pleno de los Vocales de lo penal. La sentencia plenaria se publicará en el Diario Oficial, y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial.

Similar disposición se encuentra en el Nuevo Código Procesal Penal, artículo 400, y que, a su vez, está reforzada con un motivo de casación específico: que el tribunal se aparte de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema (artículo 429. 5 del Nuevo Código Procesal Penal), como reconocimiento de los principios de igualdad en la aplicación judicial de la ley y de nomofilaquia, en tanto metas esenciales o tarea privilegiada de todo Tribunal Supremo".

d) Sin estar ligado a la legislación penal propiamente dicha, debemos, sin embargo, mencionar para los efectos de los antecedentes de jurisprudencia vinculante. Así el Código Procesal Civil en su artículo 400 establece la doctrina jurisprudencial. A través de Sala Plena de la Corte Suprema, en decisiones que se tome en mayoría absoluta constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificado por otro pleno casatorio. El mismo Código Procesal Civil en su artículo 384 estatuye lo siguiente: "La finalidad de la casación es la unificación de jurisprudencia nacional por la Corte Suprema" (función nomofiláctica).

e) Debemos citar en este punto a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, que su artículo 34 de la Ley 27584

LEGALES EDICIONES

precisa que las decisiones adoptadas en casación por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, constituirán doctrina jurisprudencial en materia contencioso administrativa.

## 4. JURISPRUDENCIA VINCULANTE E INDEPENDENCIA JUDICIAL

Es indubitable que lo establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la lógica de los precedentes judiciales vinculantes en materia penal, deviene en un límite al principio de independencia judicial establecido en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú. Al respecto debemos de señalar que acerca de la vinculación de los operadores jurídicos, en particular de los jueces, hacia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, permite afirmar que los jueces en ningún momento pierden su independencia como órganos de administración de justicia en el caso concreto.

Al contrario de lo que una primera impresión podría hacer suponer, la jurisprudencia del Supremo intérprete de la Constitución, incluso la que se presente como precedente vinculante, no hace inútil o innecesaria la actividad interpretativa de los jueces cuando deban resolver las cuestiones concretas. Este espacio para la interpretación y para la decisión no es difícil de encontrar respecto de los *obiter dicta* en una sentencia del Tribunal Constitucional. La vinculación a las razones subsidiarias u *obiter dicta* es relativa debido a su carácter orientativo o persuasivo. El juez estará vinculado a ellas, mientras no presente una argumentación constitucionalmente válida para formular un contenido distinto al contenido del *obiter dicta*. Por lo que no cabe duda de que el juez puede desmarcarse de un *obiter dicta*[145].

El principio de independencia judicial alude a aquella capacidad auto determinativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro del

145 CASTILLO CÓRDOVA, Luis; *Estudio y Jurisprudencia del Código Procesal Constitucional*, Gaceta Jurídica S.A, Enero 2009, p. 43.



LEGALES EDICIONES

marco que fija la Constitución y las leyes[146]. En esa perspectiva el juez en cualquiera de las especialidades y jerarquía goza de una independencia externa e interna. La independencia externa es oponible a los órganos Ejecutivo y Legislativo; e implica que la autoridad jurisdiccional no admite sujeción a ningún interés distinto del que provienen de los fines de la justicia, ni admite intromisiones "foráneas" en la resolución de los casos bajo su competencia. Por su parte la independencia interna implica que la autoridad no se encuentra relacionada a la voluntad de los órganos jurisdiccionales intra-institucionales, salvo que medie un recurso impugnativo. Similar criterio opera en el caso de su relación con los órganos intra-administrativos[147].

Efectivamente como fuente de producción derivada, la jurisprudencia en materia penal no solo interpreta ante una oscuridad de la ley, sino que por sobre todas las cosas "crea" Derecho. Así ocurre cuando llena de contenido a determinados conceptos de la Parte Especial del Código Penal, así los conceptos de "violencia contra la persona" (art. 188), "culpa" en el delito de homicidio (art. 111) o de "grave amenaza" en el delito de violación sexual (art. 170), el concepto de "sustracción ilegítima total o parcial del bien mueble" (art. 185) o "documento público o privado" en el delito de falsificación de documentos (art. 427), etc. A mi juicio creo que el problema de los fallos vinculantes en materia penal no está en el tema de la "creación" del Derecho, sino que a los magistrados se les debe dejar a su libre albedrío para la realización de dicha "creación". Un magistrado puede tener una idea distinta, por ejemplo, del concepto de "culpa" porque quizá sea un finalista en su estructura del delito y no permitirá la aplicación de las reglas de la imputación objetiva; en consecuencia porqué dicho magistrado tendría que seguir una determinada posición jurisprudencial de otros magistrados que son funcionalistas, donde sí permite la aplicación de la imputación objetiva. O en el caso de la consumación del delito de robo donde se ha fijado una posición jurisprudencial.

LEGALES EDICIONES

146 GARCÍA TOMA, Víctor; *El precedente Constitucional Vinculante en el Perú*, 2009, p. 57.

147 GARCÍA TOMA; *El precedente Constitucional Vinculante en el Perú*, 2009, p. 57.

A mi juicio el problema de los precedentes vinculantes en materia penal no está cuando el magistrado tenga que seguir una determinada posición doctrinaria y jurisprudencial cuando dicho magistrado de acuerdo a su convicción y formación académica, entiende que por ejemplo la consumación del delito de robo se realiza con la "mínima disponibilidad de la cosa". En dicho supuesto nadie podría reprocharle al magistrado el por qué asumió en dicha sentencia tal o cual posición doctrinal o jurisprudencial. El problema es cuando al magistrado se le dice –o mejor dicho se le obliga– que ya no puede resolver el caso de acuerdo a su convicción personal, sino que ahora tiene que seguir –motivado por una obligación legal que por una convicción personal– ciertos criterios o tendencias jurisprudenciales emitidos por el máximo tribunal judicial; en consecuencia, creo que la emisión de fallos que vinculen a una cierta tendencia dogmática o jurisprudencial, en principio y no les falta razón que sería una especie de injerencia a la independencia de los jueces.

## 5. EL APORTE PROGRESIVO DE LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA EN EL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

En principio debemos reiterar la progresiva influencia de la jurisprudencia penal vinculante emitido en los últimos tiempos por la Corte Suprema de la República en la dinámica existente del Derecho penal peruano es sumamente enorme y completa, no sólo en el abordamiento de los ejes temáticos sino también en el razonamiento jurídico que realizan en dichos temas la Corte Suprema; abarcando como puede verse casi todas las esferas del Derecho penal: así desde la Parte General, la Parte Especial, y hasta la materia de procesal penal. Hoy por hoy tenemos que pensar que la visión legal producida por el Código Penal peruano en la descripción de algunas instituciones dogmáticas y algunas figuras delictivas, debe ser sólo eso: una visión legal y por ende una visión sesgada, reducida de las instituciones y figuras delictivas del Código Penal peruano. Actualmente los operadores jurídicos, el intérprete, el jurista, el estudiante, entre otros

LEGALES EDICIONES

no sólo deben "huir" a la ley penal, sino deben ir "huir" hacia la jurisprudencia penal vinculante.

### 5.1. En la Parte General del Código Penal

Así en la Parte General podemos mencionar las siguientes ejecutorias vinculantes: Ejecutoria de 10 de febrero de 2005 (Recurso de Nulidad N° 4052-2004), Sala Suprema Penal Permanente (Procedencia: Ayacucho), Tema: *Refundición de penas en concurso real retrospectivo*[148]; Ejecutoria de 16 de marzo de 2005 (Recurso de Nulidad N° 104-2005), Segunda Sala Suprema Penal Transitoria, Procedencia: Ayacucho, Tema: *Criterios para la aplicación de la medida de seguridad de internación*[149]; Ejecutoria de 23 de febrero de 2005 (Recurso de Nulidad N° 367-2004), Segunda Sala Suprema Penal Transitoria (Procedencia: Santa), Tema: *Concurso real retrospectivo de delitos. Criterios para la aplicación del art. 51 del CP.*[150]; Ejecutoria de 27 de mayo de 2005

148 El tratamiento del concurso real retrospectivo a imponer una sola pena que sea proporcionada a la responsabilidad del agente. El juez no puede acumular las penas, sino que opera una refundición de penas, es decir el agente obtendrá una sola condena, esto es, que el resultado que se obtiene es una pena única refundida.

149 La sentencia realiza precisiones en cuanto a los criterios para la aplicación de la medida de seguridad de internación. Estas son: a) Que se aplican judicialmente a los inimputables o imputables relativos que han cometido un hecho punible; que la medida de internación es privativa de libertad y sólo puede aplicarse cuando existe el peligro potencial de que el inimputable pueda cometer en el futuro otros delitos considerablemente graves; b) Que, sólo puede ser impuesta a través de una sentencia y luego de que en juicio se haya acreditado la realización del delito por el inimputable y su estado de peligrosidad; c) Que, su duración no puede ser indeterminada. Se debe definir en la sentencia el tiempo que durará su internación, el cual no puede exceder los límites cuantitativos de la pena privativa de libertad concreta que se hubiera aplicado al procesado si fuese una persona imputable; d) Que, la duración de la medida de internación debe ser proporcional a la peligrosidad potencial del agente y coherente el tratamiento a aplicar que haya precisado el perito psiquiatra.

150 La sentencia establece precisiones en cuanto a la aplicación del concurso real retrospectivo. Estas son: (i) Se produce cuando los delitos que componen el concurso no han sido juzgados simultáneamente en un solo proceso. Es decir luego de producido el juzgamiento y condena de un delito, se descubre otro delito, el cual dará lugar a un nuevo juzgamiento. Esta anomalía procesal no afecta la integridad del concurso real de delitos cometidos por el agente. (ii) Si el delito descubierto con posterioridad merece una pena inferior a la ya impuesta, se dictará el sobreseimiento y se archivará el caso. Pero si la pena prevista para el delito descubierto es superior a la ya aplicada, se realizará un nuevo

LEGALES EDICIONES

(Recurso de Nulidad N° 3332-2004) Segunda Sala Suprema Penal Transitoria Procedencia: Junín Tema: *Presupuestos para la aplicación de la reserva del fallo condenatorio*[151]; Ejecutoria de 20 de abril de 2006 (Recurso de Nulidad N° 2476-2005), Sala Suprema Penal Permanente, Procedencia: Lambayeque, Tema: *Suspensión de la ejecución de la pena. Requisitos para la remisión de la pena (desaparición de la condena)*[152]; Ejecutoria de 30 de septiembre de 2005 (Sentencia Plenaria N° 2-2005/DJ-301-A), Procedencia: Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, Tema: *Sustitución de penas por retroactividad benigna*[153]; Acuerdo Plenario N°

---

juicio y se aplicará la pena que corresponda. (iii) Para tal efecto se efectuará una comparación entre la pena concreta impuesta en la primera sentencia y la pena legal prevista para el delito recién descubierto, pero cometido con anterioridad a la primera sentencia. En el caso que ambas penas fuesen iguales, no puede sobreseerse la causa.

Por otro lado se establece que el derecho de la víctima a la reparación por los daños no se afecta con el sobreseimiento mencionado, ya que los efectos del mismo son estrictamente punitivos. Por tanto subsiste el derecho de la víctima de invocar sus derechos en vía civil.

151 Respecto a la naturaleza y aplicación de la reserva del fallo condenatorio se precisa que es una medida alternativa a la pena privativa de libertad de uso facultativo para el Juez, que se caracteriza fundamentalmente por reservar la imposición de la condena y el señalamiento de la pena concreta para el sentenciado culpable. Consiste en declarar en la sentencia la culpabilidad del procesado, pero sin emitir la condena y pena, los cuales se reservan y condicionan a la culminación exitosa o no de un periodo de prueba, dentro del cual el sentenciado deberá abstenerse de cometer nuevo delito y cumplir las reglas de conducta que le señale el Juez.

Asimismo se precisa que la pena de inhabilitación que prevé el art. 426 del Código Penal, tiene la calidad de pena principal y conjunta.

152 Se establece que la sentencia condenatoria, se cumple aunque se interponga recurso de nulidad, salvo los casos en que la pena sea la de internamiento, relegación, penitenciaría o expatriación. Por tanto la impugnación contra una sentencia condenatoria no es suspensiva y, por consiguiente, se ejecuta provisionalmente conforme a sus propios términos.

Asimismo se aclara que de conformidad con lo dispuesto por el art. 57 del Código Penal en el caso de la suspensión de la ejecución de la pena, lo que se suspende es la ejecución de la pena privativa de libertad, y no se extiende a las demás penas principales y accesorias, ni tampoco a la reparación civil.

153 Sumilla: Respecto a la aplicación de esta institución, surgió una discrepancia entre la ejecutoria de fecha 16 de marzo de 2005 (R.N. 352-2005) emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria, y la ejecutoria del 27 de abril de 2005 recaída en el R.N. 130-2005 emitida por la Sala Penal Permanente.

LEGALES EDICIONES

2-2006/CJ-116 de 13 de octubre de 2006 Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, Asunto: *Combinación de leyes o unidad en la aplicación de las leyes*[154]; Acuerdo plenario N° 1-2008/CJ-116 de 18 de julio del 2008 LIMA, Salas Penales Permanentes, Transitorias, Especiales de la Corte Suprema de Justicia de la República, Tema: *Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena*[155].

---

Es así que respecto a la aplicación del art. 6 del Código Penal en relación con la Ley N° 28002, el Pleno estableció: (i) En el caso que la nueva ley disminuya la pena prevista para el delito objeto de condena firme, la pena impuesta con arreglo a la ley anterior debe ser sustituida ineludiblemente. (ii) La sustitución de la pena debe respetar los hechos declarados probados, y las circunstancias y factores reconocidos en el fallo como determinantes para la determinación judicial de la pena, los cuales son inmutables. (iii) La nueva pena a imponerse debe respetar los principios de proporcionalidad y legalidad.

154 Sumilla: Se señala que es posible que se pueda elegir de entre dos leyes penales sucesivas en el tiempo los preceptos más favorables, en virtud al "principio de combinación" que permite al juzgador poder establecer una mayor benignidad penal a favor del reo. Ello es congruente con la finalidad esencial de favorabilidad que se pueda reconocer –dentro de las leyes penales– los preceptos que más favorezcan al reo, pues si se autoriza escoger entre dos leyes distintas –íntegramente– en el tiempo, resulta coherente y razonable que puedan combinarse, para buscar un tratamiento más favorable al reo. Se enfatiza que con ello no se está creando una tercera Ley o *Lex Tertia*, sino que se esta efectivizando un proceso de integración de normas más favorables al reo, que no colisiona con los contenidos del principio de legalidad.

155 En el primer acuerdo plenario, La Salas Supremas hacen un análisis de la institución de la reincidencia, señalando que la misma tiene como finalidad una agravación en la pena por necesidades de prevención especial, basada en la mayor peligrosidad del sujeto por su reiteración a la comisión de delitos; en esa línea aclaran que la reincidencia no forma parte de la culpabilidad, la misma que se determina por el hecho delictivo concreto, sino que por fines preventivos. Así también, se señala que para que la persona tenga la condición de reincidente tiene que haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad (el delito no tiene que ser de la misma naturaleza que el nuevo hecho delictivo), la cual no podrá ser mayor a los cinco años de la comisión del nuevo hecho delictivo doloso. Punto aparte merecen los dos requisitos que tiene que tomar el juzgador a la hora de calificar de reincidencia: primero, tiene que tener a la vista el boletín de condenas y/o la hoja carcelaria respectiva y, segundo, tiene que haber sido solicitada por el Fiscal (por ende, no puede ser establecida de oficio), pedido que permitirá que el procesado pueda estar enterado y, así, hacer uso de su derecho de defensa.

Por otro lado, respecto a la habitualidad, se señala que se considera habitual a aquella persona que en el lapso de cinco años comete tres a más hechos punibles dolosos. En lo referente a la determinación de la pena, los límites de la imposición de una pena en estos casos, será incrementada. Así en los casos de reincidencia la pena será incrementada en 1/3 por encima del máximo legal y en la habitualidad 1/2 por encima del máximo legal.

LEGALES EDICIONES

### 5.2. En la Parte Especial del Código Penal

Como hemos señalado el efecto de la jurisprudencia penal vinculante también se ha desarrollado en la Parte Especial de algunos delitos del Código Penal peruano, así podemos citar, por ejemplo la Ejecutoria de 20 de diciembre de 2004 (Consulta N° 126-2004), Sala Suprema Penal Permanente (Procedencia: Lima), Tema: *Interpretación del tipo penal de colaboración al terrorismo. Imposibilidad de concurso real*[156]; Ejecutoria de 22 de diciembre de 2004 (Recurso de Nulidad N° 1062-2004), Sala Suprema Penal Permanente (Procedencia: Lima), Tema: *Actos de colaboración terrorista. El acto médico no es punible*[157]; Ejecutoria de 13 de enero de 2005 (Recurso de Nulidad N° 2212-2004), Segunda Sala Suprema Penal Transitoria (Procedencia: Lambayeque), Tema: *Diferencia entre el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad y peculado por extensión*[158]; Ejecutoria de

156 Se estable la autonomía entre los delitos de asociación terrorista y colaboración terrorista por lo cual no se puede admitir un supuesto de concurso ideal entre ellos. Se señala las características del delito de colaboración terrorista, tales como: a) Es un delito de mera actividad y de peligro abstracto, ya que no requiere que los actos perpetrados estén causalmente conectados a la producción de un resultado o de un peligro delictivo concreto. Es independiente de la posterior acción terrorista; b) Importa la comisión de actos preparatorios; c) Es un delito residual o subsidiario, pues se castigan los hechos siempre y cuando no se llegue a producir un resultado típico determinado; de lo contrario en virtud del principio de absorción se castigará como coautoría o participación del delito efectivamente perpetrado.

157 Que los actos de colaboración típicamente relevantes, en primer lugar, deben estar relacionados con las actividades y finalidades de la organización terrorista, y, en segundo lugar, deben favorecer materialmente las actividades propiamente terroristas –no es punible el mero apoyo o respaldo moral, pues se requiere una actuación de colaboración en las actividades delictivas de la organización–; que la conducta típica debe, pues, contribuir por su propia idoneidad a la consecución o ejecución de un determinado fin.

Tomando en cuenta lo expresado en la sentencia de 18.11.04 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que estipula que el acto médico no se puede penalizar, pues no sólo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber del médico el prestarlo; y, que asimismo tampoco se puede criminalizar la omisión de denuncia de un médico de las conductas delictivas de sus pacientes conocidas por él en base a la información que obtengan en el ejercicio de su profesión; por tanto, el acto médico constituye una causal genérica de atipicidad

158 La sentencia expresa el significado o alcances de los verbos rectores del delito de peculado por extensión o también llamado peculado impropio, que son apropiarse y utilizar. Existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de cau-

LEGALES EDICIONES

17 de febrero de 2005 (Recurso de Nulidad N° 3932-2004), Segunda Sala Suprema Penal Transitoria, Procedencia: Amazonas, Tema: *Criterios para diferenciar el asesinato por conexión con otro delito de robo con muerte subsecuente o concurrente*[159]; Ejecutoria de 21 de enero de 2005, Recurso de Nulidad N° 1628-2004, Segunda Sala Suprema Penal Transitoria, Procedencia: Ica, Tema: *Naturaleza y características del engaño en el delito de seducción del art. 175 del Código Penal*[160]; Ejecutoria de 22 de marzo de 2005 (Recurso de Nulidad N° 1091-2004) Segunda Sala Suprema Penal Transitoria, Procedencia: Lima, Tema: *Corrupción de funcionarios. Conducta típica*[161]; Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 de

---

dales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia; y utilizar es servirse del bien como si fuese de su propiedad y que excluye de ella al Estado. Asimismo respecto del delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, se señala que el verbo rector de este tipo penal, es el de "rehusar", acción que consiste en negarse a entregar explícita o implícitamente los efectos que fueron puestos bajo la administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente.

En este sentido la diferencia entre el delito de peculado por extensión y rehusamiento, radica en el *animus* del agente. En efecto, en el delito de peculado existe un ánimo *rem sibi habendi*, mientras que en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad existe únicamente una voluntad de desobedecer a la autoridad.

159 La sentencia realiza precisiones en cuanto a la determinación del momento en que se consuma el delito de robo, y la violencia ejercida con posterioridad a la consumación de dicho delito. A partir de ello se trazan los criterios que permiten diferenciar el asesinato por conexión con otro delito, del delito de robo con muerte subsecuente o concurrente. En este sentido se establece que cuando la violencia es ejercida con posterioridad a la consumación del hecho punible y se cause la muerte de la víctima, la conducta del agresor habría quedado circunscrita a un resultado preterintencional o a un delito de homicidio doloso, produciéndose aquí un concurso real de delitos; esto es, la presencia de dos ilícitos calificándolos cada uno de ellos como hechos independientes. Sin embargo, si la muerte la ocasionó el agente para facilitar la consumación del robo o para ocultar su realización o impedir su detención, se configurará el delito de asesinato.

160 Para la configuración de este delito es necesario emplear como medio el engaño con lo cual el agente induce en error a la víctima a fin de lograr el acceso carnal. La sentencia establece que el "engaño", no debe tener la finalidad de conseguir el consentimiento de la víctima sino facilitar la realización del acceso sexual.

161 La presente ejecutoria precisa conceptos relativos al tipo penal de corrupción de funcionarios previsto en el artículo 393 del Código Penal. Uno de los verbos rectores de este tipo es el término "aceptar", el cual se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario

LEGALES EDICIONES

18 de Julio de 2008 Lima, Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial, Tema: *Aplicación del artículo 173.3 del Código Penal (Violación a mayores de 14 y menores de 18 años)*[162].

### 5.3. En la parte jurídico-procesal

Y como no podía ser de otra manera la jurisprudencia penal vinculante ha a abarcado cuestiones del Derecho procesal penal peruano. En efecto, por ejemplo podemos citar algunas de ellas: Ejecutoria de 21 de septiembre de 2004 (Recurso de Nulidad N° 1766-2004/Callao), Sala Suprema Penal Permanente, Tema: *Conclusión anticipada de la instrucción y juicio oral. Alcances del art. 5 de la Ley N° 28122*[163]; Ejecutoria de 12 de julio de 2005 (Recurso de Nulidad N° 2206-2005), Sala Penal Permanente de

---

o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones. Así la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento del quien se deja corromper, en tanto que corrupción activa, corresponde al *extraneus* que corrompe a aquel funcionario.

162 El presente acuerdo hace un análisis sobre el consentimiento del sujeto pasivo (mayor de catorce años pero menor de dieciocho) en el delito de violación sexual regulado en el art. 173,3 del C.P. Es así que hace un pequeño estudio sobre la disposición de los bienes jurídicos la libertad sexual e indemnidad sexual. Las Salas Supremas reflexionan sobre el delito de Seducción y de atentados contra el pudor para resolver el problema. Así señalan que en el delito de seducción la víctima tiene libertad para disponer de su sexualidad, la cual queda viciada por el engaño que realiza el sujeto activo. También hace referencia a la contradicción que existiría con la normas civiles que señalan la capacidad relativa de los menores de 16 y mayores de 18 años; concluyendo las Salas Supremas que deberá aplicarse la Ley mas favorable al reo conforme a lo dispuesto por el artículo 139, inciso 11), de la Constitución. Por tanto, no existirá delito de violación si la persona mayor de 14 y menor de 18 años presta su consentimiento para tener relaciones sexuales.

163 Se resalta la diferencia existente entre las instituciones de la conclusión anticipada de la instrucción y la del juicio oral, previstas en la Ley N° 28122. La diferencia radica en que la conclusión anticipada del debate o juicio oral se rige por el principio del consenso; ya que la decisión del imputado y su defensa es lo determinante para dar inicio a este procedimiento; lo cual no es de recibo en el caso de la conclusión anticipada de la instrucción, para cuyo caso la Ley N° 28122 establece determinados requisitos para su procedencia. En este caso no interesa la voluntad del imputado. Ambas son instituciones autónomas y por ello los requisitos establecidos para el caso de la conclusión anticipada de la instrucción no rigen para el caso del juicio oral. Asimismo se precisa que el acto de conformidad con los cargos objeto de acusación, se circunscribe únicamente al reconocimiento de la responsabilidad penal y civil atribuida; y no constituye un allanamiento a la pena y al monto de reparación civil solicitado.

LEGALES EDICIONES

la Corte Suprema (Procedencia: Ayacucho), Tema: *Conclusión anticipada del juicio oral*[164]; Ejecutoria de 22 de agosto de 2005 (Recurso de Nulidad N° 798-2005), Sala Suprema Penal Permanente, Procedencia: Ica, Tema: *Naturaleza inmutable de la resolución expedida por la Corte Suprema que resuelve el recurso de nulidad*[165]; Ejecutoria de 21 de abril de 2005 (Recurso de Nulidad N° 224-2005), Sala Suprema Penal Permanente, Procedencia: Sullana, Tema: *Posibilidad de modificar la calificación jurídica del hecho, siempre que se respete el derecho de defensa del procesado y el proceso establecido por ley*[166]; Ejecutoria de 20 de junio de 2005 (Recurso de Nulidad N° 1538-2005), Sala Suprema Penal Permanente, Procedencia: Lima, Tema: *Constitución de parte civil*[167];

164 La presente ejecutoria versa sobre la procedencia de plantear y votar las cuestiones de hecho referidas en el art. 281 del Código de Procedimientos Penales en los procedimientos de conclusión anticipada del juicio oral. En este sentido se establece que en estos casos no cabe plantear ni votar las cuestiones de hecho a que se refiere el art. 281 del Código de Procedimientos Penales, ya que lo que presupone este artículo es una audiencia precedida de la contradicción de cargos y de una actividad probatoria realizada para verificar las afirmaciones de las partes, que es precisamente lo que no existe en esta modalidad especial de finalización del proceso penal.

165 Pese a la irrevisabilidad de las ejecutorias expedidas por las Salas de la Corte Suprema; la presente ejecutoria establece aquellos supuestos excepcionales en los cuales procede cuestionar dichos fallos. En efecto, se señala que la sentencia o ejecutoria que emite la Sala Penal de la Corte Suprema pronunciándose sobre un recurso de nulidad es definitiva e irrevocable, contra la cual no procede recurso alguno. Sin embargo expresa que solo es posible cuestionar indirectamente dicho fallo, invocando por un lado vicios de procedimiento en la tramitación del recurso, y siempre que ello importe una efectiva afectación al derecho de defensa de la parte afectada; y por otro lado, vicios por defecto de la propia sentencia y solo cuando se vulnere el principio de congruencia entre pretensión impugnatoria y la absolución del grado.

166 La presente ejecutoria establece la posibilidad de modificar la calificación jurídica del hecho, siempre que se respete el derecho de defensa del procesado y el proceso establecido por ley. En ese sentido y con arreglo al principio acusatorio, se expresa que si bien es cierto en virtud del principio acusatorio, la sentencia condenatoria no puede sobrepasar el hecho y las circunstancias del mismo fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento, lo que constituye un límite infranqueable para el Tribunal de Instancia; sin embargo se establece que es posible que la Sala Penal Superior pueda modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación siempre y cuando se garantice el cumplimiento del principio de contradicción o más concretamente del derecho de conocimiento de los cargos, que se conceda al acusado la oportunidad para defenderse, y se haya seguido el trámite previsto en el numeral dos del artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales.

167 Se establece que no hace falta que la víctima, declarada así por sentencia firme de condena, haya estado previamente constituida en parte civil para poder intervenir en el

LEGALES EDICIONES

Ejecutoria de 06 de septiembre de 2005 (Recurso de Nulidad N° 1912-2005), Sala Suprema Penal Permanente, Procedencia: Piura, Tema: *Requisitos materiales legitimadores de la prueba indiciaria para enervar el principio de presunción de inocencia*[168]; Ejecutoria Suprema expedida por la Sala Penal Permanente R. N. N° 1768-2006, Loreto de fecha 12 de julio de 2006, Interpretación del artículo 321 del Código de Procedimientos Penales: *condición de reo ausente no limita el derecho a la prueba del procesado*[169];

---

proceso de ejecución y, como tal, participar en su desarrollo con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la reparación civil fijada a su favor. No puede limitarse el derecho indemnizatorio de la víctima exigiendo su previa constitución en parte civil, pues ello vulneraría el derecho a la tutela constitucional. La constitución en parte civil del agraviado sólo tiene sentido, desde una perspectiva de tutela de su derecho de participación procesal, en tanto persiga una concreta indemnización o reparación civil.

Tampoco obsta que el agraviado haya promovido un juicio civil, en tanto que no está en discusión la determinación del monto de la reparación civil sino su cobro efectivo.

168 "Materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que, respecto al indicio, (a) éste –hecho base– ha de estar plenamente probado –por los diversos medios de prueba que autoriza la ley–, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar –los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son–, y (d) y deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí–; que es de acotar que no todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos –ello está en función al nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar– pueden clasificarse en débiles y fuertes,(...) que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo."

169 "Si bien es cierto el imputado tenía la condición de reo ausente, ello en modo alguno puede limitar su derecho a la prueba pertinente, en tanto se trata de un elemento de carácter instrumental que integra el contenido esencial del derecho de defensa reconocido en el inciso catorce del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política, sin que desde el principio de proporcionalidad pueda justificarse impedir toda solicitud de prueba por la mera condición de reo ausente, pues se introduce un factor disciplinario

LEGALES EDICIONES

Corte Suprema de Justicia de la República, Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116, Concordancia Jurisprudencial Art. 116 TUO LOPJ, *Asunto: Valor probatorio de la pericia no ratificada*, Ejecutoria Suprema de fecha 16 de noviembre de 2007[170], la ausencia de la diligencia de examen o ratificación pericial no necesariamente anula lo actuado ni excluye el informe o dictamen pericial del acervo probatorio.

Asimismo, el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, Acuerdo Plenario N° 5-2007/CJ-116, Asunto: La *non reformatio in peius* y modificación de otras circunstancias siempre que no se modifique la pena (artículo 300 CPP). El Tribunal puede, en el supuesto que el recurso impugnativo haya sido interpuesto sólo por el sentenciado, según el caso:

---

ajeno por completo a la función y razón de ser de la actividad probatoria, solo limitable por razones de estricta pertinencia y legalidad [vinculada a la regla de pertinencia, en tanto que lo ilegal es en sí mismo impertinente], así como por motivos de conducencia y utilidad [que responden a la regla de necesidad de la prueba], y de oportunidad procesal; que, en tal virtud, el procedimiento especial establecido en el artículo trescientos veintiuno del Código de Procedimientos Penales debe interpretarse a la luz del derecho fundamental a la prueba y al debido proceso, que exige entender que el desarrollo del juicio oral no puede concebirse como una actividad meramente leída sino como una actividad procesal que implica, entre otros numerosos actos procesales, la actuación de la prueba bajo los principios de oralidad, inmediación y concentración."

170 "La obligatoriedad del examen pericial en caso de pericias preprocesales o realizadas en sede de instrucción surge del artículo 259 del Código de Procedimientos Penales. Si bien esa es la regla general en materia pericial, que concreta el principio de contradicción –y cuando se hace en el acto oral, que es su sede natural, adicionalmente cumple los principios de inmediación y publicidad–, es razonable excepcionarlo sin mengua del contenido esencial de dichos principios cuando el dictamen o informe pericial –que siempre debe leerse y debatirse en el acto oral– no requiere de verificaciones de fiabilidad adicionales o cuando su contenido está integrado por aportes técnicos consolidados que no sólo se basan en hechos apoyados exclusivamente por la percepción de una persona –primacía del aspecto técnico sobre el fáctico perceptivo–, con lo que el derecho de defensa no se desnaturaliza ni se lesionan los principios de inmediación, contradicción y oralidad. En esos casos, sencillamente, el examen pericial, como toda prueba con un aspecto relevantemente documental, no es condición ineludible de la pericia como medio de prueba válido, valorable por el juez del juicio. En consecuencia, su no actuación no es causal de nulidad de la sentencia –la obligatoriedad a que hace referencia la ley procesal no la ata a la nulidad de la pericia en caso de incumplimiento– ni de exclusión de la pericia como medio de prueba."

LEGALES EDICIONES

variar el grado de consumación del delito (de tentativa a delito consumado), variar el grado de participación (por ejemplo de cómplice secundario a cómplice primario o instigador o autor), variar la pena de principal a accesoria o viceversa, e integrar el fallo disponiendo el tratamiento terapéutico a que se refiere el artículo 178-A del Código Penal. Por otro lado, el tribunal de revisión no puede integrar el fallo recurrido e imponer una pena omitida aun cuando la ley penal la establezca.

También la jurisprudencia penal vinculante aborda temas yuxtapuestos, es decir de Parte General y de Derecho procesal, como puede verse en el Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116 de 3 de octubre de 2006 Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, Asunto: Reparación civil y delitos peligro[171].

## 6. ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS PROVENIENTES DE LA JURISPRUDENCIA PENAL VINCULANTE

Uno de los puntos donde se muestra la influencia de los precedentes judiciales vinculantes en el campo de los delitos es por

171 Se señala que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que no puede identificarse con 'ofensa penal' –lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente. En esa medida se precisa que el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos. El daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales.

De esta manera la sentencia pretende establecer si los delitos de peligro pueden ocasionar daños civiles y, por tanto, si es menester fijar la correspondiente reparación civil, más allá de las especiales dificultades que en estos delitos genera la concreción de la responsabilidad civil. En este sentido establece que aún cuando es distinto el objeto sobre el que recae la lesión en la ofensa penal y en el daño civil, pese a que no se haya producido un resultado delictivo concreto, es posible que existan daños civiles que deban ser reparados. Se enfatiza que en los delitos de peligro, no cabe negar *a priori* la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal. Por consiguiente, no cabe descartar la existencia de responsabilidad civil en esta clase de delitos, y, en tal virtud, corresponderá al órgano jurisdiccional en lo penal determinar su presencia y fijar su cuantía.

LEGALES EDICIONES

ejemplo en el delito de peculado. Como es sabido el artículo 387 sólo señala que "*...caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo...*". Esto es se señala que la conducta típica la debe realizar un funcionario o servidor público pero no dice nada en relación a qué tipo de procedencia tienen que ser los caudales o los efectos de los cuales se debe apropiar o utilizar el citado sujeto activo. La ley positiva sólo menciona expresamente la *forma* en que debe apropiarse los caudales o efectos, más no señala *cómo*, en que obtuvo los caudales o los efectos. El cómo se obtiene dichos caudales o efectos para establecer el delito de peculado lo establece un Acuerdo Plenario de carácter vinculante expedido por la Corte Suprema.

Efectivamente el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 del 30 de septiembre del 2005, donde se incorporó los fundamentos jurídicos respecto de la definición y estructura típica del delito de Peculado regulado en el Art. 387 del Código Penal, donde se señala expresamente –a manera jurisprudencial y no legal, de ahí lo interesante– que la percepción debe ser siempre de fondos de procedencia diversa *"pero siempre lícita"*[172]. En consecuencia si la procedencia fuera de forma ilícita no podría configurarse el

172 El citado Acuerdo Plenario, parte pertinente dice: "Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal:

a) Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.

b) La percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa **pero siempre lícita.** *(las negritas son mías)*

La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción.

La Custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

c) Apropiación o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso:

LEGALES EDICIONES

delito de peculado aunque el artículo 387 no diga absolutamente nada. En todo caso, y jurídicamente, los hechos serían pasibles de denuncia penal únicamente por delito de receptación que se encuentra regulado en el artículo 194 del Código Penal, cuya redacción es la siguiente: "*El que adquiere, recibe en donación o en prenda o guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito [...]*."

Otro caso lo encontramos en la decisión recaída en la Ejecutoria vinculante del Recurso de Nulidad N° 1628-2004 donde se indica que, solo debe entenderse como engaño en el tema de la seducción a aquella situación en la que, "el agente engaña al sujeto pasivo sobre su identidad aprovechando su parecido físico sobre su identidad con su pareja sentimental de la víctima". En este punto coincidimos con Guerrero López cuando señala que la Corte Suprema lo que pretendió no fue resolver un conflicto de interpretación, sino más bien de tipificar la seducción, no obstante que, esa sería una atribución eminentemente legislativa y por tanto, también en este extremos se estaría resintiendo el principio de división de funciones que sustenta un Estado Constitucional de Derecho[173].

Asimismo podemos citar la Ejecutoria Vinculante recaída en el Recurso de Nulidad N° 2476-2006 procedente de Lambayeque donde, contra lo que expresamente señala el artículo 337 del Código de Procedimientos Penales en el sentido de que "la Reparación civil ordenada en sentencia firme, se hace efectiva por el juez instructor originario..." se indica que esta debe eje-

utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

d) El destinatario: para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.

e) Caudales y efectos. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables."

173 GUERRERO LÓPEZ; pp. 76-77.



LEGALES EDICIONES

cutarse sin perjuicios de la impugnación que se haya interpuesto estableciéndose además, la obligación del juez de disponer lo conveniente para esa ejecución[174].

En definitiva, está claro que la visión en cuanto a la fuente de producción interpretativa que se derive del Código Penal o de una legislación complementaria hoy por hoy resulta ser incompleta, ya que la información que brinda el tipo penal resulta ser insuficiente para el operador jurídico. Se ha dicho que siempre la ley –no solamente penal– resulta insuficiente a la hora de aplicarlo a un caso concreto, pero antes el Juez Penal podía aplicar la ley en el sentido que él consideraba más conveniente a su íntima convicción personal, ahora esa íntima convicción en el Derecho penal debe añadírsele una cuota –importante– de conocimientos jurisprudenciales expedidos por la Corte Suprema ya que obligatoriamente debe seguir esa línea. Se dice que esta tendencia vinculante en materia jurisprudencial penal infringe la autonomía de los magistrados pero es la ley, y en la medida de lo posible habrá que respetarla sobre todos los magistrados cuando apliquen por ejemplo un caso de peculado.

LEGALES EDICIONES

174 GUERRERO LÓPEZ; p. 11.

CAPÍTULO 8

# ÁMBITO DE VIGENCIA DE LA LEY PENAL

## I. APLICACIÓN ESPACIAL DE LA LEY PENAL

La Ley penal importa un ejercicio de la soberanía del Estado, por lo que su validez aparece limitada en el espacio por la extensión dentro de la cual se reconoce en la comunidad internacional el ejercicio de la soberanía[1]. Bajo este criterio general se establecen una serie de principios que regulan la aplicación espacial de la Ley penal.

Por otro lado, hay situaciones que plantean una colisión en la aplicación del Derecho Penal de diversos Estados, ante ello se establecen reglas de extensión del propio Derecho penal, pero que "no pueden conceder al Estado un Derecho a intervenir dentro del ámbito propio de la soberanía de otro Estado"[2].

### 1. PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

Basado en el criterio de la soberanía del Estado, la ley penal es aplicable a los hechos punibles cometidos dentro del territorio del Estado, sin consideración de la nacionalidad del autor y los partícipes (artículo 1 del Código Penal[3]).

Por territorio se entiende tanto el suelo, subsuelo, dominio marítimo, así como el espacio aéreo que los cubre (artículo 54

1 BACIGALUPO, Enrique; *Manual de Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 1994, p. 47.

2 Ídem.

3 **Artículo 1.- Principio de Territorialidad**
La Ley Penal peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones contenidas en el Derecho Internacional. También se aplica a los hechos punibles cometidos en:
1. Las naves o aeronaves nacionales públicas, en donde se encuentren; y,
2. Las naves o aeronaves nacionales privadas, que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía".

LEGALES EDICIONES

de la Constitución). El perímetro del suelo que integra al territorio está precisado en los tratados celebrados con nuestros países limítrofes[4].

El dominio marítimo, según lo señalado en la norma constitucional, comprende al mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base costeras. En cuanto al espacio aéreo, la Constitución Política (artículo 54 segundo párrafo) y las leyes peruanas (Ley de Aeronáutica Civil No. 24882) se afilian a la teoría ilimitada en la altura[5].

Además, el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, sobre su dominio marítimo y sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente de conformidad con la Ley y con los Tratados internacionales ratificados.[6]

Ejemplo N° 1: Jennifer Smith, de nacionalidad norteamericana, es detenida en el Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez" cuando pretendía transportar 250 gramos de PBC adherida a su cuerpo. Jennifer Smith será juzgada en los tribunales peruanos bajo la legislación nacional por delito de tráfico ilícito de drogas.

Ejemplo N° 2: Eduardo Pando, inspector aduanero, se encontraba registrando la carga de una embarcación comercial coreana en el Terminal Marítimo del Callao. Durante la inspección, Eduardo Pando es atacado por dos miembros de la tripulación (los coreanos Lu Park y Zon Manbo), ocasionándole la muerte. Los referidos ciudadanos coreanos serán juzgados en los tribunales peruanos bajo la legislación nacional por delito de homicidio.

## 2. PRINCIPIO DEL PABELLÓN O DE LA BANDERA

Este principio es una ampliación del principio de territorialidad por el cual la ley del Estado es aplicable también a los hechos

4 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; *Lecciones de Derecho Penal, Parte General,* Edit. Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 80.

5 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; *Código Penal,* Segunda Edición, Grijley, Lima, 1997, p. 48.

6 HURTADO POZO, José; *"Manuel de Derecho Penal, Parte General Tomo I"*, Edit. IDEMSA, Lima-2011, p. 237.

LEGALES EDICIONES

cometidos en buques o aeronaves que lleven su bandera. Según lo dispuesto en el artículo 1 del Código Penal se deben diferenciar dos situaciones:

a) Si las naves o aeronaves nacionales son públicas se aplica la ley penal peruana sin importar en dónde se encuentren.

b) Si las naves o aeronaves nacionales son privadas se aplica la ley penal peruana si éstas se encuentran en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía.

## 3. PRINCIPIOS QUE JUSTIFICAN LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL A HECHOS COMETIDOS FUERA DEL TERRITORIO DEL ESTADO

La legislación peruana prevé disposiciones que extienden el ámbito de aplicación de la ley penal a hechos cometidos fuera del territorio. Estas extensiones se justifican sobre la base de principios diversos del principio territorial, así tenemos los siguientes: principio real o de protección de intereses, principio de personalidad, el principio universal (justicia mundial) y el del derecho penal por representación.

### a) Principio real o de protección de intereses

Este principio afirma la aplicación de la ley del Estado a hechos cometidos fuera del territorio nacional pero que se dirigen a bienes jurídicos que se encuentran en él. Se refiere a la protección de bienes jurídicos del propio Estado y que afectan a su integridad como tal[7].

En este sentido el artículo 2[8] del Código Penal dispone que la ley penal peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero cuando atenta "contra la seguridad o la tranquilidad

7 BACIGALUPO, Enrique; *Manual de Derecho Penal*, p. 51.

8 ***Artículo 2.- Principio de Extraterritorialidad, Principio Real o de Defensa y Principio de Personalidad Activa y Pasiva***

*La Ley Penal peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero, cuando:*

1. *El agente es funcionario o servidor público en desempeño de su cargo;*
2. *Atenta contra la seguridad o la tranquilidad públicas, siempre que produzca sus efectos en el territorio de la República;*

LEGALES EDICIONES

públicas (Títulos XII y XIV del libro segundo del CP), siempre que produzca sus efectos en el territorio de la República" (inciso segundo), agravia "al Estado y la defensa nacional (Título XV), a los Poderes del Estado y el orden constitucional (Título XVI) o al orden monetario (Título X Capítulo II del CP)" (inciso tercero) o el "agente es funcionario o servidor público en desempeño de su cargo" (inciso primero). Ejemplo: Luis Prado y Miguel Ruiz aprovechando la tecnología avanzada existente en los Estados Unidos de Norteamérica deciden fabricar billetes de 50 y 100 nuevos soles, para luego ponerlos en circulación en el Perú. Los sujetos involucrados en el delito monetario deberán ser juzgados bajo las leyes penales peruanas.

### b) Principio de personalidad

La ley penal peruana es de aplicación a los ciudadanos nacionales en el lugar donde se encuentren. Se diferencia entre *el principio de personalidad activa y pasiva*. De acuerdo al *primero* la ley peruana se aplica al nacional que cometa una infracción en

---

3. *Agravia al Estado y la defensa nacional; a los Poderes del Estado y el orden constitucional o al orden monetario;*
4. *Es perpetrado contra peruano o por peruano y el delito esté previsto como susceptible de extradición según la Ley peruana, siempre que sea punible también en el Estado en que se cometió y el agente ingresa de cualquier manera al territorio de la República; y,*
5. *El Perú está obligado a reprimir conforme a tratados internacionales.*(*)

**(*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 julio 2007, cuyo texto es el siguiente:**

**"Artículo 2.- Principio de Extraterritorialidad, Principio Real o de Defensa y Principio de Personalidad Activa y Pasiva**

La Ley Penal peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero, cuando:

1. El agente es funcionario o servidor público en desempeño de su cargo;
2. Atenta contra la seguridad o la tranquilidad pública o se traten de conductas tipificadas como lavado de activos, siempre que produzcan sus efectos en el territorio de la República;
3. Agravia al Estado y la defensa nacional; a los Poderes del Estado y el orden constitucional o al orden monetario;
4. Es perpetrado contra peruano o por peruano y el delito esté previsto como susceptible de extradición según la Ley peruana, siempre que sea punible también en el Estado en que se cometió y el agente ingresa de cualquier manera al territorio de la República;
5. El Perú está obligado a reprimir conforme a tratados internacionales."

LEGALES EDICIONES

el extranjero y según el *segundo* principio la ley peruana se aplica al extranjero que comete un delito contra un nacional fuera del territorio de la República[9].

En ambos casos el artículo 2 inciso 4 del Código Penal exige tres requisitos:

- Que la infracción sea susceptible de extradición.
- Que haya doble incriminación (que el delito sea punible también en el Estado extranjero en que se cometió).
- Que el agente ingrese de cualquier manera al territorio de la República.

En el caso del principio de personalidad activa es indiferente la nacionalidad de la víctima.

c) **Principio universal (justicia mundial)**

Bajo este principio se fundamenta la aplicación del derecho de cualquier Estado, independientemente del lugar de comisión y de la nacionalidad del autor. En doctrina se considera que este principio se basa en el criterio de proteger los *bienes culturales supranacionales cuya protección interesa a todos los Estados en común.*

El Código Penal contiene una disposición sobre el principio universal en el artículo 2 inciso 5, que señala que el *"Perú está obligado a reprimir conforme a tratados internacionales"*.

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de conflictos armados, que han sido ratificados por casi todos los Estados del mundo, exigen a cada Estado Parte buscar a los sospechosos de cometer u ordenar cometer infracciones graves de lo dispuesto en ellos, enjuiciarlos ante sus tribunales nacionales, extraditarlos a Estados en los que exista *prima facie* una causa contra ellos o entregarlos a un tribunal penal internacional[10].

9 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; *Código Penal*, pp. 51-52.

10 *La Jurisdicción Universal: Catorce principios fundamentales sobre el ejercicio eficaz de la jurisdicción universal*, Amnistía Internacional, Mayo de 1999, Londres, AI: IOR 53/01/99/s,



LEGALES EDICIONES

También se reconoce ya ampliamente que, en virtud del derecho internacional consuetudinario y de los principios generales del Derecho, los Estados pueden ejercer la jurisdicción universal sobre los sospechosos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, otros crímenes de guerra distintos de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra cometidos en conflictos armados internacionales y crímenes de guerra cometidos en conflictos armados de carácter no internacional, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas o tortura.

Además, se admite que los Estados no sólo están facultados para ejercer la jurisdicción universal sobre estos crímenes sino que también tienen el deber de hacerlo o de extraditar a los sospechosos a Estados dispuestos a ejercer esa jurisdicción[11]. Por ejemplo, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes de Naciones Unidas, suscrito y ratificado por el Perú, establece en su artículo 5 "un deber de persecución universal y descentralizado"[12].

---

p. 5. "Las infracciones graves de los Convenios incluyen cualquiera de los siguientes actos cometidos durante conflictos armados internacionales contra personas protegidas por los Convenios (como náufragos de las fuerzas armadas, marinos o soldados heridos, prisioneros de guerra y civiles): el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; el hecho de causar deliberadamente sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud mental; la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita o arbitrariamente; el hecho de obligar a un prisionero de guerra o a un habitante de un territorio ocupado a prestar servicio en las fuerzas de la potencia hostil; el hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a un habitante de un territorio ocupado del derecho a un juicio justo y ordinario; la toma de rehenes y la deportación o traslado ilícitos o el confinamiento ilícito de un habitante de un territorio ocupado". (Ídem). *Cfr. Normas Fundamentales de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1983, p. 11. En los Convenios se prevé contra las infracciones graves "el recurso a la competencia penal de todos los Estados Partes en los Convenios (I, 49; II, 50; III, 129; IV, 146). También es posible llevar al culpable ante un tribunal internacional, en caso de que tal tribunal haya sido instituido...Consecuencia de la universalidad de la represión: la extradición será de derecho cada vez que el Estado requerido no haya hecho comparecer al inculpado ante los propios tribunales".

11 *La Jurisdicción Universal*, Ob. Cit., p. 5.

12 AMBOS, Kai; *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Primera edición colombiana, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1997, p. 234.

LEGALES EDICIONES

Los procesos iniciados en España, Francia y Alemania contra el General Augusto Pinochet, por violaciones a los derechos humanos ocurridas en Chile es una muestra de la aplicación de la jurisdicción universal. Otro ejemplo emblemático de dicho principio lo constituyen los juicios promovidos en España contra militares argentinos involucrados en diversos casos de violaciones de derechos humanos.

### d) Principio del Derecho penal por representación

Es un principio que tiene "carácter subsidiario: interviene cuando, cualquiera que sea la razón, no tiene lugar la extradición y autoriza que el Estado que tiene al autor en su poder lo juzgue aplicándole su ley penal"[13].

En el artículo 3 del Código Penal[14] se prevé que si no se entrega al agente a la autoridad competente del Estado extranjero, que solicitó la extradición, se aplicará la Ley Penal peruana.

### e) Excepciones a los Principios Real y de Personalidad

En el Código Penal se prevé, en el artículo 4[15], algunas excepciones a los principios real o de protección de interés y el de personalidad. Dichas excepciones son:

- Cuando se ha extinguido la acción penal conforme a una u otra legislación.

---

13 BACIGALUPO, Enrique; *Manual de Derecho Penal*, Ob. Cit., p. 54. Es "frecuente la aplicación del principio del Derecho penal por representación cuando un Estado deniega la extradición de un nacional reclamado por otro Estado competente en razón del principio territorial".

14 **Artículo 3.- Principio de Representación** "La Ley Penal peruana podrá aplicarse cuando, solicitada la extradición, no se entregue al agente a la autoridad competente de un Estado extranjero".

15 **Artículo 4.- Excepciones al Principio de Extraterritorialidad**

Las disposiciones contenidas en el Artículo 2, incisos 2, 3, 4 y 5, no se aplican:

1. Cuando se ha extinguido la acción penal conforme a una u otra legislación;
2. Cuando se trata de delitos políticos o hechos conexos con ellos; y,
3. Cuando el procesado ha sido absuelto en el extranjero o el condenado ha cumplido la pena o ésta se halla prescrita o remitida.

Si el agente no ha cumplido totalmente la pena impuesta, puede renovarse el proceso ante los tribunales de la República, pero se computará la parte de la pena cumplida.

LEGALES EDICIONES

- Cuando se trata de delitos políticos o hechos conexos con ellos.
- Cuando el procesado ha sido absuelto en el extranjero o el condenado ha cumplido la pena o ésta se halla prescrita o remitida.

## 4. LUGAR DE COMISIÓN DEL DELITO

Este tema toma particular importancia en el caso de los delitos a distancia, en las que la acción tiene lugar en un territorio y el resultado en otro. Es el caso de quien coloca una bomba en un avión que despega de Ecuador y explota cuando el avión estaba aterrizando en el Perú, ocasionando la muerte de los pasajes de la aeronave. Ante ello se han planteado tres teorías: de la acción, del resultado y el de la ubicuidad.

- La **teoría de la acción** (Frank) señala que el lugar de comisión es el de la actuación de la voluntad, es decir donde se da inicio a la ejecución de la conducta. En el caso en mención debería aplicarse la ley penal del Ecuador.
- La **teoría del resultado** (von Liszt) plantea que el lugar de comisión es donde se produce el resultado, por lo que en el caso referido sería de aplicación la ley penal peruana.
- La **teoría de la ubicuidad** (Binding), según la cual el lugar de comisión es tanto el de la acción como del resultado. El fundamento de esta teoría está en la unidad que constituyen, típicamente considerados, la acción y el resultado, lo que impediría su consideración aislada. Esta teoría es la más acogida en la actualidad y está plasmada en nuestro Código Penal en el artículo 5[16].

16 **Artículo 5.- Principio de Ubicuidad** "El lugar de comisión de un delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos".
En este punto se ubica la Exposición de Motivos del Código Penal de 1991, que ha señalado lo siguiente: **Aplicación Espacial** "La novedad consiste aquí en aceptar el criterio de la ubicuidad para determinar el lugar de comisión del delito, pudiendo ser aquel sitio en que se produjo la acción u omisión o el de la manifestación del resultado (artículo 5)".

LEGALES EDICIONES

## II. APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY PENAL[17]

### 1. PRINCIPIO FUNDAMENTAL: IRRETROACTIVIDAD

Está referido a determinar la ley aplicable al delito desde el punto de vista temporal. El principio fundamental es que es de aplicación la ley vigente en el momento de comisión del hecho punible, siendo una regla que deriva del principio de legalidad. Así, las leyes penales sólo alcanzan a los hechos cometidos después de su entrada en vigencia.

En otras palabras, la regla *tempus regit actum* está implícita en el principio de la legalidad, en la medida en que para determinar si un comportamiento es delictuoso y qué sanción debe imponerse al agente hay que aplicar la ley vigente "al tiempo de cometerse"[18]. Nuestro Código Penal recoge este principio al disponer en su artículo 6 que la *"Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible"*.

Se establece, pues, el requisito de la ley previa como justificante de la reacción penal. La Constitución Política de 1993 hace referencia a dicho requisito al disponer que: "*Nadie será proce-*

---

17 Véase la Exposición de Motivos del Código Penal de 1991, que ha señalado, en este punto de la Aplicación Temporal, lo siguiente:

*"1. En acatamiento del artículo 233 inciso 7) de la Constitución Política, se prescribe la aplicación de "lo más favorable al reo en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales" (artículo 6). De esta manera el Proyecto sustituye el principio de la unidad de ley aplicable, ya fuese la precedente, la subsecuente, o la intermedia, según consagra el artículo 7 del Código Penal de 1924, por el nuevo principio de la combinación, que toma lo más benigno que tenga cada una de las normas sucesivas.*

*2. Las leyes penales temporales o pasajeras, denominadas así por que regirán durante un tiempo predeterminado en su propio texto, se aplican a todos los hechos delictivos realizados en la época de su vigencia, aunque ya no estuvieren en vigor al producirse el juzgamiento, salvo que otra ley prescriba después lo contrario. La razón de esta nueva norma proyectada está en que, de no ser así, se cometería el absurdo de anunciar la ineficacia de las leyes temporales cuando, los delitos que prevé, fueren cometidos ante la inminencia de finiquitar el tiempo de su vigor (artículo 8).*

*3. En cuanto al momento en el que debe considerarse cometido un delito, el Proyecto indica que no es otro que el correspondiente a la acción u omisión, sin tomar en cuenta el instante en el que se produzca el resultado (artículo 9)".*

18 HURTADO POZO; José *"Manual de Derecho Penal. Parte General,* Tomo I, Edit. IDEMSA, Lima, 2011, p. 289.



LEGALES EDICIONES

*sado 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"* (Art. 2.24.d). Asimismo, el Código Penal en su Título Preliminar dispone que: *"Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella"* (Art. II).

De acuerdo a lo establecido en la Constitución la *"Ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte"* (Art. 109 de la Constitución Política de 1993).

Del principio fundamental anteriormente señalado se deriva el principio de la irretroactividad de la ley penal, de acuerdo a lo cual la norma penal no se puede aplicar a conductas anteriores a su entrada en vigencia. La Constitución señala en su artículo 103 que ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo.

## 2. EXCEPCIONES DEL PRINCIPIO FUNDAMENTAL. RETROACTIVIDAD DE LA LEY FAVORABLE

Anteriormente se ha señalado que ninguna Ley tiene fuerza ni efecto retroactivo. Sin embargo, como excepción a este carácter irretroactivo surge el principio consagrado en el segundo párrafo del artículo ciento tres de la Constitución Política que establece la retroactividad de la *"Ley penal más favorable al reo en caso de duda o de conflicto entre leyes penales"*, y que tácitamente desplaza a la regla *tempus regit actum*. En igual sentido, el inciso 11 del artículo 139 de la *norma normarum*, estatuye que *"es principio y derecho de la función jurisdiccional: La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales"*.

Sobre la base de fundamentos político-sociales se ha establecido que cuando la ley penal es favorable al reo se puede aplicar retroactivamente. Así, en la Constitución Política se establece la aplicación retroactiva de la ley en materia penal "cuando favo-

LEGALES EDICIONES

rece al reo" (Art. 103). Disposición similar está contenida en el Código Penal (Arts. 6 y 7[19]).

Para determinar la favorabilidad es recomendable precisarlo según el caso específico que se analiza, debiéndose valorar cuidadosamente los diferentes marcos penales que se comparan considerando las circunstancias y condiciones personales del sujeto. En esta comparación deben tomarse en cuenta las penas principales y luego la ley en su totalidad (penas y consecuencias accesorias y modificaciones del tipo penal y las reglas de la Parte General).

Particular problemática se presenta con las leyes penales intermedias. La ley intermedia es aquella que entra en vigor después de la comisión del hecho pero es modificada nuevamente antes de la sentencia definitiva de última instancia, por otra ley más rigurosa. La ley penal intermedia más favorable puede tener efectos retroactivos o ultractivos en el caso específico[20]. Este criterio es recogido en nuestro Código Penal al disponer que "se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales" (Art. 6).

## 3. EL PRINCIPIO DE COMBINACIÓN

El artículo 6 prescribe el Principio de Combinación, que señala lo siguiente: *"La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley"*. Dicha disposición es conexa con el principio constitucional de la aplicación retroactiva de la Ley en cuanto le sea favorable al reo.

Bajo esas premisas legales puede extraerse del texto de los citados preceptos que la ley penal aplicable a una relación jurídica

19 **Artículo 7.- Retroactividad benigna:** Si, según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho.

20 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Código Penal, p. 59.



LEGALES EDICIONES

será la que se encuentre vigente cuando sucedió la *quaestio facti* –como regla general– o, en su defecto, la que se promulgue con posterioridad siempre que sea más beneficiosa. Para establecer la mayor benignidad en la sucesión de leyes aplicables a un caso concreto –cuando concurra más de una ley desde el momento de ocurrido los hechos– debe efectuarse una comparación entre el contenido de los dispositivos que contengan y sobre ese mérito decidirse por la que sea más favorable al reo. Sin embargo, también es posible que se pueda elegir de entre dos leyes penales sucesivas en el tiempo los preceptos más favorables, en virtud al *"principio de combinación"* que permite al juzgador poder establecer una mayor benignidad penal a favor del reo[21].

Es congruente con la finalidad esencial de favorabilidad que se pueda reconocer –dentro de las leyes penales– los preceptos que más favorezcan al reo, pues si se autoriza escoger entre dos leyes distintas –íntegramente– en el tiempo, resulta coherente y razonable que puedan combinarse, para buscar un tratamiento más favorable al reo[22]. Cabe enfatizar que con ello no se está creando una tercera Ley o *Lex tertia*, sino que se está efectivizando un proceso de integración de normas más favorables al reo, que no colisiona con los contenidos del principio de legalidad. Por lo demás, esta concepción guarda concordancia con el principio de necesidad de la intervención penal, porque cuando se producen variaciones en los preceptos que integran las normas penales y que favorecen al reo, es evidente que el legislador ha estimado necesario regular –en sentido benéfico– la intervención penal[23].

Por lo demás, el legislador ha consagrado el *"principio de combinación"* en la Exposición de Motivos del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, a cuyo efecto ha señalado que

21 Acuerdo Plenario N° 2-2006/CJ-116 de fecha 13 de octubre de 2006, sobre Combinación de Leyes o Unidad en la aplicación de las leyes.

22 Acuerdo Plenario N° 2-2006/CJ-116 de fecha 13 de octubre de 2006, sobre Combinación de Leyes o Unidad en la aplicación de las leyes.

23 Acuerdo Plenario N° 2-2006/CJ-116 de fecha 13 de octubre de 2006, sobre Combinación de Leyes o Unidad en la aplicación de las leyes.

LEGALES EDICIONES

*"En acatamiento del artículo doscientos treinta y tres inciso siete de la Constitución Política [de mil novecientos setenta y nueve], se prescribe la aplicación de 'lo más favorable al reo en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales' (artículo seis). De esta manera el Proyecto sustituye el principio de la unidad de leyes aplicables, ya fuese la precedente, la subsecuente, o la intermedia, según consagra el artículo siete, del Código Penal de mil novecientos veinticuatro, por el nuevo principio de la combinación, que toma lo más benigno que tenga cada una de las normas sucesivas".*[24]

## 4. LEYES PENALES TEMPORALES Y EXCEPCIONALES

La ley penal temporal es aquella que tiene prefijado en su texto el tiempo de su vigencia. Por ejemplo, para salvaguardar la reproducción de algunos animales, se dispone por ley que durante cierto tiempo está prohibido la captura de los animales protegidos.

Situación problemática se da cuando la ley temporal más severa deja de estar en vigor y recobra su vigencia la ley anterior más favorable. El Código Penal dispone la aplicación ultractiva de la ley penal temporal (artículo 8[25]).

La ley penal excepcional es aquella que en forma no expresa hace depender su vigencia de situaciones que por su naturaleza son temporales o transitorias, rigen para circunstancias especiales (epidemias, grave alteración del orden público, etc.).

## 5. MOMENTO DE COMISIÓN DEL DELITO

Es necesario determinarlo para fijar la vigencia temporal de la ley penal. La posición dominante en la ciencia penal considera que el momento decisivo es aquel en el que el agente o partícipe actuó u omitió la obligación de actuar[26]. Nuestro Código Penal

24 Acuerdo Plenario N° 2-2006/CJ-116 de fecha 13 de octubre de 2006, sobre Combinación de Leyes o Unidad en la aplicación de las leyes.

25 **Artículo 8.- Leyes temporales:** Las leyes destinadas a regir sólo durante un tiempo determinado se aplican a todos los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estuvieren en vigor, salvo disposición en contrario.

26 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; *Código Penal,* Ob. Cit., p. 65.

LEGALES EDICIONES

acoge esta posición en su artículo 9[27], resultando indiferente el momento en que se produce el resultado.

Según Hurtado Pozo de manera correcta se consideran también los casos de participación delictuosa, aunque si se hubiera omitido la referencia expresa no se hubieran alterado significativamente los alcances de la disposición por el contrario constituye una insuficiencia importante el que se haga referencia a los "efectos" del comportamiento, en lugar de limitarse al "resultado". Del texto legal, se deducirá, en consecuencia, que el legislador ha escogido la teoría de la ubicuidad absoluta. Lo que no concuerda con la breve explicación dada en la Exposición de Motivos. En ésta, se dice que la "novedad consiste aquí en aceptar el criterio de la ubicuidad para determinar el lugar de comisión del delito, pudiendo ser aquel sitio en que se produjo la acción u omisión o el de la manifestación del resultado. Esta diferencia en relación con el texto legal se debe quizá a que la Exposición de Motivos no fue, en realidad, redactada con referencia al texto definitivo".[28]

Los actos preparatorios y los actos posteriores a la consumación del delito no son considerados, en general, para determinar el lugar de comisión por ejemplo, en cuanto a la alteración o supresión de la filiación de un menor (art. 145), el fin del agente de alterarla o suprimirla es sólo un elemento subjetivo del tipo legal. En consecuencia, para su consumación, no es indispensable que el delincuente alcance su objetivo. Igualmente, los actos realizados para materializar este fin no son elementos constitutivos de este delito y, por tanto, no pueden ser utilizados para establecer cualquier factor de relación o de conexión.[29]

## III. APLICACIÓN PERSONAL DE LA LEY PENAL

El principio rector es el de la igualdad de todas las personas ante la ley. Este principio tiene jerarquía constitucional al estar

27 **Artículo 9.- Momento de comisión del delito:** El momento de la comisión de un delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca.

28 HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal. Parte General,* Tomo I, Edit. IDEMSA, Lima-2011, p. 241.

29 HURTADO POZO; 2011, p. 239.

LEGALES EDICIONES

plasmado en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, estando también recogido en el artículo 10 del Código Penal al disponer que la "Ley penal se aplica con igualdad". En efecto, el Artículo 10 prescribe el Principio de Igualdad, bajo los siguientes términos: *"La Ley Penal se aplica con igualdad. Las prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas habrán de estar taxativamente previstas en las leyes o tratados internacionales"*.

Sin embargo, se establecen algunas excepciones relacionados a la función que la persona ejerce, estableciéndose los principios de inviolabilidad, inmunidad, Antejuicio y excepciones de Derecho internacional.

## 1. PRINCIPIO DE INVIOLABILIDAD

Según este principio la persona que goza de inviolabilidad no puede ser sancionada. Es el caso de los congresistas que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 93 segundo párrafo de la Constitución Política de 1993, "no son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones".

## 2. PRINCIPIO DE INMUNIDAD

De acuerdo a este principio la persona que goza de inmunidad no puede ser perseguida penalmente mientras dure su cargo. Goza de este privilegio el Presidente de la República, quien, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 117 de la Constitución Política de 1993, "sólo puede ser acusado, durante su período, por traición a la patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral".

También gozan de la inmunidad los Congresistas (artículo 93 tercer párrafo de la Constitución) y los miembros del Tribunal Constitucional (artículo 201, segundo párrafo de la Constitu-

LEGALES EDICIONES

ción). La mencionada disposición constitucional señala respecto a los Congresistas que: "No pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del Congreso o de la Comisión Permanente dentro de las veinticuatro horas, a fin de que se autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento". Se ha presentado el caso de un Congresista que por un hecho de homicidio fue puesto a disposición del Poder Judicial.

## 3. PRIVILEGIO PROCESAL DEL ANTEJUICIO

Este privilegio determina que se someta a la persona a ley o jurisdicción diferente, que decidirá si se le juzgará como a cualquier otro ciudadano.

Según lo dispuesto en el artículo 99 de la Constitución corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los Fiscales Supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas.

Un caso sonado fue el antejuicio a que se sometió un grupo de vocales de la Corte Suprema por fraguar una sentencia, imputó la responsabilidad a uno de los vocales supremos a quien se puso a disposición de la justicia.

También conmocionó a la opinión pública el caso de dos congresistas a quienes se levantó el fuero parlamentario para que sean sometidos a proceso judicial: uno por tráfico de influencias en casos de víctimas de actos terroristas y otro por retención indebida de los sueldos de sus asesores.

## 4. EXCEPCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL

Existen normas en el Derecho Internacional que establecen inmunidades frente a la ley penal a favor de jefes de Estado ex-

LEGALES EDICIONES

tranjeros, embajadores, agentes diplomáticos, así como a los integrantes de tropas estacionadas en el territorio nacional.

Según lo preceptuado en el artículo 297 del Código Bustamante no es aplicable la ley penal peruana a los Jefes de Estado extranjeros que se encuentren de visita en el territorio nacional. También gozan de una excepción semejante, de conformidad con el artículo 298 del Código Bustamante, los representantes diplomáticos de Estados extranjeros, "así como sus empleados extranjeros y las personas de la familia de los primeros, que vivan en su compañía". De acuerdo a lo establecido en el artículo 299 del Código Bustamante, también cuentan con la excepción de la aplicación de las leyes penales peruanas los miembros de un ejército extranjero autorizado a pasar por el territorio.

LEGALES EDICIONES

Tercera Parte

# ¿TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO O SISTEMA DE IMPUTACIÓN PENAL?

CAPÍTULO 9

# LA TEORÍA DEL DELITO

## I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

Conviene preliminarmente adentrarnos de forma muy superficial a los contornos generales de la Teoría del Delito. En tal línea de pensamiento, desde un punto de vista pre-jurídico el delito es considerado como una grave perturbación social, pero esta definición no nos dice nada sobre bajo qué presupuesto y condiciones un ciudadano puede ser considerado como responsable de esa perturbación social.

Desde un punto de vista dogmático jurídico-penal, sobre todo a partir del Siglo XIX derivó en la construcción de sistemas racionales de imputación, antes que en principio de protección al individuo. En ese sentido, se implementó, sobre todo a través de la dogmática penal alemana de los Siglos XIX y XX, un criterio escalonado de imputación penal teniendo como piedra angular desde el inicio a la acción, luego a la tipicidad, después a la antijuricidad y finalmente a la culpabilidad, aunque algunos autores ubican a la punibilidad como una categoría autónoma dentro de la estructura delictiva.

En tal contexto, la doctrina y jurisprudencia comparada distinguen dos clases de hechos constitutivos que forman parte de toda conducta delictiva: los hechos externos y los hechos internos. Los hechos externos son aquellos que se revelan a partir de la ejecución de un delito y que realizan parcial o completamente los elementos objetivos del tipo penal; mientras que los hechos internos son lo que se relacionan con el elemento subjetivo de la conducta (dolo o culpa), con la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) del sujeto o con determinadas tendencias o aspec-

LEGALES EDICIONES

tos anímicos (v.gr, las referencias legales a la intención de ocultar o facilitar un delito, el ánimo de lucro, etc.)[1].

Es así como nació la Teoría del Delito como un instrumento conceptual para establecer si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la Ley, teniendo como función el de "ofrecer un modelo de análisis que (a) facilite la enseñanza del Derecho tanto como (b) el planteo y decisión de los casos en los Tribunales"[2] y como finalidad el de verificar si están dados los elementos del delito para requerir a los Tribunales o jueces penales una respuesta que habilite el ejercicio de poder punitivo del Estado[3]; es decir, su finalidad es práctica, pues permite fundamentar las resoluciones en las instancias judiciales en materia de aplicación de la ley penal.

La Teoría del Delito se trata de una elaboración sistemática de las características generales que el Derecho positivo permite atribuir al delito, a la vista de la regulación que aquél efectúa de éste[4]. En consecuencia, la Teoría del Delito no estudia los elementos de cada uno de los tipos del hecho punible, sino que su

1 Véase, en este sentido: CASTILLO ALVA, José Luis; *Proscripción de la Arbitrariedad y Motivación*, Edit. Grijley, Lima, 2013, p. 131.

2 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro; *Manual de Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, Argentina: EDIAR, 5ta, 2006, p. 289.

3 ZAFFARONI, R. E., ALAGIA, A., SLOKAR, A.; 2006, p. 288. En otras palabras, la Teoría del Delito tuvo por finalidad ofrecer soluciones a los órganos jurisdiccionales, adoptando una distinción entre: 1) la valoración, decisión política que corresponde al legislador; y 2) el conocimiento de la ley, función adjudicada a los jueces.

4 Como es sabido, la primera sistematización importante que se registra en nuestro medio fue la obra del Profesor argentino Sebastián SOLER, en la que se advierte influencia decisiva del llamado "positivismo legal", concepción dominante en Alemania desde fines del siglo XIX. La ideología que orientó ese modelo estaba asociada a una concepción estrechamente ligada a la interpretación del derecho positivo, pues desarrolló como tesis fundamental que los problemas jurídicos deben resolverse exclusivamente con el auxilio de la ciencia del Derecho.

La elaboración jurídica requiere recolectar el material del derecho vigente, pues las normas conforman el objeto de conocimiento, por lo que tanto el derecho natural como la filosofía son preconceptos. Ello permite deducir los conceptos de las normas jurídicas con lo que queda claro que la tarea del jurista no es crear sino interpretar, es decir poner en claro la proposición jurídica. La dogmática jurídica se agota así en descubrir una proposición jurídica que existe, pero no ha sido claramente formulada.

LEGALES EDICIONES

estudio se basa en aquellos componentes del concepto del delito que son comunes a todo hecho punible. Los elementos generales del concepto de delito reunidos en la teoría general del mismo, posibilitan una jurisprudencia racional, objetiva e igualitaria, de modo que contribuyen de forma esencial a garantizar la seguridad jurídica[5].

Muñoz Conde nos dice que "la Teoría General del Delito se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito"[6]. Por su parte, Terragni nos señala que "para elaborar la Teoría del Delito se emplea el método de investigación analítico: descompone la representación totalizadora (el delito) en sus partes o elementos constitutivos. Se apoya en la idea de que para conocer un fenómeno es necesario separar los principios, sin perder de vista las relaciones que guardan entre sí y con el todo"[7]. Asimismo, Bramont Arias / Bramont-Arias Torres nos dicen que: "La Teoría General del Delito reúne en un sistema los elementos que, en base al Derecho positivo pueden considerarse comunes a todo delito o grupos de delitos; constituye la característica de la Dogmática del Derecho penal"[8].

---

5 En todo caso, para saber adecuadamente los instrumentos de la Teoría (General) del Delito tenemos que saber, previamente, por ejemplo, la metodología y los argumentos que se exponen en la Teoría General del Derecho. En esta línea, véase: MAGGIORE, Giuseppe; *Derecho Penal*, Vol. I, *El Delito*, traducción de José J. Ortega Torres, reimpresión de la 2a. ed., Temis, Bogotá, p. 268: *"Si la teoría del delito es ciencia, con los mismos títulos que la ciencia general del Derecho, debe tener una estructura sistemática y una organización lógica que respondan a criterios de rigurosa necesidad [...] Sin embargo, las dificultades pueden ser superadas, si tenemos presente que la Teoría del Delito, como la del Derecho, depende de la lógica. La Dogmática es una filiación directa de la lógica –la clásica lógica formal– y de ella ha de tomar sus divisiones, sus problemas y sus leyes."*.

6 MUÑOZ CONDE, Francisco; *Teoría General del Delito*, Bogotá, 1984, p. 1.

7 TERRAGNI, Marco Antonio; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 100.

8 BRAMONT ARIAS, Luis Alberto / BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto; *Código Penal anotado*, Lima, 2001, p. 33. Al respecto, véase: HURTADO POZO, José; la crítica que hace, muy agudamente por cierto, a la "Recensión" al Libro *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, Cultural Cuzco editores, Lima, 1990, de Felipe Villavicencio Terreros (p. 79), disponible en: *http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1993_07.pdf*, sobre las deficiencias y debilidades que ha incurrido –y que incurre actualmente– en general la doctrina penal nacional para precisamente encarar adecuadamente el tema de la

LEGALES EDICIONES

En realidad si vemos nuestro Derecho positivo penal, en la Parte General observaremos que el legislador hace referencia al concepto de hecho punible como sinónimo de delito. Así, el artículo 6 "...comisión del *hecho punible*"; Título II lleva como nombre "del *hecho punible*"; el artículo 13 "...la realización del *hecho punible*"; artículo 15 "...comete un *hecho punible*"; art. 22 "...*hecho punible*"; artículo 23 "...el *hecho punible*". Sin embargo, en otros artículos se refiere a la comisión de un "delito", así el artículo 16 "...ejecución de un *delito*"; artículo 50 "...otros tantos *delitos* independientes"; artículo 59 "...condenado por otro *delito*"; y en otros pareciera que el hecho punible pudiera ser solamente "típico", así el artículo 72 "realizado un *hecho* previsto como *delito*". Asimismo, en otros artículos se refiere que la comisión represente solamente un injusto penal, así en el artículo 20 inciso 5: "...realiza un *hecho antijurídico*". A mi juicio, el concepto de hecho punible, tal como lo concibe la dogmática jurídico-penal, es que el comportamiento sea típico, antijurídico, culpable y que no concurre ninguna causa de exclusión de la punibilidad. El mismo concepto de hecho punible da a entender, además, que el hecho debe ser "punible" y será punible cuando se verifiquen todas las categorías dogmática-estratificadas.

---

Teoría del Delito en el Perú, es decir, los penalistas escritores-publicistas peruanos no tratan de "observar", previamente, a la realidad social y sobre todo legal de corte nacional, y tratan de analizar a la doctrina especializada y a la jurisprudencia penal extranjera (por ej. española, alemana, argentina, etc.). En efecto, el Prof. HURTADO POZO menciona, en la parte pertinente de la Recensión, por ejemplo lo siguiente: *"Otro aspecto que nos interesa destacar esta referido a la manera como Villavicencio recurre a la doctrina nacional. Así como, generalmente, no parte de la ley para plantear sus soluciones doctrinales; sino más bien expone, primero, la teoría para, luego, aludir brevemente a la ley nacional, lo mismo hace con la doctrina o, como él prefiere decirlo, la "ciencia penal peruana". No establece un diálogo y, menos aún, un debate permanente con los autores nacionales. Esto puede incomodar, cierto, a algunos; pero consideramos que resulta indispensable para desarrollar nuestra incipiente dogmática penal. Creemos, por ejemplo, que resulta insatisfactorio por escueto y caricatural el acápite que el autor, con ligereza, intitula "Teoría del delito en el Perú". En sólo diez líneas califica y clasifica a quienes durante años se han dedicado, mal o bien, a estudiar la dogmática penal. Manuel Abastos merece más que una nota a pie de página; no es correcto aludir a Angel G. Cornejo sólo señalando que fue alcanzado por la influencia positivista y, menos, meter en un mismo saco, "el modelo casual" a los restantes".*

## II. LOS ELEMENTOS ANALÍTICOS DE LA TEORÍA DEL DELITO

En cuanto al concepto del delito, existe cierto consenso en doctrina en considerar al delito como una conducta típica, antijurídica y culpable, siendo sus niveles de análisis: el tipo, la antijuricidad y la culpabilidad. La Teoría del Delito es un sistema dogmático, categorial clasificatorio y secuencial, en el que, peldaño a peldaño se construye el concepto del hecho punible[9]. El debate en la doctrina se centra en el contenido de cada uno de estos elementos categoriales del delito.

La Teoría analítica del delito, caracterizada por estudiar separadamente los elementos que componen todo el delito, ubicándolos en niveles o fases cognoscitivas que obedecen y siguen un orden lógico-sistemático. Se estructura como un método de análisis de distintos niveles, en el que cada nivel presupone al anterior. De esta manera no se puede analizar si el agente es culpable o no si previamente no se ha establecido que su conducta es típica y antijurídica, no tiene sentido discutir si una persona es culpable de haber lesionado a otro cuando ha quedado establecido que actuó en legítima defensa.

Así, desde el Profesor alemán von Liszt se admite que el delito en cuanto a su sistemática y estructura está compuesta por un comportamiento típico, antijurídico y culpable, cuyo contenido de estudio está reservada a la Teoría general del delito que en palabras de Bacigalupo es la de "... proporcionar instrumentos conceptuales que permitan establecer que un hecho realizado por un autor es precisamente el mismo hecho que la ley prevé como presupuesto de una pena"[10].

---

9 De la misma manera: MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes; *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 205: nos define a la Teoría del Delito como "...un sistema categorial clasificatorio y secuencial, en el que, peldaño a peldaño, se va elaborando a partir del concepto básico de la acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito."

10 BACIGALUPO, Enrique; *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, 1989, p. 1. Más adelante agrega que "... la Teoría del Delito tiene un carácter claramente instrumental y práctico: es un instrumento conceptual que permite aplicar la ley a casos concretos. En otras palabras la Teoría del Delito trata de dar una base científica a la práctica de los

LEGALES EDICIONES

Cuando un sujeto sustrae a otro un bien mueble, apoderándose ilegítimamente del mismo, deberemos establecer primero si su conducta se adecúa a un tipo penal o no (así, al delito de hurto simple previsto en el artículo 185 del Código Penal). Luego se tendrá que determinar si la conducta típica es contraria al Derecho, es decir si es antijurídica para lo cual analizaremos la presencia de una causa de justificación (en el caso no hay causa de justificación alguna). Finalmente, luego de haber establecido que la conducta es típica y antijurídica se tiene que analizar si el sujeto es culpable, para ello se tiene que precisar si él es imputable, si tiene conocimiento de la antijuricidad y si le era exigible una conducta diferente a la realizada (según los elementos del caso el sujeto es culpable).

Según el artículo 11 del Código Penal: «Son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley». El Código Penal peruano, de esta manera, incluye una definición de delito. La primera categoría del concepto de delito es la acción u omisión. Acción es todo comportamiento humano dirigido por la voluntad con miras a un fin y omisión es un no hacer aquello que se tenía el poder final de ejecutar (aquí rezaría aquél principio de "*Nullum Crimen Sine Conducta*" (No hay delito sin conducta). Por consiguiente no puede constituir delito el mero pensamiento, ni la mera resolución delictiva, no puesta de manifiesto por hechos externos[11].

Luego, se analizará la tipicidad[12] y entiendo que al margen de describir comportamientos circunscriptos en un ámbito situacional por la *mens legistare* "congelado" en la ley por con-

juristas del derecho penal proporcionándoles un sistema que permita la aplicación de la ley a los casos con un considerable grado de seguridad".

11 BRAMONT ARIAS / BRAMONT-ARIAS TORRES; 2001, p. 33.

12 En cuanto a la evolución de la tipicidad, JIMÉNEZ DE ASÚA nos dice que ha tenido tres fases:

a) Fase de la Independencia, en la que la tipicidad tiene función descriptiva con absoluta independencia de la Antijuricidad y Culpabilidad (Beling).

b) Ya no es descriptiva, sino que cobra un carácter indiciario de la existencia de otras características del delito, y muy especialmente de la antijuricidad, aunque ambos se hallan separados tajantemente (Mayer).

LEGALES EDICIONES

siderarla desvalorada, consideramos importante su estudio por dos razones: desde la perspectiva sustantiva por que la tipicidad constituye el primer paso del proceso de subsunción y porque a través de ella se articula las diversas técnicas legislativas para identificar las conductas prohibitivas: delitos de comisión, omisión, dolosos y culposos. Además, por que la concepción del tipo es el núcleo de la Teoría del Delito y su ubicación en las respectivas técnicas legislativas depende el contenido restante de las dos categorías subsiguientes. Y desde el punto de vista procesal por que la configuración de la tipicidad enmarca el avocamiento de la investigación de un caso penal.

La función práctica de la tipicidad se llama juicio de tipicidad, que contiene una valoración abstracta o genérica, por lo que no es recomendable que en este estadio se determine la relevancia penal de un hecho dañoso que ha significado la lesión de bienes jurídicos fundamentales.

La segunda categoría dogmática del delito es la antijuricidad, entendido no sólo como un orden de prohibiciones sino también de preceptos permisivos. La tarea de examinar la antijuridicidad solo tiene razón si ha quedado establecida la tipicidad de la conducta. En suma, no se nos dice nada con relación al tema, sino aunque parezca paradójico, lo que es jurídico, esto es

c) Tesis de Mezger, en la cual la tipicidad adquiere el rango de *ratio essendi* de la antijuricidad. En este punto, el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no concurra una causa de justificación. La de los elementos negativos del tipo, pues ambas categorías dogmáticas –tipicidad y antijuridicidad– niveles de diferente análisis valorativo, que si bien definen una misma cosa, es decir, lo ilícito, deben conservar las funciones que le son propias. La tipicidad permite establecer que la acción realizada por el autor es la acción prohibida por la norma a través de un proceso de adecuación y, la antijuridicidad nos ayuda a sostener que dicha conducta no es permisible por el ordenamiento jurídico por entrar en colisión con intereses superiores. La antijuridicidad se elimina si se comprueba la existencia de una causa de justificación; este hecho no supone, como señalan los seguidores de los elementos negativos del tipo, una contradicción lógica-jurídica, lo que ocurre es que estas normas son normas de excepción, que autorizan y fundamentan las diversas causas de justificación. Por otro lado, no es posible retroceder en el análisis dogmático del tipo subjetivo, la conciencia de la antijuridicidad de la acción no pertenece al dolo del tipo, como erróneamente afirman los seguidores de los elementos negativos del tipo, sino que es un momento de la culpabilidad o reprochabilidad.

LEGALES EDICIONES

la neutralización de la antijuricidad recurriendo a las causas de justificación, también llamada "*causas de exclusión de lo injusto*" (que lo conforma la legítima defensa, estado de necesidad justificante, consentimiento, actuación de acuerdo a derecho, miedo insuperable) donde en este ámbito se verifican situaciones en los que excepcionalmente el Derecho penal no convierte en carácter injusto un comportamiento que ya ha sido calificado previamente como típico, es pues en otras palabras el choque de la conducta con el orden jurídico donde presupone que dos intereses colisionen entre ellos de tal manera que sólo uno de ellos puede imponerse. En consecuencia, para averiguar si una conducta es antijurídica sólo bastará constatar que no esté permitida.

La función práctica de la antijuricidad es el juicio de antijuridicidad, que corresponde a una valoración concreta o específica que permite establecer de forma adecuada el significado penal de una conducta lesiva de bienes jurídicos fundamentales; en este nivel, la acción típica debe ser objeto de comprobación si se realizó o no en cumplimiento de un mandato legal, es decir, si se trató de un acto justificado o de un acto arbitrario.

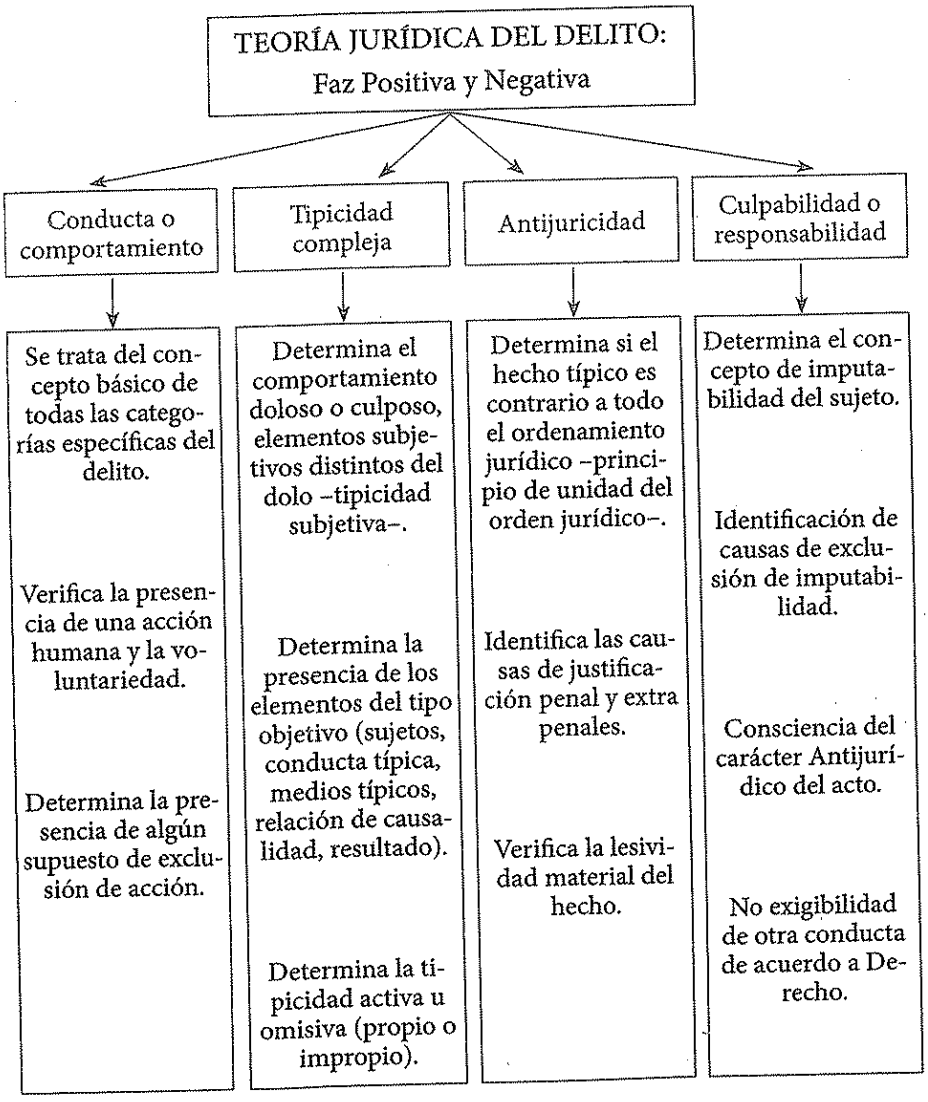
Tenemos que advertir que el análisis jurídico de la Teoría del Delito en el presente trabajo responde, en sus líneas generales, a la doctrina del sistema finalista del hecho punible promovido por el Prof. Hans Welzel[13] y, con todas las variantes que ha tenido a lo largo del tiempo;[14] de ello se desprende por ejemplo que la acción es la primera y genérica categoría del delito, luego la

13 Aunque debemos de recordar que tras la caída del Nazismo, en 1945, se despide en Alemania la tendencia irracionalista, se abre una nueva era en la ciencia penal, y aunque predomina la valoración neoclásica del delito, entra en vigencia la concepción finalista para el análisis estructural del mismo. Inicia con los trabajos de Von Weber y Alexander Graf Zu Dohna. Para Weber el delito era bipartito (sostenía que la tipicidad implicaba la antijuricidad), en cambio, Graf Zu Dohna concibe la antijuricidad como el juicio sobre el aspecto objetivo del tipo, y la culpabilidad sobre el subjetivo. La sistemática finalista es perfeccionada por Hans Welzel (1930 y 1949).

14 Sin embargo, debemos entender que la doctrina penal del Prof. Günther Jakobs ha tenido una buena acogida en algunas zonas de la Teoría del Delito, que en realidad, Jakobs apunta que la Teoría del Delito sea una teoría de la imputación penal; por ello, dicho autor propugna una suerte de "objetivización" de la tipicidad, de la participación delictiva, entre otros.

LEGALES EDICIONES

tipicidad (compleja) penal de la conducta, después de la antijuricidad del hecho, y por último la culpabilidad o responsabilidad individual del sujeto. Es esta línea discursiva en que girará los siguientes capítulos del presente trabajo, y es lo que da cuenta en el siguiente cuadro ilustrativo.




La Teoría Jurídica del Delito, y en general la ciencia penal, ubicado principalmente en Alemania, da cuenta actualmente

LEGALES EDICIONES

que ni el estricto Derecho positivo, ni la pura esfera axiológica ni los dogmas del ontologicismo causal o final constituyen el modus operandi de la dogmática penal. Esto da como resultado un sincretismo metodológico cuya única nota común es la referencia teleológica y la tendencia a una mayor o menor normativización de los conceptos jurídico-penales[15]. Sin embargo, lo cierto es que la Teoría General del Delito ha transcurrido por dos momentos históricos importantes, con idas y vueltas en relación a la influencia filosófica: en primer lugar, con la influencia del ontologicismo (representado en el causalismo-positivista y finalismo) y el normativismo (con el neo kantismo o causalismo-valorativo y el funcionalismo moderado y sistémico, o dicho de otra manera: la postura *neohegeliana*, expresada a través del funcionalismo normativista del profesor alemán G. JAKOBS; y la otra postura de corte *neokantiana*, puesta de manifiesto a través de la doctrina normativista sustentada en el concepto kantiano de libertad, defendida por M. KÖHLER, R. ZACZYK y M. KAHLO), que es la influencia actual que está recibiendo todas las categorías dogmáticas del delito en el Siglo XX y XXI, en el Derecho comparado. La pregunta que cabe realizar sería: ¿Después del funcionalismo, que otra corriente filosófica seguirá influenciando a la Teoría del Delito?, ¿Acaso volveremos al ontologismo?

En resumen, y siguiendo el esquema histórico del pensamiento jurídico-penal europeo (principalmente alemán), podemos resumirlo en lo siguiente:

- Hegeliano (XIX). Siguiendo a Hegel, sólo había delito si el autor era libre, por lo cual seguía el criterio sistemático: subjetivo/objetivo. Primero preguntaba por el autor y luego por el injusto. No era un camino práctico para resolver los casos.
- Franz von Liszt (1890 y siguientes años). De inspiración positivista. Criterio sistemático objetivo/subjetivo. El ilícito (injusto) era la causación física del resultado socialmente dañoso. La culpabilidad era la relación psíquica de la conducta

15 Este mismo sentido: DEMETRIO CRESPO, Eduardo; *Culpabilidad y fines de la pena, con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*, Lima, 2008, pp. 28 y 29.

con el resultado. El delito era la conducta antijurídica, culpable y punible. No tiene sostenedores actuales. En Brasil lo siguió su primer traductor, Galdino Siqueira (1921).

- Ernst von Beling (1906). Enunció la teoría del tipo objetivo, como paso en la averiguación del injusto objetivo de Lizst. Deja de ser necesario llegar hasta la punibilidad para preguntarse por la relevancia penal del acto. El sistema así modificado se conoce como Liszt-Beling. No tiene sostenedores actuales, lo siguió cercanamente, en la Argentina, Sebastián Soler (1940).
- Neokantistas. La vertiente sub occidental permite construir conceptos jurídicos para recomponer el esquema Liszt-Beling que no lograba explicar la culpa inconsciente ni las exigencias subjetivas en la tipicidad. Radbruch (1904) enuncia la idea de un concepto jurídico penal de la acción; Frank (1907) la teoría normativa de la culpabilidad (culpabilidad como reproche); Hegler en 1911 y M. E. Mayer en 1921, los elementos subjetivos del injusto,
- Edmund Mezger (1930 y sucesivos). Es la teoría del neokantismo del delito más difundido. Sostiene que el injusto se establece conforme a una norma de prohibición y la culpabilidad a una norma de determinación: el primero sigue siendo predominantemente objetivo y la segunda subjetiva (sigue conteniendo el dolo y la culpa, o sea, al objeto del reproche junto al juicio de reproche). Conserva actualmente la obra de Jürgen Baumann y sus actualizadores.
- Hellmuth von Weber (1929-1936-1946). Es la otra teoría neokantiana del delito. Sostiene el tipo complejo (el dolo pertenece al tipo). Las causas de justificación pertenecen a la tipicidad (teoría de los elementos negativos del tipo). La acción que interesa es sólo lo típico.
- Eclécticos. Con variantes del esquema de Weber se desarrollan las obras que suelen ser eclécticas: Hans-Heinrich Jescheck (1970); Paul Bockelmann (1973); Johannes Wessels (1970) y Herrman Blei (continuador de la obra de Mezger).

LEGALES EDICIONES

- **Hans Welzel (1950-1969).** Con fundamento realista, ecos aristotélicos, enmarcados en el renacimiento del jus-naturalismo, el ontologicismo de Welzel da lugar a la teoría finalista de la acción y a una sistemática con tipo complejo (dolo y culpa en estructuras típicas), antijuricidad como paso posterior a la tipicidad y culpabilidad normativa pura (juicio de reproche libre del dolo y la culpa). Actualmente es sostenido por Hirsch y Küpper.
- **Disvalor de acto (1973).** Sostenido por Armin Kaufmann y Diether Zielinski, asume el esquema welzeliano, pero renuncia a considerar el resultado en el tipo. Estima que es un componente de azar a tener en cuenta en la punibilidad. El modelo de delito sería el tentado. No tiene seguidores en la doctrina alemana actual.
- **Claus Roxin (1966-1990).** Asume en buena medida el esquema de los autores eclécticos y recibe influencia del funcionalismo sociológico de Parsons. Perfecciona con la teoría del aumento del riesgo en lugar de la causalidad, para resolver problemas de imputación objetiva en el tipo objetivo. En 1990 se separa más de éstos sosteniendo que existe una acción previa al tipo, y para ello enuncia su teoría sintomática de la acción o conducta.
- **Günther Jakobs (1983).** Basado en el funcionalismo sistemático sociológico de Luhmann, aunque combinado con elementos de Hegel y de Kelsen, normativiza todos los conceptos del delito, negando bases ónticas en todos ellos, extrema el constructivismo jurídico del neokantismo, minimiza la función del bien jurídico y resuelve los problemas de la imputación objetiva en el tipo objetivo conforme a la teoría de los roles. Renueva la terminología teoría del delito y la culpabilidad pasa a ser la necesidad de prevención general positiva.

## III. LA AFIRMACIÓN Y NEGACIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO

La Teoría analítica del delito comprende una t*eoría de afirmación* que servirá para demostrar la existencia delito y la res-

LEGALES EDICIONES

ponsabilidad de su autor; tradicional y ahora modernamente el delito se estructura en base a tres categorías para configurar su existencia: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; y una *teoría de negación* de la teoría del delito que nos permitirá descartar la existencia del delito. Antes de introducirnos al tema central de la legítima defensa considero como cuestión preliminar ubicar las causas de justificación en la Teoría General del Delito. En el artículo 20 del Código Penal se mezclan casos de faz negativa de la antijuricidad y de la culpabilidad, reiterando el defecto de regulación que presentaba el artículo 85 del Código de 1924.

En el Derecho Penal material no sólo existe –a través de sus normas– lo que se llama las formas de *aparición analítica de la punibilidad* –que sería la acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad– y las llamadas formas de *cancelación (o en su defecto de atenuación) de la punibilidad* –que están contenidas en el artículo 20 y 21 del Código Penal– que sería la minoría de edad, legítima de defensa, estado de necesidad, actuación de acuerdo a derecho, consentimiento, etc., sino que también existe como tercera fórmula –complementaria de la primera– las denominadas ***formas de extensión de la punibilidad –o llamados también extensión de la tipicidad***[16]–. Esta fórmula de extensión comprendería tanto la teoría de las formas imperfectas de ejecución como la teoría de la participación criminal. Es decir habrá que considerar las formas de extensión de la punibilidad –o de tipicidad– que en la Parte Especial de los Códigos penales modernos los injustos penales se elaboran sobre la base de dos técnicas legislativas: en primer lugar, sobre la base de delitos *consumados* (por ejemplo: *"El que mata a otro..."*); y en segundo lugar, sobre la base de delitos de *autor individual* (por ejemplo: *"El que..."*).

1. Así, necesitamos normas de la Parte General que amplíen el marco de punibilidad abarcando otras formas de imputación personal: específicamente en la autoría que está consagrada en el artículo 23 del Código Penal. Dicho artículo prevé a parte de la autoría directa individual (*"El que realiza*

16 Así, por ejemplo, véase: BACIGALUPO, Enrique; *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 1999, p. 461.



LEGALES EDICIONES

*por sí...*"), la **autoría mediata** ("*...o por medio de otro...*") y la correspondiente **coautoría** ("*...y los que lo cometen conjuntamente*"). Asimismo, en el siguiente artículo se regula lo concerniente a la participación criminal en su forma de **instigación** (artículo 24 Código Penal) y en su forma de **complicidad primaria y secundaria** (artículo 25 –primer y segundo párrafo– Código Penal). Finalmente, habrá que considerar que existe una forma peculiar de extensión de la imputación personal que está contenida en el mismo rubro del texto punitivo, cual es la llamada "**actuación en lugar o en representación de una persona jurídica**" (artículo 27 Código Penal).

2. En segundo lugar, se necesita de normas de la Parte General que amplíen el marco de recorrido conductual que experimenta el sujeto activo, sobre todo cuando el hecho punible fracasa o no se llega a consumar. Con ello se quiere significar un camino escalonado por el conjunto de momentos que suceden cronológicamente en la dinámica del delito (doloso), que abarca desde la etapa subjetivo-psicológica que es impune: **concepción, deliberación y decisión del plan criminal**; y en su fase externa del *iter criminis* abarcaría los actos de **preparación**, el **comienzo de ejecución típica**, la culminación de la ejecución típica que comprendería tanto la **consumación formal** (peligro o de resultado lesivo) y el respectivo **agotamiento** del hecho. Sobre éste último supuesto existe en algunos casos sería agotamiento típico (delito de receptación, delito de encubrimiento); y en otros sería agotamiento atípico (como por ejemplo serían los actos de colaboración y asentimiento a la rebelión que no tiene un tipo penal específico en el Derecho peruano).

En ambas técnicas legislativas, por lo general, están condicionadas a que solamente se traten de injustos penales dolosos.

## IV. EXCURSO: LA INFLUENCIA DE LA TEORÍA DEL DELITO EN LA TEORÍA DEL CASO

*"No hay cosa más práctica que una buena teoría" (Kant).*

La teoría del caso se trata de una herramienta metodológica que sirve tanto al Fiscal como a la Defensa para ordenar y diri-

LEGALES EDICIONES

gir su estrategia en el proceso (penal). En otras palabras, es la "brújula" de quien tiene una pretensión procesal. Normalmente está compuesto por: a) *Lo fáctico:* identificación de los hechos relevantes; b) *Lo jurídico:* encuadramiento de los hechos al tipo penal en base a las normas establecidas en la Parte General y Especial del Código Penal[17]. Además, dicho encuadramiento típico se realizará en función de criterios de imputación (por ejemplo, la imputación objetiva). Por último, en tanto sea posible, se describirán las normas de determinación de la pena y las procesales aplicables al caso, y c) *Lo probatorio*: permite establecer cuáles son las pruebas pertinentes.

Por el contrario, la Teoría del Delito es un sistema ordenado de categorías que dan contenido al concepto de delito. No tiene una finalidad cognitiva, tiene pretensiones prácticas: a) Racionalizar el ejercicio del poder penal, b) Brindar seguridad jurídica haciendo predecible las decisiones judiciales, y c) Hace coherente y lógica la construcción de las pretensiones procesales (imputación y defensa).

La idea es que ambos –Teoría del Caso y Teoría del Delito– tengan una unión armónica e integrada dentro del proceso penal, sin embargo, por ejemplo, cada vez que uno ingresa a la literatura anglosajona de la Teoría del Caso o el pensamiento de aquellos escritores que, sin operar dentro del sistema jurídico anglosajón analizan la Teoría del Caso adoptando los comentarios de los que si trabajan en el citado sistema jurídico, observamos –siguiendo a Benavente Chorres– comentarios tales como: *"no es una teoría o modelo epistemológico, sino la presentación de la versión de los hechos que realiza cada una de las partes";*

17 ¿Qué elementos debe contener la parte jurídica de la teoría del caso?
1. Presupuesto: conocer los hechos relevantes. Lo fáctico es objeto de conocimiento.
2. Componentes:
   a) El tipo o tipos penales aplicables.
   b) El título de imputación.
   c) El grado de ejecución.
   d) Las normas procesables aplicables al caso.
   e) Las normas de determinación de la pena aplicables al caso.



LEGALES EDICIONES

*"se debe tener en cuenta que a través del examen de la prueba se podrá fortalecer o debilitar nuestro caso"*[18].

En esa inteligencia, en el pensamiento anglosajón o de aquellos que se ven influenciados por el primero: "presentación" y "prueba" son los dos pilares que condicionan el éxito o fracaso del caso. En ese orden de ideas, es común que, si nos encontramos con un instructor o docente, que cree que una buena presentación y un adecuado examen probatorio, por ejemplo, en la audiencia del juicio oral, son las claves para el éxito del caso, desarrollará su clase apuntando a temas como la expresión corporal, el timbre de voz y las gesticulaciones; asimismo, trabajará con una serie de supuestos de examen o contra examen de testigos y peritos, elaborando desde las más comunes hasta las más insólitas de las situaciones por no decir, bromistas, ridículas o bochornosas en el entendido de evitar que el alumno o participante yerre a la hora de examinar la prueba, perjudicando así su Teoría del Caso[19]. Aquel instructor preferirá convertir su salón de clases en un espectáculo circense, al mejor estilo del "Cirque du Soleil", so pretexto de que ello es su estilo de trabajo ante los tribunales, que le ha rendido éxito y que no necesariamente los participantes lo deban de imitar[20].

Según Benavente Chorres "...el éxito del caso no depende solamente de la manera como se lo presenta y acredita, sino que la eficacia del mismo está condicionada, incluso, desde la forma como ha sido construido el caso, primer paso de nuestro esquema de teoría del caso. Recordando, que esta construcción implica: (a) la elaboración de los enunciados fácticos, (b) la selección de la teoría del delito a aplicar, (c) la subsunción de los enunciados fácticos en cada uno de los elementos de la teoría del delito seleccionada, (d) el material probatorio[21].

En todo caso, la influencia de la Teoría General del Delito en el proceso penal puede resumirse realizando la siguiente pre-

18 Véase: BENAVENTE CHORRES, Hesbert; *La Aplicación de la Teoría del caso y la Teoría del delito en el proceso penal acusatorio,* Bosch Editor, 2011, p. 157.

19 BENAVENTE CHORRES, 2011, p. 158.

20 BENAVENTE CHORRES, 2011, p. 158.

21 BENAVENTE CHORRES, 2011, p. 159.

LEGALES EDICIONES

gunta: ¿Se puede determinar que alguien ha cometido (o no) delito, antes de la persecución penal? En este punto, si revisamos la Ley Orgánica del Ministerio Público, encontramos el Rechazo *in limine*. En efecto, el art. 94.2 de la LOMP (Ley 29574), dispone lo siguiente: *"[...] Si el fiscal estima improcedente la denuncia la rechaza de plano en decisión debidamente motivada o, alternativamente, apertura investigación preliminar para reunir los actos de investigación indispensables o formalizarla ante el juez penal. En este último caso [denuncia fiscal], expondrá los hechos que tiene conocimiento, el delito que tipifican y la pena con que se sanciona, según ley; los actos de investigación con que cuenta y los que ofrece actuar o que espera conseguir y ofrecer oportunamente [...]"*.

Enseguida hacemos la siguiente pregunta: ¿Se puede determinar que alguien ha cometido delito, antes de la emisión de la sentencia penal?

- En primer lugar, se puede no formalizar la investigación preparatoria. En efecto, el Art. 334 CPP, dispone: *"Si el Fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto a realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente (...) declarará que no procede formalizar (...) la investigación preparatoria"*.
- En segundo lugar, en la Excepción de improcedencia de acción, se dispone en el Art. 6 CPP lo siguiente: 1) *"Las excepciones que pueden producirse son: b) Improcedencia de acción, cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente"*.
- En tercer lugar, en la Etapa intermedia, en el Art. 344 del CPP, señala que: *"El sobreseimiento procede cuando: (...) 2: El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad"*.
- En cuarto lugar, al decidir la imposición de la prisión preventiva, se señala en el art. 268 CPP, lo siguiente: "(...) *1. Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo"*.

LEGALES EDICIONES

CAPÍTULO 10

# DE LA TEORÍA DEL DELITO A LOS SISTEMAS PENALES MODERNOS DE IMPUTACIÓN

## El Funcionalismo Sistémico y el modelo Kantiano de Imputación

## I. EL CAMBIO DE PARADIGMA EN LA DOGMÁTICA PENAL ACTUAL: DEL FINALISMO PERSONAL HACIA EL FUNCIONALISMO SISTÉMICO

Como es sabido, la dogmática jurídico-penal de corte eurocontinental –sobre todo alemana[1]–, entendida ésta como un método de estudio e investigación jurídica cuyo objeto es la investigación de la norma, está atravesando en la actualidad una crisis estructural; entre otros muchos factores, causa de esta crisis es la polémica, hoy prácticamente bizantina, sostenida en el Siglo XX en Europa entre los causalistas-positivistas[2] y los ontologicistas-

1 No pueden negarse los frutos de esta polémica para la misma dogmática penal, pero ella se ha desarrollado dentro de los estrechos límites que le fueron marcados a la ciencia del Derecho penal por el positivismo jurídico de principios de Siglo. Según esta teoría, la única tarea del jurista consistía en interpretar el Derecho positivo y desarrollar en un sistema cerrado, conforme a principios lógico-deductivos, los preceptos concretos de la ley, subiendo hasta los últimos principios y conceptos fundamentales. La elaboración del sistema era la misión fundamental de la ciencia del Derecho penal, desterrando otras consideraciones de índole criminológica o político-criminal que debían constituir asimismo el objeto de otras ciencias.

2 VON LISZT definió al delito como "...el acto contrario a Derecho, culpable y sancionado con una pena", donde se destaca el elemento de la conducta o "acto", como movimiento corporal que producía un cambio en el mundo externo aprehensible a los sentidos, era pues considerado el delito como un proceso causal. A ello, el acto o conducta debía de ser contrario a Derecho, es decir antijurídico. Esta concepción consideró a la antijuridicidad como una simple valoración del acto o proceso causal objetivo externo. A la valoración del acto, Von Liszt añadió la valoración del autor del acto, con el requisito de la culpabilidad, que se asentaba en una concepción meramente psicológica entre autor y conducta, la misma que podía ser dolosa o culposa. En nuestro país, el profesor José HURTADO POZO, (En su *Manual de Derecho Penal Especial I,* con el Código Penal de 1924

LEGALES EDICIONES

finalistas[3], específicamente sobre su ubicación del concepto de acción y el concepto de culpabilidad en la sistemática de la teoría jurídica del delito, aunque todavía no podemos enfatizar que se ha superado del todo estas discusiones[4].

---

/ Segunda edición 1987, Lima Perú, Ed. EDDILI) se enmarca dentro de la corriente causalista al proponer el estudio del dolo y la culpa dentro de la culpabilidad así como del error de hecho y de derecho.

3 Desarrollada por WELZEL, quien sostiene que el análisis del delito debe partir siempre del tipo, pero teniendo en cuenta el ámbito de lo ontológico, de lo previamente dado. Como lógica consecuencia de esta teoría, el dolo deja de pertenecer a la culpabilidad, y pasa a pertenecer a la tipicidad. Con ello, el conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo, pertenece a la tipicidad, mientras que el conocimiento de la antijuridicidad a la culpabilidad.

Por su parte el Dr. Luis BRAMONT ARIAS en coautoría con su hijo Luis Ad. BRAMONT – ARIAS TORRES, en su *Código Penal Anotado* sugiere un esquema finalista al estudiar el dolo, la culpa y el elemento subjetivo del tipo o del injusto, así redefine el error de tipo y el error de prohibición, este último ubicado a nivel de la culpabilidad, además redefine este concepto siguiendo a Roxin (*Código Penal Anotado*, 1ra. Edición 1995, Ed. San Marcos, Lima-Perú, pp. 42 y ss.).

4 Véase, en este punto lo sostenido por CARO JOHN, José Antonio; *Manual teórico-práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública,* Ara Editores, 2014, Lima, p. 44, cuando da a conocer que el pensamiento jurídico-causal del concepto del delito ha estado presente por algunos años atrás en Europa, y que en el Perú no ha sido ajena a esta realidad, y que en todo caso, todavía en nuestro país no ha sido plenamente abandonado. En efecto, el citado autor señala, con relación al caso europeo, lo siguiente: "Un ejemplo práctico de este esquema de interpretación se aprecia en el denominado **"caso del burdel"**. El regentador de un burdel clandestino fue condenado como autor del delito de proxenetismo. Pero junto a él también fue hallado responsable un vendedor de vino, como cómplice del mismo ilícito penal, bajo la consideración que el vino había incrementado la frecuencia de parroquianos a dicho lugar. Según la valoración judicial "la actividad del reparto del vendedor de vino se encontró en estrecha relación con la actividad proxeneta del dueño del burdel", teniendo en cuenta además que el funcionamiento clandestino del burdel era una actividad "conocida" por el vendedor de vino".

Y con relación al caso peruano, CARO JHON; 2014, (pp. 45-46) ha dicho: "Probablemente con una terminología diferente, pero reproduciendo en esencia el contenido y estructura del concepto, el pensamiento del dogma causal no ha sido abandonado del todo. Esto se puede ver en el **"caso de la cocinera"**, donde una mujer, por haber preparado la comida para su esposo (un narcotraficante) y los trabajadores de este, fue condenada como coautora de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas agravado mediante actos de fabricación (arts. 296 y 297.6 CP) a trece años de pena privativa de la libertad. Sin embargo, en la vía de recurso de nulidad, la Corte Suprema de Justicia absolvió a la cocinera de los cargos imputados en su contra con la siguiente fundamentación: *"(...) se desprende de la acusación fiscal y de la sentencia de conclusión anticipada que la impu-*

LEGALES EDICIONES

En ese sentido, en el Derecho penal de corte material –de tendencia principalmente euro-continental– resulta necesario identificar a los efectos de analizar los tipos penales de la Parte Especial o legislación complementaria, los niveles de perspectiva del Derecho penal sustantivo y la teoría jurídica del delito. Como debe recordarse la calificación de una conducta –humana– como delito supone la verificación de la concurrencia de las categorías que conforman la teoría jurídica del delito: *tipicidad, antijuricidad y culpabilidad*[5]. La posible solución a ésta problemática se ubica tanto en las categorías destinadas al análisis y valoración del hecho, es decir, aquellas que buscan determinar la concurrencia de un *injusto penal* (tipicidad y antijuricidad); como en aquellas que analizan y valoran al autor del ilícito (culpabilidad)[6].

---

*tación que pesa contra ella es por haber proveído alimentación a sus coprocesados que se encargaban de preparar la droga; sin embargo, dicha imputación no encuadra dentro del tipo penal, constituyendo una conducta atípica, que ni siquiera puede considerare a título de cómplice, pues con su conducta no ayudo a la fabricación de la droga, únicamente alimentaba a dichas personas, no pudiéndola sancionar por los conocimientos especiales que posea; en este sentido, se advierte que la conducta desplegada por la encausada esta revestida de neutralidad, operando en el presente caso la prohibición de regreso, la cual sirve como filtro para determinar la delictuosidad de la conducta en los casos de intervención plural de personas en un hecho, ya que si la misma ha sido practicada en el marco de un oficio cotidiano, una profesión o una actividad estandarizada, no puede hacer decaer el efecto de garantía y de protección que llega aparejada el ejercicio del rol, en consecuencia corresponde absolver a la procesada de los cargos que pesan en su contra (véase CARO JHON, JOSÉ ANTONIO; Normativismo e imputación Jurídico-Penal,* ARA Editores, Lima 2010, pp. 91-114*)*.".

5 Para más referencias sobre las categorías jurídico-dogmáticas del delito, véase mi obra: REÁTEGUI SANCHEZ, James; *Derecho Penal. Parte General,* Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pp. 113 y ss.

6 La culpabilidad supone una suerte de reproche realizado por el ordenamiento jurídico-penal sobre el autor de un injusto penal (comportamiento típico y antijurídico). Dicho juicio de reproche funciona sobre el autor en la medida que, a pesar de tener la posibilidad de actuar conforme a la juridicidad, se enfrenta a aquella, la contradice. En este orden de ideas, la constatación de la culpabilidad del autor exige la verificación de la capacidad de culpabilidad (o imputabilidad), el conocimiento de la antijuricidad y la exigibilidad de otra conducta. La culpabilidad como categoría jurídico-dogmática, que dentro del análisis de los tipos penales patrimoniales en el presente estudio lo hemos obviado, esperando que en una próxima edición podamos profundar esta categoría aplicada a los delitos patrimoniales.

LEGALES EDICIONES

En esta dinámica es que se movía la dogmática penal alemana, sin embargo, habrá que observar que dicha dogmática no era la única que estaba en *boga* por esas épocas en Europa, ha existido por ejemplo la dogmática italiana, en la cual se pueden señalar nombres relevantes de penalistas que sirvieron a la consolidación paulatina de todo el Derecho penal europeo. En ese sentido, es común señalar a la Escuela Clásica, producto de la doctrina tradicional italiana, cuyo componente estructural de esta teoría, se sustenta en el elemento objetivo y el subjetivo del delito, una clara herencia del maestro Francesco Carrara, a través de su monumental Obra denominada *Programa de Derecho Criminal (Parte General y Parte Especial)*. Luego la dogmática jurídica italiana se estancó en el método de discusión técnico-jurídica. La tendencia formalista de Rocco (1930)[7], Antolisei y Bettiol[8] (1989). Después apareció el nombre del Profesor Francesco Antolisei[9].

Una prueba del fenómeno de la funcionalización del Derecho penal moderno, es por ejemplo, lo que ha pasado –y sigue pasando– con la institución dogmática de la omisión (impropia); en el sentido que originariamente el delito de omisión impropia o comisión por omisión ha tenido, para su desarrollo en la teoría del delito, en cuenta los requisitos de la tipicidad objetiva y subjetiva (véase la situación típica; ausencia de acción determinada; capacidad del omitente para realizar la acción mandada; posición de garantía; relación de causalidad jurídica; y cláusula de convertibilidad; y en lado subjetivo tenemos el conocimiento que se está en una posición de garantía; el conocimiento de la situación típica; y el conocimiento de que con la acción mandada se impedirá la lesión al bien jurídico). Estos requisitos y desarro-

7 Quien planteaba que el objeto de la ciencia penal era "situarse de nuevo en el derecho positivo" y así el método tendría que partir de fundamentos casi exclusivamente jurídicos.

8 *El modelo crítico: un ideal del derecho ajustado a las necesidades humanas.*

9 (*"Manual de Derecho Penal": Parte General*) sostiene (contrario a BETTIOL), en la tesis realista, dos concepciones fundamentales: 1) El derecho no puede ser concebido como pura forma, y 2) la dogmática debe inspirarse en criterios pragmáticos, limitando su estudio exclusivamente a las cuestiones que sean útiles para la aplicación de ese derecho. Para tal fin, ANTOLISEI propone que las explicaciones teóricas sean fácilmente accesibles a sus destinatarios más indicados: jueces y abogados, fundamentalmente.

LEGALES EDICIONES

llo del mismo, eran propios, como se sabe, de la postura clásica finalista de la acción.

Actualmente, el delito de omisión impropia o comisión por omisión ha quedado fatalmente "subsumido" por la doctrina penal de corte funcional, en el sentido que poco importa si el autor actuó u omitió una conducta, eso finalmente importará para la doctrina naturalística o finalista de la acción; lo que realmente importará, para efectos de la responsabilidad penal, es que dicho autor infringió su rol en la Sociedad; ya sea su rol general o específico. Y digo que la omisión impropia ha quedado subsumida por el funcionalismo en el Derecho penal, porque éste último, dentro de sus fundamentos está el hecho que el autor ostente –de alguna manera– una posición de garante en la Sociedad, a través del rol, con la virtud de que no sólo servirá para fundamentar una parte de la responsabilidad del sujeto, sino que en realidad, instituciones como la "omisión", la "posición de garante", la "imputación objetiva", son instituciones (de la teoría funcional-sistémica) que tienen como finalidad fundamentar en forma global una responsabilidad penal. En efecto, un elemento fundamental de la "omisión impropia" es la *posición (o calidad) de garantía* (generalmente la doctrina penal mayoritaria fundamenta dicha calidad de garantía en virtud de un deber de protección de un bien jurídico[10], y en virtud de un deber de vigilancia de una fuente de peligro, en estos casos el omitente ha otorgado

10 a.1.- *Relaciones familiares:* se basa en la vinculación natural que se da en el ámbito familiar. Si bien dicha vinculación puede originarse en normas jurídicas, en realidad las relaciones familiares de cuidado sólo pueden precisarse en cada caso en concreto. La relación familiar de cuidado debe existir realmente. Así, se puede mencionar los deberes que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.

a.2.- *Relaciones de comunidad:* Aquí la posición de garante se fundamenta en el desempeño voluntariamente aceptado de determinadas funciones en una comunidad de peligros. Se basa en el principio de confianza. Este tipo de situaciones se presenta en la práctica de deportes colectivos, como el andinismo, que impone la obligación de realizar determinadas acciones para ayudar a los demás participantes.

a.3.- *Aceptación voluntaria*: En este caso la posición de garante se fundamenta en una aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras. Comprende a todas aquellas personas que de forma expresa o tácita asumen la obligación de impedir determinados resultados, obligación que constituye precisamente el objeto de su aceptación. Uno de los supuestos es cuando mediante el contrato el sujeto acepta un deber de garantía a

LEGALES EDICIONES

o asumido una garantía de seguridad respecto de una fuente de peligros que tiene bajo su control[11]); que bien podría asimilarse con aquellos deberes en virtud de organización y aquellos deberes que emanan de deberes de institución.

## II. ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL PENSAMIENTO FUNCIONAL DEL DERECHO PENAL

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Hoy por hoy, vivimos una evolución considerable en la dogmática jurídico-penal, gracias a la influencia de la corriente funcionalista (teleológica, pero sobre todo los normativistas), donde pregona por ejemplo que la «persona» es algo distinto del concepto de "ser humano", que un individuo humano; éste es el resultado de procesos naturales, aquélla –el de persona[12]– un producto social (de lo contrario nunca podría haber habido esclavos, y no podrían existir las personas jurídicas). Este producto es en el caso de la persona física, que es el que va a ser

---

favor de otra persona, es el caso de las niñeras contratadas para el cuidado de bebés. Sin embargo, el contrato no es la única forma de manifestación de la aceptación voluntaria.

11 b.1.- *Hecho precedente (injerencia)*: Se trata de los supuestos de quienes con un hacer activo han dado lugar al peligro inminente de un resultado típico, teniendo la obligación de impedir la producción del resultado. Es el caso de los excursionistas que prenden una fogata en el bosque, que tienen la obligación de procurar que la fogata no ocasione un incendio en el bosque.

b.2.- *Ámbito de dominio*: Comprende los deberes de garante que emanan de quien posee el dominio de una fuente de peligro. Es el caso de los dueños de animales o los responsables de industrias peligrosas.

b.3.- *Conducta de terceras personas*: Aquí entra en consideración la obligación de responder respecto de los peligros creados por otras personas que están dentro del ámbito de influencia del omitente. Aquí se puede mencionar el caso de los funcionarios públicos respecto de sus subordinados, así el funcionario de policía o el militar que no intenta seriamente impedir el exceso de sus subordinados respecto de los bienes o interés de particulares responde indudablemente como si hubiera causado él mismo esos resultados.

12 Debe quedar claro que no todo ser humano es persona jurídico-penal, y ésta, a su vez, no necesariamente ha de ser persona para el Derecho electoral en sentido político, así, por ejemplo, no lo es el autor juvenil de un delito, de quince años y con capacidad de culpabilidad; más aún, tanto en Derecho civil como administrativo se construyen incluso personas *jurídicas;* dicho sea de paso que la cuestión acerca de si pueden ser construidas jurídico-penalmente está sometida en la actualidad a un intenso debate.

LEGALES EDICIONES

sometido a análisis la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y una consciencia; lo mínimo es un cuerpo animado.

El funcionalismo jurídico penal es, a decir de Jakobs, "aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad y la afirmación de que con el derecho se resuelve siempre "un problema del sistema social". De esta forma se entiende al sistema del Derecho penal como sistema normativo parcial, como subsistema del sistema social; cuya función se refiere, por tanto, primariamente al mantenimiento de la identidad de la sociedad"[13].

El delito no es, en su explicación última, un enfrentamiento entre individuos o grupos a propósito de sus bienes particulares, del tipo que sean, sino un cuestionamiento del orden social, por lo que su comprensión requiere trascender de lo intersubjetivo a lo supra-subjetivo y de lo psicológico a lo sociológico: sobre la base de una compresión comunicativa, el delito es entendido "como afirmación que contradice la norma" y la pena "como respuesta que confirma la norma".

El derecho se explica, por tanto, por su función social y no como mero correlato necesario de la convivencia entre conciencias individuales libres y plenamente dadas con antelación a esa convivencia organizada[14]. Según el pensamiento jakobsiano: "en el acto comunicativo lo relevante es la expresión fenoménica de la subjetividad en la realidad, ya que todo lo interno y lo externo sin sentido sólo es psíquico o naturaleza, de ahí que cuando el agente delinque, la pregunta no es cuál fue la finalidad o intención del agente (ontológico) o cuál es el resultado producido (naturalístico), sino qué roles debió cumplir en el contexto de

13 ALCÓCER POVIS, Eduardo; *La inclusión del enemigo en el Derecho penal*, 2014, Lima, p. 37. Dentro de la explicación funcional del Derecho, se trata de ubicar el cometido preciso del Derecho penal. Para comprenderlo se ha de partir de la idea de que la sociedad se constituye precisamente a través de normas y en consecuencia, a partir de esas normas alcanzan su identidad también los propios sujetos individuales. Al Derecho penal le correspondería la función de velar por la parte más esencial y básica de tales normas y por tanto, solventar el problema social básico: la subsistencia de las normas que estructuran la base de lo social. (p. 38).

14 ALCÓCER POVIS; 2014, p. 42.



LEGALES EDICIONES

las circunstancias. Y más estrictamente, si es competente para cuestionar la vigencia de la norma, porque sólo en esa medida estaremos en presencia de comportamientos relevantes desde el prisma de las expectativas normativas[15].

En el Perú, el desaparecido profesor *Raúl Peña Cabrera* anotó en la última edición de su obra de *Parte General de Derecho penal* lo siguiente: «por regla general se responde únicamente por las conductas que se encuentran dentro del propio ámbito de competencia, porque no forma parte del *rol de un ciudadano* controlar todos los posibles peligros que se puedan originar en la conducta de terceros»[16]. Estas consideraciones, según Caro Jhon[17], al ser trasladadas al ámbito de las conductas neutrales muestran una gran fuerza de rendimiento, sobre todo porque probablemente sea éste el campo donde los conceptos antes mencionados del ámbito de competencia y del rol de un ciudadano salten a la luz con mayor notoriedad ante la necesidad esclarecer si dichas conductas pueden ser punibles a título de participación, o si, todo lo contrario, han de ser impunes.

## III. RASGOS FUNDAMENTALES DEL PENSAMIENTO FUNCIONAL EN LA OBRA DE GÜNTHER JAKOBS

Los aspectos fundamentales del pensamiento funcional de la imputación penal; a propósito de la Obra de Günther Jakobs, son los siguientes:

### 1. SOBRE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO INSTRUMENTO GLOBAL DE IMPUTACIÓN

Los contenidos de la teoría de la imputación objetiva desarrollada por Jakobs se encuentran estrechamente vinculadas a la

15 ALCÓCER POVIS; 2014, p. 48.

16 *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, 3ª ed., completamente corregida y aumentada, con la colaboración de Carlos Atocsa García, José Antonio Caro John, Reiner Chocano Rodríguez y Sofía Laqui Pizarro, Grijley, Lima, 1997, p. 311. Esta edición apareció una semana después del fallecimiento de su autor, acaecido el 07 de mayo de 1997.

17 CARO JHON, José Antonio; "La impunidad de las Conductas Neutrales. A la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el derecho penal", disponible en *www.alfonsozambrano.com*

LEGALES EDICIONES

idea de que el sistema de la Teoría del Delito debe tomar como punto de referencia la esfera de administración autónoma que corresponde al ciudadano, a la persona[18].

Por ello se afirma que la imputación objetiva, fundamentalmente por los aportes de Jakobs, más que una teoría del tipo, más que un elemento general del injusto, se convierte en una teoría general de la conducta prohibida porque nos permite, dicen sus áulicos, determinar sistemáticamente cuando una conducta es prohibida por el ordenamiento jurídico[19]. El análisis se debe realizar en dicho orden por cuanto no todos los tipos penales son de resultado, algunos son de mera conducta como ocurre, por ejemplo: con la tentativa o con los de peligro. En otros: como en nuestra sistemática penal, no basta con la imputación del comportamiento por la conducta prohibida sino que es necesaria la concreción del resultado como en los delitos culposos. En segundo lugar una vez imputado el comportamiento por haber realizado una conducta jurídicamente desaprobada, se pasa al otro nivel de la imputación, la de los resultados, que consiste en examinar el otro elemento de la imputación que es la relación de riesgo y que permitirá, por ejemplo, entender ciertas estructuras de la imputación objetiva y fundamentalmente, como lo veremos, algunos aspectos trascendentales de las acciones a propio riesgo que, en algunos casos, se analizan a nivel del riesgo jurídicamente desaprobado, vale decir, imputación del comportamiento y en otros casos a nivel de la imputación de resultados[20].

Concretamente, la teoría de la imputación objetiva se divide para Jakobs en dos niveles: por un lado, la calificación del com-

18 CANCIO MELIÁ, Manuel; *Estudios de Derecho Penal*, Colección de Ciencias Penales N° 2, Lima-2010, p. 72.

19 VILLANUEVA GARRIDO, Gustavo Adolfo; *El Funcionalismo y la Imputación Objetiva en la doctrina y la jurisprudencia nacional*, Segunda Edición, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2011, p. 58. Como es sabido, el nacimiento de la teoría de la imputación objetiva, anota el Profesor Shünemann, no tuvo lugar hasta el año 1970, en el que el Profesor Roxin en el libro homenaje a Honing dio el paso decisivo, extendiendo esta categoría más allá de la definición de Honing de la posibilidad objetiva de imputar como posibilidad de dominio mediante la voluntad humana.

20 VILLANUEVA GARRIDO; 2011, p. 59.

LEGALES EDICIONES

portamiento como típico (*imputación objetiva del comportamiento)*, es decir, en este primer nivel de la imputación objetiva, Jakobs propone cuatro instituciones dogmáticas a través de las cuales ha de vertebrarse el juicio de tipicidad: riesgo permitido, principio de confianza, actuación a riesgo propio de la víctima y prohibición de regreso[21].

Por otro lado, la constatación –en el ámbito de los delitos de resultado– de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (*imputación objetiva del resultado*); frente al alto grado de desarrollo que ha alcanzado el primer nivel de la imputación objetiva, el segundo nivel de imputación, la realización de riesgos o imputación objetiva del resultado, tiene un peso menor en la concepción de Jakobs[22].

Sin embargo, en este segundo nivel de imputación, también denominado como el de realización de riesgos, presupone ya la existencia de un riesgo no permitido, por lo que el examen radica en determinar si el resultado lesivo es precisamente la materialización de aquel riesgo creado por el autor de modo no permitido. Por tanto, para que el resultado pueda reputarse de típico debe constituir una consecuencia, una realización del riesgo prohibido y, consiguientemente, éste deberá explicar dicho resultado[23].

En tal sentido, en caso concurriesen varios riesgos alternativos, sólo podrá considerarse como explicación del resultado aquel riesgo cuya omisión hubiera evitado de modo planificable el resultado, pues es perfectamente posible y ciertamente frecuente, que en la producción de un resultado concurran diversos riesgos atribuibles a diversas personas (las lesiones o

21 CANCIO MELIÁ, Manuel; *Estudios de Derecho Penal*, Colección de Ciencias Penales N° 2, Lima-2010, p. 73.

22 Véase, en este sentido: CANCIO MELIÁ, Manuel; *Estudios de Derecho Penal*, Colección de Ciencias Penales N° 2, Lima-2010, p. 75.

23 MEDINA FRISANCHO, José Luis; *La imputación a la víctima en los delitos de defraudación patrimonial. Un estudio sobre el alcance de la autoresponsabilidad de la víctima en las actividades económico-financieras*, Lima, 2011, pp. 33 y 34.

LEGALES EDICIONES

muerte de quien cruza descuidadamente la calle y es atropellado, pueden explicarse también por la imprudencia del conductor)[24].

En el contexto peruano, la propia Corte Suprema de la República considera a la teoría de la imputación como doctrina válida para el examen de tipicidad y la ha aplicado en diversos pronunciamientos, incluso en el Acuerdo Plenario N° 03-2010, la ha establecido como doctrina legal y ha obligado a todos los tribunales de justicia a invocarla[25]. Aquí, debo anotar que la validación más importante de la prohibición de regreso, como criterio de imputación objetiva, hecha por nuestra jurisprudencia es la realizada por el Pleno de la Corte Suprema, mediante el Acuerdo Plenario N° 03-2010, donde, en el marco de la discusión sobre la relevancia penal de la actuación de los abogados en defensa de personas acusadas por el delito de lavado activos, ha señalado que:

> "24. (...) *En principio porque se trataría de conductas lícitas en tanto realizan un acto permitido por la ley o en cumplimiento de deberes especiales ligados a la profesión.* (...) 25. *Para otros juristas la conducta del abogado que ejerce la defensa y recibe honorarios con dinero presuntamente ilegal también resulta atípica por ser adecuada socialmente y no generar en ella un grado de riesgo no permitido para el bien jurídico tutelado.* (...) 26. (...) *De allí que el abogado, el médico, los familiares dependientes, los empleados domésticos, los proveedores cotidianos, etc., que se relacionan con el titular de activos ilícitos originales o reciclados, en ese espacio específico y neutral, propios de sus negocios standard, no actúan premunidos por esa finalidad, ni proveen a aquel de esa consolidación lucrativa*".

24 MEDINA FRISANCHO, José; *La imputación a la víctima en los delitos de defraudación patrimonial*, Lima, 2001, p. 34.

25 PARIONA ARANA, Raúl; *"Consideraciones sobre la imputación objetiva y su consolidación en el Derecho penal peruano"*, en: PARIONA ARANA, Raúl / HEYDEGGER, Francisco R. (Coordinadores); *Imputación Objetiva*, Lima, 2015, p. 25.



LEGALES EDICIONES

## 2. EL CONCEPTO DEL DERECHO PENAL Y LA IDEA DE LA PENA EN EL SISTEMA FUNCIONAL

Una de las finalidades del poder punitivo corresponde evitar aquellos comportamientos que supongan una grave perturbación para el mantenimiento y evolución del orden social al que constitucionalmente se aspira a llegar[26]. El Derecho penal, en sentido amplio, es concebido como uno de los instrumentos con que cuenta la sociedad para poder garantizar la convivencia pacífica entre sus miembros. Empero, el Derecho penal no sólo tiene una finalidad represiva o sancionadora, sino que además implica dotar a la persona de ciertas garantías generales y específicas que lo protegen ante la eventualidad de ser sometido a un proceso penal y en último término ante la posibilidad de imposición de una sanción punitiva[27].

Para la teoría sistémica, el Derecho penal no se limita a proteger bienes jurídicos, sino a funciones. La confianza institucional en el sistema y la seguridad de los coasociados en su buen funcionamiento[28]. Este axioma inspira también su concepción «simbólica» de la culpabilidad. Para comprobar, fundamentar y graduar ésta no importa si el sujeto "pudo" y "debió" comportar-

26 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRES, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / GARCÍA RIVAS, Nicolás / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2° Edición, Praxis, Barcelona, 1999, p. 6. ROXIN, Claus; *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, Valencia, 2000, p. 69. JESCHECK, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig / F. Muñoz Conde, Vol. Primero, Barcelona, 1981, p. 16. DONNINI, Massimo; «Un derecho penal fundado en la Carta Constitucional: razones y límites. La experiencia italiana», en: *Revista Penal*, Julio, N° 8, 2001. SEGUÍ, Ernesto; *Límites al poder punitivo, coercitivo y normativo del Estado*, Rosario, 1993, pp. 9 y ss.

27 Para más detalles sobre los fines de la pena: PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, 3° Ed. Corregida y Aumentada, Grijley, Lima, 1997, p. 98. De la misma opinión: BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2° Edición, Editorial Eddili, Lima, 2002, p. 104-107.

28 GARCÍA PABLOS, Antonio; *Derecho Penal. Introducción*, Madrid 1995, p. 381. Este autor afirma que: "Al subsistema penal corresponde asegurar la confianza institucional de los ciudadanos, entendida dicha función como forma de integración en el sistema social (lo que en organizaciones elementales llevarían a cabo mecanismos espontáneos de confianza recíproca entre los individuos de una sociedad)".

LEGALES EDICIONES

se de otro modo; la exigencia funcionalista de restablecer la confianza en el Derecho mediante la contraposición simbólica de una pena será el criterio decisivo al respecto, exacerbándose así la concepción «normativista», que prescinde de todo contenido psicológico-cognoscitivo en el juicio de reproche.

La pena, según la teoría sistémica, cumple una función de prevención integradora (distinta de los objetivos «retributivos», de prevención "general" y "especial" que atribuyera a la misma la dogmática tradicional)[29]. Si el delito lesiona los sentimientos colectivos de la comunidad, lo tenido por «bueno y correcto», la pena «simboliza» la necesaria reacción social: aclara y actualiza ejemplarmente la vigencia efectiva de los valores violados por el criminal, impidiendo que se entumezcan; refuerza la convicción colectiva en torno a la trascendencia de los mismos; fomenta, encauza los mecanismos de integración y de solidaridad social, frente al infractor, y devuelve al ciudadano honesto su confianza al sistema[30].

La fundamentación de la pena en el Derecho penal funcional tiene dos momentos importantes: La pena en la postura normativista-funcional, tiene un significado comunicativo y confirma la vigencia de la norma, al menos en lo que se refiere a su función abierta, puesta en duda por el autor; por consiguiente, el juicio de culpabilidad sólo puede ser un juicio acerca de la falta de consideración de la norma por parte del autor, es decir, acerca de su falta de fidelidad al ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la culpabilidad es un déficit exteriorizado en un hecho consumado o en la tentativa de un hecho de fidelidad al ordenamiento jurídico, y los hechos psíquicos, en la medida en que son susceptibles de ser mostrados, especialmente el dolo y la conciencia de antijuridicidad, no son otra cosa que indicadores de tal déficit.

No obstante que la Constitución Política del Perú (art. 1) y el Código Penal (art. IX del Título Preliminar) señalan que la pena tiene una finalidad preventiva especial, no es óbice para

29 GARCÍA PABLOS, 1995; p. 382.

30 GARCÍA PABLOS, 1995; p. 382.



LEGALES EDICIONES

que, sobre la base de una interpretación progresiva y acorde con los nuevos avances de la dogmática penal, la finalidad de una sanción penal, en base a una teoría funcionalista del Derecho penal, que en su primera versión se determinó como *fidelidad del ciudadano hacia el derecho,*[31] hasta aquella postura actual que indica el *mantenimiento o estabilidad de la vigencia en la norma*[32]; es decir, la aplicación de la pena debe conseguir que la sociedad valore positivamente determinados intereses y tome conciencia del valor de los intereses protegidos en las normas penales. Antes que la intimidación y la inhibición de conductas que desafían el orden social generalmente aceptado, esta teoría persigue el reforzamiento de la confianza social en el Derecho y en el Derecho penal, como sub sistema que proporciona y constituye la confirmación de la identidad social. La sociedad es un sistema de comunicación normativa que no se adscribe al entendimiento de interacciones individuales ni responde a la noción de conjunto, orientada en atención a la comunidad.

La *prevención general positiva* se trata del marco de comprensión de la intervención jurídico-penal enarbolado por el Prof. Jakobs[33], pues debe entenderse teóricamente, como el ejercicio de reconocimiento de la norma, que debe prevalecer ante su lesión, para asegurar la existencia de los contactos comunicativos de los miembros de la sociedad (por ejemplo: la confianza del contacto, la disminución, a través de la norma, de los riesgos de fracaso, etc.)[34]. para esto se debe proceder de tres formas: 1) se debe confiar en la norma, en tanto todas las personas la deben respetar y sobre su base se deben fundamentar expectativas;

31 JAKOBS, Günther; «Culpabilidad y prevención», en: *Estudios de Derecho penal*, traducción de Carlos Suárez Gonzales, Madrid, UAM-Civitas, 1997, p. 79.

32 JAKOBS, Günther; *Imputación objetiva,* Universidad Externado de Colombia, 1999. El mismo: *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, traducción de Manual Cancio Meliá y otros, Lima, 2000, p. 26-63. En contra de ésta posición: MIR PUIG, Santiago; *El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.

33 REAÑO PESCHIERA, José Leandro; *Tres estudios de Dogmática penal*, Lima, 2010, p. 14.

34 Véase, en este sentido: POLAINO-ORTS, Miguel; "Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto", en: *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, tomo II, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 69. BACIGALUPO, Enrique; *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2004, p. 43.

LEGALES EDICIONES

2) se debe asignar a la pena una función preventiva en el marco social, de manera que no se considere al hecho como una forma de comportamiento alternativo, y; 3) de producirse el delito, aceptar sus consecuencias y la función de la pena como re-establecedora de la vigencia de la norma infringida.

En su conocido Libro *"Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre"*[35] de 1991, Jakobs tomó partido por la concepción hegeliana de la *pena*. Esta posición –la que significó determinar un *cambio radical* de Luhmann[36] a Hegel– fue resaltada por él mismo con mayor precisión y maduración teórica en su *"Der Zweck der Vergeltung. Eine Untersuchung anhand der Straftheorie Hegels"* de 2003, donde dio a conocer su postura afectiva respecto del fin de la retribución de la sanción penal, en la doctrina hegeliana.

Ese esquema básico presenta el innegable atractivo de su aparente simplicidad y su dinámica vivacidad dialéctica. Yo mismo he aplicado al Derecho penal un esquema semejante, [pero] en su vertiente hegeliana-funcionalista: la norma es la tesis, el delito la antítesis y la pena la síntesis que produce la reafirmación de la vigencia quebrada de la norma...[37].

## 3. EL ROL SOCIAL Y SU QUEBRANTAMIENTO

Se entendía por rol social aquel constructo que aglutina un haz de expectativas sociales que se vinculan en una sociedad

35 JAKOBS, G.; *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlín, 1991, 1/21. Hay traducción en español: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, traducción española por Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1995, pp. 22 y ss.

36 Sociólogo nacido en la ciudad de Lüneburg, Baja Sajonia, en 1927. Falleció el 6 de noviembre de 1998 en Oerlinghausen, Alemania. La teoría luhmanniana es considerada sumamente abstracta. Este hecho, junto con el supuesto conservadurismo político que radica en su teoría, ha hecho de LUHMANN un polémico en la sociología. Los últimos treinta años de su vida los dedicó al desarrollo de una teoría de la sociedad.

37 PACHECO MANDUJANO, L. A.; *La dialéctica del hecho social, valor y norma como definición ontológica del Derecho (Crítica marxista de la «Teoría Tridimensional del Derecho» del señor M. REALE)*, Centro de Investigación y Fondo Editorial de la Universidad Alas Peruanas, Octubre de 2008, Huancayo, *Sic.* ídem, p. XII.



LEGALES EDICIONES

dada al comportamiento de los portadores de posiciones (*positions* o *status*). El cúmulo de esas expectativas sociales, constituye el rol social. Así, el cumplimiento o defraudación de esas expectativas por parte del individuo no será sino la adecuación o desviación del rol social que le corresponde[38].

Los roles fijan un estatus de la persona en la sociedad, de tal modo que en la comunicación cada persona, en virtud del rol, puede distinguir los límites que separan al ámbito de organización propio del ajeno. Los roles fijan los contornos de las expectativas de los intervinientes en la comunicación personal. En base a esto se puede distinguir claramente, por ejemplo; el rol de médico, el rol de policía, o el rol de taxista, etc., de manera que el paciente cuando acude a un hospital no espera del médico que se comporte como un masajista cuando lo ausculte, del mismo modo el ciudadano de a pie espera de un taxista que no se comporte como policía mientras lo conduce a su destino[39].

Como el rol no se refiere a un individuo en particular, sino a una posición que puede desempeñarlo cualquiera, entonces aquí tiene sentido la expresión de Jakobs que se recoge en la sentencia en mención, de que el concepto de rol está referido a «un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables»[40].

Podemos distinguir –según Piña Rochefort– los dos ámbitos en que debe considerarse el rol. Por una parte, el recurso al rol resulta útil para la *determinación de la conducta prohibida* (o la permitida, según se mire). En este ámbito, lo único relevante es su *faz externa*, eminentemente social. Por otra parte también es preciso reconocer una *dimensión interna*, que atiende a la des-

38 PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio; "Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal", en: Eduardo Montealegre Lynett, Coord.; *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Tomo II, Bogotá, 2003, p. 43.

39 CARO JHON, José Antonio; *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Lima, 2003, p. 33.

40 CARO JHON, José Antonio; *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Lima, 2003, p. 34.

LEGALES EDICIONES

viación de la conducta del individuo respecto del rol que le toca desempeñar. Esta desviación puede recibir el tratamiento tanto de explicación de la defraudación (por ej., por una deficiente socialización, por un error) como el enlace de un modo de reacción (sanción)[41].

El portador de un rol –el ciudadano, la persona en Derecho– tiene, por lo general, dos posibilidades de actuación[42]:

- En primer lugar, *cumplir su rol,* esto es: acatar la norma. Adecuando su comportamiento personal al haz de derechos y de deberes inherentes al mismo. De manera que gestione su ámbito de organización conforme a lo que se esperaba de él como ciudadano cumplidor de su rol, fiel al Derecho y respetuoso de los demás (esto es, se comporta como persona en Derecho).

  En este punto, señalamos la crítica del Profesor Feijoo Sánchez en el sentido que "...no convence la propuesta de Jakobs para seleccionar objetivamente dichos conocimientos. El criterio objetivo no puede ser un concepto sociológico - el rol social (sino se quebranta el rol en el que uno se mueve, no se realiza tipo penal), sino un criterio recogido de forma expresa o tácita por una norma penal. De lo contrario sería bastante complicada la delimitación de roles, más allá de los criterios que nos ofrece el tipo (¿Existe el rol de vecino, de comprador de zapatos, el de taxista, el de deudor, el de alumno de quinta convocatoria, el de cantante de ópera frente al cantante de rock?)[43].

  Además, señala Feijoo, que el Juez Penal no enjuicia si alguien ha cumplido un determinado rol, sino si ha matado o lesionado. Por ejemplo, el no comportarse conforme al rol

41 Véase, en este mismo sentido: PIÑA ROCHEFORT; "Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal", *cit.*, p. 48.

42 Seguimos en este punto : POLAINO - ORTS, Miguel; *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal,* Lima, pp. 72 y 73.

43 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; *Imputación objetiva en Derecho penal,* Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima 2002, p. 140.

LEGALES EDICIONES

social de arrendatario solo es relevante para el Derecho civil. La relevancia comunicativa de un conocimiento, utilizando las palabras de Jakobs, pasa primero por la fundamentación de la relevancia comunicativa de una conducta (hecho típico como objeto del conocimiento actual o potencial). Los tipos desaprueban modalidades de conductas o contactos sociales que no pueden emprender los ciudadanos. Por ejemplo, servir un plato de comida envenenada no está permitido para nadie, ni aunque sea camarero. El objeto de imputación y de valoración no es un rol sino un ciudadano que desempeña un rol con ciertos límites en su libertad de actuación (límites determinados, por ejemplo, en las leyes penales)[44].

- En segundo término, ***infringir su rol***, o sea: quebranta la norma, lo que significa que no solo ha gestionado su ámbito de organización de manera incorrecta, apartándose de su rol, sino que ha quebrantado las expectativas sociales que, conforme al parámetro de relaciones interpersonales estaban depositadas en él. En este punto, la idea de la "imputación objetiva" como el quebrantamiento de un rol es una idea rectora que ha ido adquiriendo gradualmente mayor concreción por medio de una serie de institutos. A diferencia de Roxin, este autor no ha buscado casos concretos a los que aplicar soluciones *ad hoc*, sino que ha buscado soluciones a problemas generales.

La responsabilidad jurídico-penal siempre se fundamenta en el quebrantamiento de un rol. El rol se encuentra determinado por la información que se transmite en sociedad; si una persona comunica a las otras por medios de sus actitudes y/o tipos de transmisión; la sociedad le exigirá el cumplimiento de su rol como tal. Entre los roles de cuya infracción se trata cabe diferenciar fácilmente dos clases.

Por un lado, se trata de roles especiales que una determinada persona ostenta porque debe configurar junto con otras personas un mundo común más o menos completo; este es el caso,

LEGALES EDICIONES

44 FEIJOO SÁNCHEZ; 2002, pp. 140-141.

por ejemplo, del rol de padre –los padres deben formar con los hijos un conjunto–, 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 urgencia –deben actuar en caso de necesidad por quien no está en condiciones de ayudarse a sí mismo–.

## 4. EL CONCEPTO DE DELITO EN EL SISTEMA FUNCIONAL

El delito, es ante todo, la expresión simbólica de una falta de fidelidad hacia el Derecho: una amenaza para la integridad y estabilidad sociales, particularmente nociva cuando la infracción aparece de modo manifiesto, visible[45]. En otras palabras, la violación de una norma (delito) se estima socialmente disfuncional, no ya porque lesione o ponga en peligro determinados bienes jurídicos, sino porque cuestiona la «confianza institucional» en el sistema[46]. En ese sentido, la teoría sistémica, por ello, adopta un enfoque sintomatológico para el que preocupa más la manifestación de un hecho disfuncional que las causas del conflicto mismo que puedan generar aquél.

## 5. LOS TRES EJES FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL FUNCIONAL

Los tres ejes fundamentales del Derecho penal funcional son: la persona, la Sociedad y la norma. Véamos cada uno de ellos:

### 5.1. El concepto de persona

#### 5.1.1. *Aspectos generales*

Según Jakobs "ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible"[47].

Agrega el mismo Jakobs lo siguiente: "Las personas deben cumplir deberes y como puede añadirse de inmediato, son

45 GARCÍA PABLOS, Antonio; *Derecho Penal. Introducción*, Madrid 1995, p. 381.

46 GARCÍA PABLOS, Antonio; *Derecho Penal. Introducción*, Madrid 1995, p. 381.

47 JAKOBS, Günther; *Imputación objetiva en el Derecho penal*, Angel editor, 2001, p. 49.

LEGALES EDICIONES

también titulares de derechos, es en este contexto en el que la pregunta arriba mencionada obtiene su sentido pleno: ¿Cómo pudiste hacer tal cosa en cuanto persona, cuando las personas se constituyen a través de fidelidad al ordenamiento jurídico?[48]. Persona es, por lo tanto, el destino de expectativas normativas, la titular de deberes, y, en cuanto titular de derechos, dirige tales expectativas a otras personas; la persona, como puede observarse, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social"[49].

Existe una famosa de Hegel que resume el concepto de persona: "*sé persona respetando el derecho de las demás personas*". En otras palabras, persona es "todo aquel que presta fidelidad al ordenamiento jurídico con cierta fiabilidad tiene derecho a ser tratado como persona y quien no lleve a cabo esta prestación puede ser hetero-administrado, lo que significa que no será tratado como persona[50]; por ello son

48 JAKOBS, Günther; *Sobre la normativización de la dogmática-jurídico-penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá, y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, 2003, p. 19.

49 JAKOBS; *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, cit., p. 20. "Persona es algo distinto de un ser humano, un individuo humano; este es el resultado de procesos naturales, aquella un producto social (de lo contrario nunca podría haber habido esclavos, y no podrían existir las personas jurídicas). Este producto es en el caso de la persona física, –que es el que va a ser sometido a análisis– la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y una conciencia; lo mínimo es un cuerpo animado" (p. 21). "Por consiguiente, el mundo de las personas es un mundo de titulares de derechos, que de modo recíproco tienen el deber de respetar los derechos de otros, y en el ámbito de los delitos contra las personas, es esta relación jurídica la que vulnera el autor; la destrucción de cuerpos y cosas solo es delito en cuanto vulneración de una relación jurídica". (p. 27). En esta misma línea, se pronuncia: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; en: *El funcionalismo del Derecho penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs*, Botogá, pp. 74 y 75, "el esquema presentado aquí, el concepto de persona se limita al de persona en derecho. A quien no es persona se le denomina "individuo". Es más, el concepto de sociedad se refiere aquí solamente a comprensión normativa, es decir, a la comunicación social orientada estructuralmente. Todo lo demás es "espacio libre". Podrá ordenarse seguramente con criterios diversos –por interés coincidentes de los individuos, de acuerdo con la psicología de masas, bajo la suposición de una mano invisible o con muchos otros–, pero estos criterios, o bien no conducen más que a una comunicación instrumental, y eso último denota únicamente una suma de individuos, es decir, no alcanza el nivel de una sociedad estructurada".

50 JAKOBS, Günther / CANCIO, Meliá; *Derecho Penal del enemigo*, Thomson-Civitas, 2006, pp. 68-69.

LEGALES EDICIONES

dos condiciones que debe señalarse: el comportamiento de la persona debe estar *regido* por la normas y debe estar *adecuado* a dichas normas[51].

El concepto de persona no es una noción aislada sino un concepto social y además también un concepto normativo. No puede definirse el concepto de Sociedad al margen de la norma. Antes al contrario; persona es quien por lo general acata la norma, por ello también, quien receta los derechos en los demás cumpliendo sus propias obligaciones personales[52].

El concepto de persona es el fundamento sobre el que se asienta todo el sistema jurídico y social, incluido el sistema de responsabilidad jurídico-penal. Instituciones como el bien jurídico, la imputación (con todos sus principios: riesgo permitido, confianza, imputación a la víctima, prohibición de regreso), el concepto de acción o la noción de culpabilidad únicamente pueden definirse sobre la base del concepto jurídico-penal de persona[53]. Lo mismo sucede con el concepto de libertad. Por ello, para esclarecer la noción jurídico-penal de libertad, es preciso partir del concepto jurídico de persona. La persona no es un concepto aislado –un "individuo"–, sino un concepto social y, además también, un concepto normativo[54]. Desde esta óptica sistémica, el individuo no es más que un subsistema físico-psíquico, mero centro de imputación o adscripción de responsabilidades, del propio Derecho un instrumento de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas.[55]

---

51 Véase, en este sentido: POLAINO-ORTS, Miguel; "Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto", en: *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*; tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 97 y 98.

52 POLAINO - ORTS, Miguel; *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, Lima, 2012, p. 70.

53 POLAINO – ORTS, Miguel; *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, Lima, 2012, p. 41.

54 POLAINO – ORTS, Miguel; *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, Lima, 2012, p. 41.

55 GARCÍA PABLOS, Antonio; *Derecho Penal. Introducción*, Madrid 1995, p. 381. Este autor sostiene que: "Las teorías funcionalistas (radicales) tienen en común que trasladen el centro de atención al sistema social, subordinando a su buen funcionamiento –a la pro-

LEGALES EDICIONES

En ese sentido, el concepto de persona es, por lo tanto, el destino de expectativas normativas[56], o como algunos elegantemente han señalado la persona es titular de deberes, y, en cuanto titular de derechos, dirige tales expectativas a otras personas; la persona, como puede observarse, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social. Los detalles de ese punto de destino, que está construido con derechos y deberes, difieren de modo considerable dependiendo del contexto. En otras palabras, el concepto de «persona» es un concepto relativo; dicho con un ejemplo, un niño pequeño es jurídico-civilmente persona en la medida en la que puede ser propietario, pero no puede hacer declaraciones de voluntad por sí mismo, al carecer de capacidad de contratar, y tampoco puede actuar de modo jurídico-penalmente relevante a falta de capacidad de culpabilidad.

Persona es, en consecuencia, persona en Derecho, en tanto se define en función del contenido de su personalidad: esto es, según el conjunto de derechos y deberes jurídicos que caracterizan dicha personalidad y que fijan la posición del sujeto en el mundo social. Ello significa tres cosas esenciales[57]:

- De un lado, que el concepto de persona es netamente jurídico, normativo, y no una categoría natural, pre jurídica u ontológica.
- De otro, que la noción de persona (persona en Derecho) es una magnitud graduable: existirán conceptos más amplios y otros más angostos de persona en función del

---

ducción de un eficaz consenso, por tanto, y a sus equivalentes funcionales– cualquier valoración ética-política, individual o colectiva".

56 La persona en sociedad se encuentra enmarcada por parámetros de conducta, determinados por el contexto que rodea a su actuación en cada uno de dichos procesos de actuación; estos parámetros de conducta son determinados por la comunicación en sociedad, es decir cada rol determinado en sociedad se encuentra determinado por lo que cada una de las personas comunica de sí misma, lo que se vierte en las expectativas que se tiene en relación a ella; podemos señalar entonces que la responsabilidad que se puede determinar también a partir del reflejo que muestra una persona en relación a otra.

57 POLAINO-ORTS, Miguel; *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, Lima, 2012, p. 45.

LEGALES EDICIONES

contenido de derechos y de obligaciones de que disponga el sujeto en cada momento concreto.

- Finalmente, que el concepto de persona también se puede delimitar *ex negatione*: si la persona gana en personalidad en tanto disponga de derechos y deberes, la ausencia de derechos y deberes *menguará* proporcionalmente el concepto de persona, hasta el punto de su reducción al máximo jurídico permisible.

### 5.1.2. *El concepto de persona desde la perspectiva de la dignidad humana*

En esta parte coincidimos con García Cavero, en la cual "... consideramos correcto que la teoría del delito ponga la atención en el sujeto, pues un hecho solamente puede alcanzar relevancia penal si se pone en relación con un sujeto. No obstante, el fallo del finalismo fue definir el sujeto únicamente en función de sus capacidades individuales (estructuras lógico-objetivas), lo que significó dejar de lado su faceta social. El sujeto del Derecho penal no es solamente un individuo que lleva a cabo acciones, sino fundamentalmente una persona que interactúa socialmente[58].

El funcionalismo de corte sociológico ha destacado el aspecto social de la persona, aunque lo ha hecho con una radicalidad tal que ha negado la individualidad de la persona. Según este planteamiento, el sujeto del Derecho Penal está definido por el sistema social con sus criterios de ordenación, de manera tal que las capacidades individuales de la persona que no tienen reconocimiento social simplemente no existen[59]. En nuestra opinión, éste es el punto crítico del funcionalismo sociológico, pues la persona lleva tanto un aspecto social, como uno individual, no siendo posible ensombrecer algunos de estos aspectos.

En consecuencia, hay que ser tan críticos con Welzel por centrarse solamente en el aspecto individual de la persona,

58 GARCÍA CAVERO, Percy; *Derecho Penal. Parte General*, Segunda Edición, Lima, 2012, p. 342.

59 GARCÍA CAVERO; 2012, p. 342.



LEGALES EDICIONES

como con Jakobs por enfocarse exclusivamente en el aspecto social. El concepto clave para la estructuración de la teoría del delito es, sin lugar a dudas, la persona, pero no vista parcialmente en su capacidad individual o en su faceta social, sino recogiendo la integridad de su esencia[60].

La teoría del delito debe estar informada doblemente por el concepto de persona, pues el injusto penal se sustenta en una afectación a la persona. Sin embargo, no es suficiente con que la teoría del delito se haga a partir de una idea de persona, sino que el concepto de persona debe estar informado, por mandato constitucional, de la dignidad humana[61]; además que dicha persona no sólo actúe en el ejercicio individual de su libertad, sino que también resulta decisivo el aspecto social de la persona, el cual está constituido por su responsabilidad frente a los demás.

### *5.1.3. Excurso: sobre el concepto de enemigo en el Derecho penal funcional*

El perfil individual del sujeto, es decir, sus capacidades personales, la forma de cómo piensa y orienta su conducta de

60 GARCÍA CAVERO; 2012, p. 342.

61 GARCIA CAVERO, Percy; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2008, p. 272. Una posición crítica sobre la postura funcionalista del Derecho penal, véase en: GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, 2001, Bogotá, p. 75. "Esta concepción vulnera la dignidad humana y por lo mismo los postulados del Estado Social de Derecho. Además, no existen parámetros para establecer lo que es necesario para la restitución de la confianza y fidelidad en el Derecho, quedando la decisión al arbitrio del juez o del legislador. Lo grave es que la culpabilidad no dependería de lo que uno haga y cómo lo haga, sino de lo que al legislador y al juez le parezca necesario para el restablecimiento de la confianza en el ordenamiento. La culpabilidad quedaría dependiendo de factores que no tienen nada que ver con el sujeto. El sistema funcional de JAKOBS, parte de la premisa de concebir que el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad, se diferencia nuestro punto de vista en que entiende el sistema penal como un sendero hecho para proteger al individuo humano, al hombre como ser natural y como social, al hombre primero que al sistema. Por lo mismo, con esa visión que ubica al sistema por encima de los individuos, no se entiende a la sociedad como un sistema compuesto de sujetos, sino por personas en procesos comunicativos; es el "hombre comunicacional" el que interesa al Derecho penal, pues la sociedad es un contexto de comunicación que se estructura por normas o reglas de configuración".

LEGALES EDICIONES

acuerdo a su voluntad, son unos datos que *per se* no lo convierten en un sujeto imputable, porque esos datos sólo expresan un naturalismo irrelevante para la imputación jurídico-penal en vista de no tener significado normativo[62].

Con este lenguaje –adelantando la punibilidad, combatiendo con penas elevadas, limitando las garantías procesales–, es en términos Jakobs el *Derecho penal de los enemigos*[63]. Es decir, que la reacción punitiva enemiga trae como consecuencia inmediata la adopción de un sistema penal de *autor*, en contraposición a un sistema de comisión delictiva, donde el procesamiento y aplicación de la pena criminal tienen como fundamento las condiciones y características personales: eres terrorista de tal militancia, eres traficante de drogas de tal banda, eres funcionario público de tal agrupación, etc..

El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho penal pasa de ser una reacción de

62 CARO JOHN, José Antonio; *La imputación objetiva en Derecho penal*, Lima, 2000, p. 31. GARCÍA CAVERO, Percy; "La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú", en: Universidad Inca Garcilazo de la Vega. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, *Libro Homenaje*, Lima, 2007, p. 168. "Por esta razón, la responsabilidad penal no puede sustentarse actualmente en la capacidad de evitar un resultado, sino en la competencia para evitar efectivamente ese resultado. El conocimiento subjetivo que va más allá de lo querido no debería tener, en principio, efecto alguno en la imputación penal".

63 Véase, en este sentido: ALCÓCER POVIS, Eduardo; "El actual sistema penal anti-corrupción peruano. ¿Acaso un Derecho procesal penal del enemigo?", en: *Libro de ponencias, XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho penal y Criminología*, Universidad Nacional de Córdoba, 2003, p. 11. Fue JAKOBS quien lo introdujo al debate penal en dos etapas: en 1985 estaba vinculado a aquellos delitos que representaban una puesta en peligro y a delitos económicos; y en 1999 asignándolo a los delitos graves contra los bienes jurídicos individuales, especialmente vinculados al terrorismo. El concepto mismo de "enemigo" resulta sumamente amplio, porque lo que lo justifica es la presunta necesidad de un derecho penal dirigido contra los enemigos del sistema. Todo esto es muy peligroso, porque además no hay límites en la definición del concepto de enemigo: ¿quién es el enemigo?, ¿los asociados en el nacionalsocialismo, los judíos?, ¿los inmigrantes ilegales?, ¿los talibanes?, ¿son enemigos los somalíes para el sistema norteamericano? Lo que conduce a que, según la coyuntura política, definamos como enemigos a quienes nos convenga.

LEGALES EDICIONES

la sociedad ante el hecho de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo[64]. Puesto que el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos. El mismo Jakobs ha dicho que "... el Derecho penal de enemigos tiene que ser separado del Derecho penal de ciudadanos de un modo tan claro que no exista peligro alguno de que se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía o de cualquier otra forma en el Derecho penal de los ciudadanos"[65]. Este concepto de "enemigo" lleva implícito el tratamiento del imputado considerado como sujeto peligroso y no por su calidad de persona.

La importancia fundamental en el Derecho penal, por cuanto el concepto de persona, o de *ciudadano*, construido por normas, vendrá a determinar los criterios de imputación de responsabilidad jurídico-penal, y a establecer la imagen que el Derecho penal ha de tener (en un sentido normativo) del ciudadano un "rol" de destinatario de normas[66]. En otras palabras, el ciudadano presta el apoyo cognitivo de la norma, orientándose cotidianamente con base al Derecho. Un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía, no puede participar de los beneficios del concepto de persona.

El fenómeno de la corrupción en la administración pública es algo estructural a nuestras sociedades. En este orden de ideas, el legislador peruano como no podía ser de otra manera, promulgó diversas leyes cuya orientación le valió la denominación de "leyes anticorrupción"[67]. Así también

64 Vid., JAKOBS, Günther; "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", en: *RPCP*, N° 12, Lima, 2002, p. 315. Este autor avizora que "Si las apariencias no engañan, el número de enemigos no va a descender tan pronto, sino que posiblemente aumentará todavía más". (p. 316).

65 JAKOBS, Günther; "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", traducción de Enrique Peñaranda Ramos, en: *Fundamentos del Derecho Penal*, Buenos Aires, 1996, p. 238.

66 ALCACER GUIRAO, Rafael; *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Barcelona, 2003, p. 59.

67 Descubierta la red de corrupción liderada por Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos Torres la investigación siguió los conductos regulares. De esta manera se derivó al 41°

LEGALES EDICIONES

lo entendieron nuestras autoridades al poner en práctica el llamado subsistema penal anticorrupción, diseño caracterizado por poner en tela de juicio principios básicos de Derecho penal y procesal penal de irrestricta observancia en todo Estado de Derecho. Con este lenguaje –adelantando la punibilidad, combatiendo con penas elevadas, limitando las garantías procesales–, es en términos Jakobs el *Derecho penal de los enemigos*[68]. Es decir, que la reacción punitiva ene-

---

Juzgado Penal de Lima. En ese despacho se empezaron a visualizar los famosos "vladivideos" en coordinación con el Congreso de la República, la Procuraduría *Ad-hoc* y el Ministerio Público. El 28 de enero de 2001, el Presidente de la Corte Superior de Lima, Dr. Sergio Salas Villalobos, solicitó al Consejo Transitorio del Poder Judicial se le permita designar a seis jueces *ad-hoc* para que conozcan de estos casos de corrupción, dicha instancia absolvió dicho pedido autorizándole la designación de "...seis jueces Especializados en lo Penal para atender adecuadamente los procesos ya instaurados y los que se instauren como consecuencia de las investigaciones que se están realizando en diversos niveles en torno al ciudadano Vladimiro Montesinos Torres".

Si bien el Derecho penal no sólo se trata de prohibiciones y órdenes dirigidas a los ciudadanos, se trata también, de regular la actuación de los funcionarios estatales ante la sospecha de la comisión de un hecho punible. Estas normas procesales son de carácter técnico: estas normas establecen la posición del inculpado, del testigo, del perito o del perjudicado. Estas normas permiten, bajo determinados presupuestos, la revisión de sentencias revisadas conforme a Derecho, prohíben tribunales de excepción y subordinan la designación del juez competente a un mecanismo abstracto, mezcla de automatismo y casualidad, pretenden evitar un castigo por duplicado, establecen el derecho a guardar silencio y delimitan la frontera a la curiosidad pública. En definitiva, no sólo organizan el proceso penal; antes bien, establecen derechos y obligaciones, cuidan de su realización y ciñen la búsqueda de la verdad y la justicia a reglas y principios.

El Derecho penal resulta más barato, en el caso concreto resulta una respuesta dura, y en lo que se refiere al problema de la globalidad, promete cierta eficacia. Lo que defiendo es una actitud crítica y vigilante. El aseguramiento de las normas fundamentales a través de un proceso y una sanción pública necesita de una especial fidelidad a determinados principios que se manifiestan tanto en la amenaza de la pena, como el proceso penal y en la fase de ejecución de la pena.

68 Véase, en este sentido: ALCÓCER POVIS, Eduardo; "El actual sistema penal anti-corrupción peruano. ¿Acaso un Derecho procesal penal del enemigo?", en: *Libro de ponencias, XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho penal y Criminología*, Universidad Nacional de Córdoba, 2003, p. 11. Fue JAKOBS quien lo introdujo al debate penal en dos etapas: en 1985 estaba vinculado a aquellos delitos que representaban una puesta en peligro y a delitos económicos; y en 1999 asignándolo a los delitos graves contra los bienes jurídicos individuales, especialmente vinculados al terrorismo. El concepto mismo de "enemigo" resulta sumamente amplio, porque lo que lo justifica es la presunta necesidad de un Derecho penal dirigido contra los enemigos del sistema.



LEGALES EDICIONES

miga trae como consecuencia inmediata la adopción de un sistema penal de *autor*, en contraposición a un sistema de comisión delictiva, donde el procesamiento y aplicación de la pena criminal tienen como fundamento las condiciones y características personales: eres terrorista de tal militancia, eres traficante de drogas de tal banda, eres funcionario público de tal agrupación, etc.

Esto no hace más que confirmar que en el marco del modelo político criminal de los funcionarios públicos existe un "Neo-punitivismo" que se caracteriza por el recrudecimiento y exacerbación del poder punitivo en forma desmesurada, siendo afín, a modelos Político criminales autoritarios, como la administrativización del Derecho penal, el Derecho penal de Emergencia, la Tolerancia Cero[69], el Panpenalismo[70], la Expansión del Derecho Penal o Derecho Penal de Segunda Velocidad, el Derecho penal del Enemigo o Derecho Penal de Tercera Velocidad[71]. En definitiva, no queda duda que la exis-

---

Todo esto es muy peligroso, porque además no hay límites en la definición del concepto de enemigo: ¿quién es el enemigo?, ¿los asociados en el nacionalsocialismo, los judíos?, ¿los inmigrantes ilegales?, ¿los talibanes?,¿son enemigos los somalíes para el sistema norteamericano? Lo que conduce a que, según la coyuntura política, definamos como enemigos a quienes nos convenga. MUÑOZ CONDE, Francisco; *De nuevo sobre el "Derecho penal de enemigo"*, Buenos Aires, Hammurabi 2005, pp. 69 y ss.

69 *"Desde Nueva York, la doctrina de la tolerancia cero, instrumento de la legitimación de la gestión policial y judicial de la pobreza que molesta –la que se ve, la que provoca incidentes y desagrados en el espacio público y alimenta por lo tanto un sentimiento difuso de inseguridad e incluso, simplemente, de malestar tenaz e incongruencia–, se propagó a través del planeta a una velocidad fulminante."*. Así es como pronto surgieron sus matices a lo largo de todo el mundo y *"del otro lado del Atlántico, a principios de diciembre de 1998,"*... se puso *"en práctica una "tolerancia cero a la francesa"*...en Alemania surgiría la *"Null Toleranz", en la región de Francfort...que apresuradamente asimilada a la presencia indeseable de inmigrantes clandestinos ("Null Toleranz für straffälige Ausländer")"*, en Italia, *"el alcalde de Nápoles, Antonio Bassolino, hace suya la "Toleranza Zero""*, y así se le suman Sudáfrica, Nueva Zelanda, Brasil y la República Argentina; en "La mundialización de la tolerancia cero", en WACQUANT LOÏC; *Las cárceles de la miseria."*, Título original: *Les prisons de la misère*, 1ª Edición, 2ª Reimpresión, Editorial Manantial, Buenos Aires, 2006, pp. 32/40.

70 FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y Razón*, Traducido por Andrés Ibañez, Editorial Trotta, Buenos Aires, 1995, p. 702.

71 JAKOBS, Günther / CANCIO MELIA, Manuel; *Derecho Penal del Enemigo* Editorial Hammurabí, Buenos Aires, 2005. MUÑOZ CONDE, Francisco; *De nuevo sobre el "Derecho Penal*

LEGALES EDICIONES

tencia de un Derecho penal del enemigo, en la que bajo ciertos parámetros existe una legitimidad constitucional, podría ser reconducido el "sistema penal anticorrupción peruano" porque precisamente apunta a enjaular a un grupo de autores especialmente determinados (funcionarios públicos).

El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo[72]. Puesto que el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos. El mismo Jakobs ha dicho que "... el Derecho penal de enemigos tiene que ser separado del Derecho penal de ciudadanos de un modo tan claro que no exista peligro alguno de que se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía o de cualquier otra forma en el Derecho penal de los ciudadanos"[73]. Este concepto de "enemigo" lleva implícito el tratamiento del imputado considerado como sujeto peligroso y no por su calidad de persona. La asignación de Derecho penal del enemigo es una violación masiva de los Derechos Humanos.

Las especulaciones de Jakobs vienen a decirnos con toda claridad que los individuos privados de su dimensión social normativa elemental no forman parte de la comunidad de

---

*del Enemigo"*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005. RIQUERT FABIAN L - PALACIOS P., Leonardo; "El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones permanentes", publicado en *La Ley,* Revista Universitaria, Año V, nro 3, junio, Buenos Aires, 2003. MARÍN FRAGA, Facundo J.; *Derecho Penal del Enemigo*, Editorial La Ley, Suplemento Act 15 de febrero de 2005. AGUIRRE, Eduardo; *Consideraciones Criminológicas sobre el Derecho Penal del Enemigo;* publicado por Editorial Fabian Di Placido 10/12/2004. ITURBIDE, Alejandro R.; *Derecho penal del enemigo. Cíclico retorno al Derecho penal de Autor,* Editorial La Ley, Gran Cuyo, julio de 2006.

72 JAKOBS, Günther; "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente", en: *RPCP*, N° 12, Lima, 2002, p. 315. Este autor avizora que "si las apariencias no engañan, el número de enemigos no va a descender tan pronto, sino que posiblemente aumentará todavía más" (p. 316).

73 JAKOBS, Günther; "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", traducción de Enrique Peñaranda Ramos, en: *Fundamentos del Derecho Penal*, Buenos Aires, 1996, p. 238.

LEGALES EDICIONES

sujetos de derecho: sólo deben ser objeto pasivo de regulación estatal en función de los intereses de la colectividad en su conjunto o de ciertas "personas". Cuando estos individuos representan desde un punto de vista fáctico un "peligro" muy serio, esto es, cuando son una fuente de "riesgos" para la supervivencia del orden social establecido, deben ser sometidos a las directrices del "derecho penal del enemigo".

Una persona cuando delinque varias veces demuestra un desprecio por las normas de convivencia social, y se ha denominado "reincidentes" los mismos que forman parte del Derecho penal del enemigo[74].

La reincidencia es, sin duda alguna, una institución muy polémica. La finalidad de su inclusión responde a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial, basada en la mayor peligrosidad del sujeto. Esa calificación, como es evidente, tiene un alto valor simbólico social[75]. La agravación de la pena sólo se producirá cuando el sujeto manifiesta con su delito un menosprecio hacia el bien jurídico afectado y que no ha sido impresionado por la pena anterior, al punto de evidenciar que la sanción impuesta no le ha conducido a llevar un comportamiento social adecuado a la norma. Por lo que debe verificarse, en cada caso, si se le puede reprochar al autor, reincidente, que no haya tomado como advertencia la anterior condena[76].

El Tribunal Constitucional peruano, por lo demás, reconociendo la jerarquía constitucional del principio de culpabi-

74 Este concepto fue introducido en el debate por Günther JAKOBS, en dos etapas diferentes. En 1985 se produce la primera de ellas, bastante más amplia, en la que vincula el concepto de Derecho Penal del Enemigo hacia los delitos de puesta en riesgo y delitos cometidos dentro de la actividad económica. Mientras que a partir de 1999 surge una segunda fase orientada hacia delitos graves contra bienes jurídicos individuales, especialmente los delitos de terrorismo.

75 Véase, el Acuerdo Plenario Nro. 1 - 2008 de la Corte Suprema de la República, ASUNTO: Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena.

76 Véase, el Acuerdo Plenario Nro. 1 - 2008 de la Corte Suprema de la República, ASUNTO: Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena, donde cita la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, del dieciséis de enero de mil novecientos setenta y nueve, [BverfGE 50, 125 ss]

LEGALES EDICIONES

lidad, no consideró que la agravante de reincidencia era incompatible con el mencionado principio[77].

### 5.2. El concepto de Sociedad

Desde la óptica de los sistemas sociales, el sistema del Derecho puede entenderse como un (sub) sistema del sistema de la sociedad o bien un sistema parcial. Incluso, si se quiere, puede entenderse como una parcela de comunicaciones dentro del sistema social. Esta parcela de comunicaciones se reproduce a sí misma (autopoiéticamente) y su unidad está dada por su propia operación, no por el entorno. En otros términos son las propias operaciones del sistema las que establecen sus fronteras. Sólo ellas, conforme a sentido, determinan qué es sistema y qué es entorno, o lo que es lo mismo, determinan qué comunicaciones son Derecho y cuáles son[78].

Desde esta perspectiva, la teoría de Luhmann concibe la Sociedad como un sistema autorreferente y autopoiético que se integra de expresiones de sentido, de comunicaciones. A conti-

---

77 En sentencia anterior (STC 0003-2005-PI/TC, fundamentos 16-17), el Tribunal Constitucional 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"*. Prosigue: *"Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-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 44 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"*.

78 JAKOBS, Günter; "La Imputación Jurídico - penal y las condiciones de vigencia de la norma", en: Carlos Gómez-Jara Diez, (Editor); *Teoría de sistemas y derecho penal, Fundamentos y posibilidades de Aplicación*, Lima, 2007, p. 235.



LEGALES EDICIONES

nuación analizamos brevemente los elementos esenciales de esta definición[79]:

a) *Clases de sistemas y acoplamiento estructural* entre ellos: como punto de partida, Luhmann distingue tres clases de sistemas: los sistemas vivos, los sistemas psíquicos o personales y los sistemas sociales.

b) *La sociedad como sistema*: El hecho de que la Sociedad sea un sistema alude a una global conexión entre diferentes elementos, cuyas relaciones entre sí son cuantitativamente más intensas y cualitativamente más productivas que sus relaciones con otros elementos. El sistema es el ámbito en que se producen comunicaciones socialmente relevantes; el resto, no es sistema, sino entorno. En todo caso, entorno y sistema no pueden explicarse el uno sin el otro, sino que son conceptos no solo interrelacionados sino que cabe explicar con autonomía pero no con independencia uno respecto del otro; el entorno alcanza su unidad solo a través del sistema y solamente en relación al sistema[80].

c) *La Sociedad como sistema social:* La Sociedad no es más que un tipo de los sistemas sociales, que se caracteriza por el modo de operaciones de autoreproducción (autopoiesis) que adopta; la comunicación. De este modo la Sociedad como sistema (social) está integrada por expresiones de sentido comunicativamente relevantes.

d) *La Sociedad como sistema social autopoiético* (autorreferencial, autoreproductivo): El concepto de autopoiesis, incorporado por Luhmann a la teoría de los sistemas sociales proveniente de la Biología, significa que el propio sistema es capaz e idóneo para configurar la propia estructura y crear sus propios elementos integrantes. Autopoiesis es, por tanto, autocreación.

e) *La comunicación como mecanismo autopoiético del sistema social:* Sociedad es comunicación. Es decir, la Sociedad se com-

79 POLAINO NAVARRETE, Miguel; *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, con la colaboración de Miguel Polaino-Orts, Lima, 2004, pp. 27 y 28.

80 POLAINO NAVARRETE; Lima, 2004, pp. 27 y 28.

LEGALES EDICIONES

pone de comunicaciones, de expresiones de sentido con relevancia comunicativa. La comunicación es el mecanismo autopoiético u operación específica de los sistemas sociales. Allí donde hay comunicación, hay Sociedad y donde hay Sociedad (para la que haya) es necesario siempre comunicación[81].

Vigencia de la norma; vigencia de las reglas de aplicación de la norma. Una sociedad viene definida por el hecho de que, al menos, una norma está vigente. Sin embargo, la vigencia de una norma conduce a resultados relevantes cuando existe consenso sobre sus condiciones de aplicación, es decir, sobre las reglas de su aplicación. Por tanto, estas reglas son igualmente vigentes en este sentido[82].

### 5.3. El concepto de norma

Las normas son en palabras de Luhmann - *estructuras reflexivas de expectativas*. Las normas son expectativas de comportamiento estabilizadas contrafácticamente; es decir, contienen una expectativa normativa que incluye lo que se puede esperar ante lo contingente y, por otro lado, la aseveración de que no hay necesidad de aprender de la conducta del que defrauda la expectativa, sino que por el contrario, podemos mantenernos en la expectativa normativa[83].

---

81 CARO JOHN, José Antonio; en la "Presentación" al Libro de Polaino Navarrete, Miguel; *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas*, con la colaboración de Miguel Polaino-Orts, Lima, 2004, pp. 29 y 30.

82 JAKOBS, Günter; "La Imputación Jurídico - penal y las condiciones de vigencia de la norma", en: Carlos Gómez-Jara Diez (Editor); *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de Aplicación*, Lima, 2007, p. 231.

83 POLAINO ORTS, Miguel / QUINTERO, María Eloísa; *Acción social, comunicación e injusto penal*, ARA Editores, Lima 2010, p. 75. Estos mismos autores señalan con un ejemplo: "... la norma que sanciona las lesiones contiene una expectativa normativa: la misma nos dice que, del cúmulo de posibilidades que «el otro» –sujeto social– puede optar por realizar, no le están permitidas aquellas conductas que importen «atentar contra la integridad física de otro». Ahora bien, como la expectativa normativa no asegura que la misma se vea respetada, en otras palabras, como la norma no promete que el sujeto vaya a actuar conforme a Derecho, pero si protege a quien espera que lo haga, si se produce la defraudación de la expectativa (A dispara y lesiona a B), el Derecho reacciona ante esta infracción a la norma, ante este delito, y realiza así una estabilización contrafáctica de la expectativa normativa por medio de la aplicación de la pena" (p. 75).

LEGALES EDICIONES

Una Sociedad existe cuando está vigente al menos una norma. Por "norma" debe entenderse la expectativa de que una persona, en una situación determinada, se comportará de una manera determinada, y ciertamente, no como consecuencia del resultado de compensar la satisfacción con la insatisfacción, sino exclusivamente debido a su Ser-Persona (*Person-Seins)*[84]. En otras palabras, una norma no ordena el mundo bajo el esquema de la satisfacción/ insatisfacción de los individuos, sino bajo el esquema de los deberes/espacios libres de las personas, esto es, de los portadores de roles.

Una norma está vigente cuando determina el contenido de posibles comunicaciones, esto es, cuando la expectativa dirigida a una persona es estable[85].

La necesidad de aprobación de una norma se produce desde el momento en que surge la necesidad del regular un determinado sector social. O por mejor decir; desde el instante en que los integrantes del grupo social requieren de un indicador, de un foco o faro de guía, al que puedan vincular sus conductas sociales para satisfacer una determinada expectativa social[86].

Que la norma haya de tener cimentación cognitiva significa que ha de tener corrobación real. La norma, para ser norma, ha de ser socialmente realizable. Si no, se queda en papel mojado, en mera declaración pragmática de principios sin trascendencia real, una lista irrealizable de buenos deseos y mejores intenciones. Una norma vacía es irrealizable, una metanorma, o –por mejor decir– una norma meta sistémica, situada extramuros del sistema jurídico, que no interviene ni desempeña una función ni configura el sistema en el proceso social[87].

84 JAKOBS, Günter; "La Imputación Jurídico - penal y las condiciones de vigencia de la norma", en: Carlos Gómez-Jara Diez, (Editor); *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de Aplicación*, Lima, 2007, pp. 227-228.

85 JAKOBS, Günter; "La Imputación Jurídico - penal y las condiciones de vigencia de la norma", en: Carlos Gómez-Jara Diez, (Editor); *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de Aplicación*, Lima, 2007, p. 227-228.

86 POLAINO-ORTS, Miguel; *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo,* Lima, 2009, p. 258.

87 POLAINO-ORTS; 2009, p. 260.

LEGALES EDICIONES

La Sociedad es, como diría Jakobs, la realidad de la norma, o por mejor decir –la norma susceptible de ser realizada–, donde realización ha de entender como susceptibilidad de ser aceptada como criterio rector de la sociedad, de las relaciones entre personas. Y también como directriz susceptible de ser infringida[88].

Con ello quiere decirse que la aplicación real de la norma y su efectiva vigencia únicamente pueden producirse cuando la norma se dirija contra destinatarios idóneos (personas) y éstos acepten el contenido comunicativo de la misma como mensaje válido, orientando sus conductas con esa comunicación como foco de guía. La virtualidad de la norma no depende solo, pues, exclusivamente de sí misma como estructura aisladamente considerada, sino de la norma como un mensaje que relaciona persona y mundo social[89].

La norma penal cumple dos funciones esenciales[90]:

- En primer lugar *institucionaliza las expectativas sociales,* reflejando de manera oficial en la norma las expectativas vigentes que definen y conforman la Sociedad. Desde esta óptica, podríamos decir metafóricamente que la norma es un espejo.
- En segundo término, la norma cumple la *función de orientar las conductas de los ciudadanos en la Sociedad.* Desde esta perspectiva, la norma es un foco o un faro de guía.

Toda norma jurídico-penal sirve como vehículo de institucionalización de expectativas sociales vigentes. La institucionalización de las expectativas consiste, pues, en un proceso o *iter* normativo que tiene, esencialmente, los siguientes pasos o estadios[91]:

- Primero, el legislador ha de proceder a la selección de las expectativas: de la misma forma que el entomólogo caza ma-

88 POLAINO-ORTS; 2009, p. 261.

89 POLAINO-ORTS; 2009, p. 267.

90 En este punto, seguimos a: POLAINO-ORTS, Miguel; *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el Nuevo sistema de Justicia Penal,* Ciudad de México, 2014, p. 94.

91 POLAINO-ORTS, Miguel; *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el Nuevo sistema de Justicia Penal,* Ciudad de México, 2014, p. 98.



LEGALES EDICIONES

riposas u otros insectos para estudiarlos zoológicamente, el legislador caza expectativas dentro del hábitat natural de la Sociedad para darle un carácter normativo y oficial creándolas en una norma jurídica.

- Segundo, cada expectativa seleccionada (no matar, no violar, no defraudar a la hacienda pública. etc.) es institucionalizada en una norma jurídica (delito de homicidio, violación, defraudación tributaria, etc.), de suerte que la norma es el vehículo de institucionalización de la expectativa y también de oficialización de la expectativa social: el modo en que el legislador presenta oficialmente la expectativa en Sociedad.
- Tercero, la expectativa institucionalizada es aquella que se refleja en el espejo de la norma, pero ese reflejo no es puramente formal sino esencialmente material: la expectativa no aparece en el espejo porque pasaba por allí sino que se ve reflejada en la norma porque integra y co-constituye de manera fundamental la estructura normativa de la Sociedad[92].

## 6. LOS DEBERES INSTITUCIONALES Y DE ORGANIZACIÓN EN LA DOCTRINA DE JAKOBS

Una opinión que está cobrando especial consideración en la doctrina penal es la sostenida por Günther Jakobs en la forma de estructuración de los sujetos garantes[93]. Este autor, en principio, gravita su centro de imputación del delito de omisión, no precisamente en la posición de garante, sino en una vulneración de deberes jurídicos[94]. En consecuencia, Jakobs no elabora la teoría

92 POLAINO-ORTS, Miguel; *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el Nuevo sistema de Justicia Penal,* Ciudad de México, p. 99.

93 En España seguramente el profesor Enrique BACIGALUPO sea el más significativo seguidor de Jakobs en la distinción entre deberes institucionales y deberes derivados de la organización. En su obra: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; *Derecho Penal. Parte General,* Lima, 2006, pp. 662 y ss., desarrolla los deberes de garantía propuesto por el Profesor Jakobs, lo cual da a entender que sigue la línea funcionalista en la omisión impropia en la posición de garante.

94 JAKOBS; 1997, p. 969, como "...ley requiere un deber de responder de carácter jurídico, la fuente debe proporcionar deberes jurídicos –y no, p. ej. "solo" morales–. Y como además se trata de delitos de omisión impropia tiene que ser de la importancia del deber jurídi-

LEGALES EDICIONES

del delito sobre la distinción entre comisión y omisión, sino entre deberes que provienen de la organización de la intervención del agente y deberes que provienen de la posición institucional de éste.

Por lo tanto, los delitos de dominio se corresponden con el ámbito de la organización de la propia actividad (donde es irrelevante que se trate de una acción o de una omisión) donde resalta los delitos de aseguramiento de la relación, injerencia, asunción de deberes –se trata de ámbitos de responsabilidad por peligros– y los delitos de infracción se refieren al ámbito institucional donde resalta las relaciones paterno-filiales, el matrimonio, relaciones de confianza, relaciones estatales de poder.

Así las cosas, los deberes en virtud de una competencia de organización –dominio para Roxin– es el primer fundamento de responsabilidad, y a ello se refiere a los *deberes generales de actuación*, que por ser persona está obligada a cumplir con deberes generales que le incumben a todos en igualdad de condiciones, siendo el deber más elemental el de no lesionar a los demás en sus bienes –*neminem laede*–. Siguiendo a Caro John, decimos que la "...existencia de los deberes generales hace que la libertad general de configuración que tiene cada persona no sea ilimitada, y de hecho tiene que haber límites a la libertad. Los límites a la libertad surgen de la posición jurídica que ocupa cada persona en sociedad, es decir, de su haz de derechos y obligaciones al que debe ajustar su conducta en su mundo socialmente configurado –nadie que viva en sociedad se comporta como un ermitaño que sólo respeta las normas de su convivencia–"[95].

---

co de omitir en los delitos de comisión". Desde esta perspectiva, existen autores como REYES ALVARADO, Yesid; "La imputación objetiva y el delito de enriquecimiento ilícito", en: *CDJP*, N 6, p. 99, que conecta la omisión impropia (posición de garante) con la teoría de la imputación objetiva. Este autor dice que: "...debe quedar claro es que dentro de esta particular concepción de la teoría de la imputación objetiva las denominadas "posiciones de garante", es decir, los deberes de conducta que socialmente le son impuestos a los miembros de una determinada comunidad tienen importancia en cuanto sirven de parámetro para establecer cuándo una conducta es creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado, sin que con ello se agote el juicio de imputación objetiva".

95 CARO JOHN; Art. Cit., 2003, p. 56.



LEGALES EDICIONES

La teoría formal de las calidades de garante encuentra vigencia en los planteamientos modernos del Prof. Jakobs sobre las llamadas competencias institucionales y organizacionales. En éstos últimos estamos ante los delitos de dominio, es decir, aquellos delitos en los que se castiga a un ciudadano por organizarse de una manera tal que se generen riesgos frente a terceras personas. Para poder ser garante en estos delitos es necesario que el ciudadano haya asumido la competencia concreta por el dominio del riesgo. Distinta es el caso de competencias institucionales, ya que el criterio del riesgo es reemplazado por la infracción de un deber institucionalmente configurado. Se trata de los delitos de infracción de un deber, en los que la posición de garantía no se determina por la asunción efectiva de una posición de dominio, sino por la vinculación formal establecida en virtud de una institución social específica, como la familia (padre-hijo o esposos) o los deberes estatales (funcionarios públicos)[96].

Los deberes positivos y negativos son aquellos que resultan de la necesidad de garantía de las relaciones entre personas en el interior de una sociedad. El hecho de que esta clase de deberes genere posiciones de garantía hace que la discusión sobre la limitación de los deberes negativos a prohibiciones y los positivos a mandatos es sobrepasada, pues los negativos contienen tanto la prohibición de causar lesiones a través de una actividad, como también mandatos de contener cursos lesivos. De igual forma, los deberes positivos contienen tanto prohibiciones como mandatos, y en verdad, esto no es más que el resultado de una vinculación jurídica en la que el contenido del deber está determinado por estrechas relaciones entre personas. Estos surgen de una realidad negativa que contiene una expectativa de omisión (no lesionar otra persona) y de una relación positiva porque la expectativa es de acción (proporcionar ayuda a una persona determinada)[97].

96 Véase, en este sentido: GARCÍA CAVERO, Percy; *La comisión por omisión en el Código Penal peruano*, texto mecanografiado (inédito).

97 PERDOMO TORRES, Jorge Fernando; "Algunas consideraciones dogmáticas sobre la regulación de la comisión por omisión en el Nuevo Código Penal colombiano", *cit.*, p. 466.

LEGALES EDICIONES

Planteada así la cuestión, la posición de garante, que en su momento constituyó elemento primordial y exclusivo en el delito impropio de omisión, –sólo si existe una posición de garante el sujeto tiene la obligación de evitar el resultado típico, y si es autor de un delito de comisión no se le exige ser garante, por lo tanto, no está obligado a evitar el resultado típico– actualmente se produce un movimiento contrario, empleándose en la comisión, las categorías de la omisión, teniendo en cuenta que lo decisivo en la formulación del Derecho (penal), no es la mera causación del cambio del mundo exterior, sino si se han defraudado las expectativas que los roles sociales conllevan y que se encuentran jurídico-penalmente protegidas[98].

Perdomo Torres dice que el "...fundamento para el surgimiento de deberes de garantía debe ser buscado directamente en la sociedad y, en verdad, no a través de abstracciones terminológicas como "posición social" o "rol social" (a pesar de que estos conceptos también cumplen aquí un papel importante), sino de la mano de aquellas condiciones básicas y necesarias para la configuración social, es decir, de la mano de aquellas circunstancias que garantizan la identidad normativa de la sociedad"[99].

Ello lleva a una responsabilidad en una doble vertiente: una responsabilidad de un ámbito de *organización*, en el sentido que las personas que están incursos en la omisión se les llaman garantes, y esto a su vez conduce a que los seres humanos configuran la realidad y responden si la configuran en un ámbito en que son otros los que están autorizados para configurarla. En segundo lugar, los seres humanos viven en el marco de ciertas vinculaciones características hacia los demás, esto es, ostentan determinados roles. Producen una defraudación si abandonan su rol; esto conduce a la responsabilidad por la lesión de una *institución*. Por ejemplo: el automovilista es garante de que el

El mismo: *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Santa Fe de Bogotá, 2001, pp. 148, 149 y 150.

98 En este sentido, SÁNCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Javier; "Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte", en: *CDJP*, N 7, 1997, pp. 303 y ss.

99 PERDOMO TORRES, Jorge Fernando; *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Santa Fe de Bogotá, 2001, p. 147.



LEGALES EDICIONES

empleo de su vehículo no produzca daño alguno, y "empleo" significa que, según en qué situación, no debe acelerar (y si a pesar de ello lo hace, realiza, porque actúa, un delito de comisión) o debe frenar (y si no lo hace, realiza –"comete"– un delito de omisión, porque no hizo lo que era correcto). En el ámbito de la competencia institucional es igual de simple superar el límite entre movimiento corporal y no-hacer-nada. Y no es otra cosa que aquél ámbito que Jakobs ha esbozado para el delito de comisión bajo el rótulo de "imputación objetiva", de esta forma la omisión se configura como omitir la salvación ante el peligro y sólo se responde si su abstención es determinante.

Es decir, que para el Prof. Jakobs si el sujeto apretó el acelerador de su automóvil o lo dejó de apretar en un momento determinado que finalmente provocó un accidente de tránsito, no tendrá transcendencia para el Derecho penal, ya que lo más relevante –en una posición normativa radical– es si el sujeto activo organizó un peligro que podría dañar a terceras personas (competencia por organización); o si al sujeto le incumbe un deber institucional que lo obliga impedir determinados resultados típicos (competencia por institución)[100], todo ello en el marco del rol que debe ostentar cada ciudadano en una determinada sociedad. Incluso una propuesta como la que propone los seguidores del normativismo penal radical no haría falta una cláusula cita en la Parte General del Código Penal –ni tampoco en la Parte Especial– para los delitos de omisión impropia ya que una lectura adscriptiva de los diferentes tipos penales no sería necesaria hacer todo el rodeo argumental pues la omisiones pueden dar pie también a una imputación penal, siendo sólo indispensable precisar en qué casos el resultado típico se le puede imputar a un omitente desde los delitos de la Parte Especial[101].

100 Véase, para más referencias: PERDOMO TORRES, Jorge Fernando; *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Bogotá, 2001, pp. 72 y ss. GARCÍA CAVERO, Percy; "Algunas consideraciones sobre el funcionalismo en el Derecho penal", en: Jaén Vallejo, Manuel (Dir.) Reyna Alfaro, Luis M. (Coord.); *Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al Profesor Dr. Enrique Bacigalupo en su 65 Aniversario*, Lima, 2003, pp. 166 y ss.

101 Véase, por ejemplo la propuesta para el derecho peruano de: GARCÍA CAVERO, Percy; *Derecho Penal. Parte Especial*, Lima, 2007, p. 620, para los delitos de defraudación tributaria.

LEGALES EDICIONES

En este parte resultan pertinentes las palabras del Prof. español Gracia Martín en relación a la crítica a la teoría del normativismo penal radical: "independientemente de que las exposiciones de cada una de las posiciones de garante en Jakobs –expresa Gracia Martín– podrían insertarse en el lugar sistemático correspondiente de los Manuales de Derecho civil, de Derecho administrativo, etc., sin que éstos acusaran ninguna contaminación penal a la vista de la orfandad jurídico penal de las posiciones de garante en tal exposición –por lo demás característico en todas las exposiciones semejantes de la doctrina dominante–, interesa subrayar aquí que no sólo el elevado número de posiciones de garante explicadas por Jakobs, sino sobre el hecho de que cada una de ellas revele tener una vida propia e independiente con respecto a las demás, conforma precisamente la lejanía de Jakobs –y, con él de la doctrina dominante de la comisión por omisión, de la que Jakobs no más que un exponente digno de mención– del modo de proceder a una –en palabras de Gimbernat– "fructífera aprehensión sistemática de los problemas y de las instituciones penales", y su completa inmersión, por el contrario, en una –también por Gimbernat denominada– "tópica exasperante y caótica""[102].

En otras palabras, cuando Jakobs habla de que el primer fundamento de la responsabilidad penal (competencia por organización) se relaciona con los deberes generales de actuación[103], el mismo que se está refiriendo al hecho de que cada persona, por ser persona, está obligada a cumplir deberes generales que incumben a todos en igualdad de condiciones, siendo el deber más general –y el primero que antecede a todos– el de no lesionar a los demás en sus bienes[104] –acuñado en el latín con la expresión

102 GRACIA MARTIN, Luis; "Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)", en: *Modernas Tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, pp. 427 y 428.

103 JAKOBS; *Estudios de Derecho penal*, Peñaranda/Suárez/Cancio (trads.), Madrid, 1997, p. 347.

104 JAKOBS; *Injerencia y dominio del hecho*, cit., p. 12. Todo ordenamiento regulador de la existencia de personas, esto es, todo orden social, contiene como *mínimo* el deber que se impone a toda persona de no dañar a otra persona. No existe la expectativa de que todos prestarán ayuda a todos, sino sólo la expectativa de que no se perturbarán.

LEGALES EDICIONES

*neminem laede*–; al mismo tiempo el estatus más general es el de persona en Derecho[105].

En otras palabras, en los "delitos de responsabilidad por organización –en virtud a que la relación del sujeto con el objeto material es puramente negativa (el deber de garante se agota en el deber de conservación del bien jurídico)– el fundamento de la imputación penal se levanta sobre la infracción del deber negativo: "no dañar esferas de libertad ajenas"[106], o lo que es lo mismo, sobre una organización defectuosa autorresponsable.

Esto se debe, a que sobre el instituto de la autonomía en la organización de los comportamientos (competencia por organización) que poseen las personas, se construye la máxima "no crees riesgos prohibidos en ámbitos de competencia ajenos para que exijas a los demás que menoscaben los tuyos", o dicho de otro modo "si quieres ser libre deja de ser libre a los demás, pues el respeto de tus ámbitos de libertad es la consecuencia de respetar los fueros de organización de tus semejantes"[107].

La existencia de deberes generales hace que la libertad general de configuración que tiene cada persona no sea ilimitada, y de hecho tiene que haber límites a la libertad[108]. También Bacigalupo ha definido el principio *neminem laedere*, como aquél principio que establece que todos los ciudadanos son libres de configurar sus propias actividades y tareas personales, con la contrapartida de responder por los daños que ello cause a los demás[109].

---

105 JAKOBS, Günther; *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, traducción de Manual Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, 2003, p. 108. POLAINO-ORTS, Miguel; *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, Lima, 2012, p. 70.

106 URQUIZO OLAECHEA, José / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelsón; "Responsabilidad penal del directivo de la empresa en el Código Penal peruano. Competencia por organización y naturaleza normativa del injusto de resultado lesivo en los supuestos de comisión por omisión", en: *Dogmática Penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann*, Volumen I – USMP, p. 282. BENAVENTE CHORRES, Hesbert; *La omisión: concepto e imputación objetiva*, Buenos Aires, 2007, p. 191.

107 URQUIZO OLAECHEA / SALAZAR SÁNCHEZ; *"Responsabilidad penal del directivo de la empresa en el Código Penal peruano". Competencia por organización y naturaleza normativa del injusto de resultado lesivo en los supuestos de comisión por omisión"*, cit., p. 282.

108 CARO JOHN, José Antonio; *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho penal funcionalista*, Lima, 2010, p. 72.

109 BACIGALUPO, Enrique; *Principios de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Madrid, 1997, p. 406.

LEGALES EDICIONES

El rol general de ciudadano se fundamenta en la separación de esferas de organización entre los ciudadanos y en la autonomía organizativa que cada uno tiene dentro de las mismas[110]. En la medida en que se trata de una separación de esferas, el ciudadano responde únicamente por su propia organización[111]. Las competencias de organización se expresan en los siguientes deberes especiales: a) los *deberes de aseguramiento* que pueden los deberes del tráfico, estos deberes pueden infringirse mediante acciones u omisiones, que denotan una infracción al rol general del ciudadano; y b) Los *deberes de salvamento*, que pueden ser de *asunción de riesgos* ubicados ya en otras esferas de organización; así también pueden ubicarse los deberes de salvamento en la introducción de riesgos de conductas *previas especiales de carácter peligroso (injerencia)*.

El aspecto esencial de esta libertad consiste en que cuando uno actúa tiene la obligación de organizarse de manera que garantice que los intereses de terceros y de la comunidad no sean dañados o puestos en peligro. De esta organización del espacio personal de actuar se deriva la responsabilidad de no aumentar los riesgos para los bienes jurídicos de terceros. Por lo tanto, forman parte de este ámbito los deberes de dominio de las fuentes de peligro y aquellos relativos a los actos de injerencia en la esfera jurídica de otras personas[112].

Por ende, para Jakobs, en el ámbito de organización de la conducta, se dan situaciones en que la comisión y la omisión son prácticamente convertibles, generando que quien utiliza la libertad de actuar de modo que no es posible evitar daños en otros sin emplear esfuerzo, debe soportar ese empleo de esfuerzo[113].

---

110 LESCH; *Intervención delictiva e imputación objetiva*, traducción de Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Bogotá, 1995, pp. 67 y ss.

111 GARCÍA CAVERO, Percy; *Lecciones de Derecho Penal*, Lima, 2008, p. 292.

112 BENAVENTE CHORRES, Herbert; *La omisión: concepto e imputación objetiva*, Buenos Aires, 2007, p. 187.

113 BENAVENTE CHORRES, Herbert; *La omisión: concepto e imputación objetiva*, Buenos Aires, 2007, p. 191.

LEGALES EDICIONES

# JURISPRUDENCIA RELEVANTE

## AUTO DE NO HABER MÉRITO A PASAR A JUICIO ORAL

**EXP. N° 00735-2012-0**
RESOLUCIÓN N°
///Villa María del Triunfo, veintidós
de octubre del dos mil catorce.-

**AUTOS Y VISTOS:** AVOCÁNDOSE: al conocimiento del presente proceso los señores Jueces Superiores: Andrés Cesar Espinoza Palomino (Presidente), Erwin Rojas Trujillo y James Reátegui Sánchez, quienes suscriben de conformidad con lo previsto en la Resolución Administrativa de Presidencia N° 1053-2014- P-CSJLIMASUR/PJ de fecha tres de octubre del año dos mil catorce, mediante la cual se establece la vigencia del colegiado de esta Sala Penal. Interviniendo como Magistrado Ponente el señor Juez Superior **James Reátegui Sánchez;** vista la causa tal como se advierte de la razón de Relatoría que antecede; **de conformidad con lo opinado por el Fiscal Superior Penal** en su dictamen de folios cuatrocientos sesenta y tres a cuatrocientos setenta y tres, subsanado de folios quinientos treinta a quinientos treinta y uno;

**PARTE EXPOSITIVA:**

**I. ASUNTO:**

La Segunda Fiscalía Superior Penal Transitoria del Distrito Fiscal de Lima Sur, en su dictamen fiscal de folios 463 a 473 subsanado a folios 530 a 531, ha opinado de la siguiente manera:

- No hay mérito a pasar a Juicio Oral contra: **WILFREDO CORAS GÓMEZ (REO EN CÁRCEL)** como presunto autor del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud **–Feminicidio en Grado de Tentativa–**, en agravio de María Elena Afata Molina.
- Se disponga la **SUMARIZACIÓN** del presente proceso respecto a los demás extremos, del delito de Microcomercialización de Drogas y Tenencia Ilegal de Armas.

**II. IMPUTACIÓN FÁCTICA:**

Se incrimina a **WILFREDO CORAS GÓMEZ**, que el 11 de noviembre del 2012, siendo aproximadamente las 14:15 horas,

LEGALES EDICIONES

se hizo presente la persona de la agraviada María Elena Afata Molina domiciliada en AA.HH. Fronteras Vivas Mz. B Lote 7, Pamplona Alta del distrito de San Juan de Miraflores denunciando que su pareja sentimental el denunciado **WILFREDO CORAS GÓMEZ** la había agredido con golpes de puño y patadas para luego botarla de la casa donde viven, todo a consecuencia de una discusión debido a que su menor hijo había tenido una caída y al haberle reclamado también que su sobrino CESAR EDUARDO MELQUIADEZ CORAS se había quedado a dormir, motivo por el cual fue agredida físicamente y amenazándola habiendo efectuado el agresor un disparo con un arma de fuego, por lo que luego de interpuesta la denuncia personal policial de la Comisaría del sector se constituyó a su domicilio mencionado se halló una pistola con serie AA12150 modelo CT 380-F calibre 380 con su respectiva cacerina abastecida con dos proyectiles, así mismo se encontró en un estante de dicho domicilio una cajetilla de cigarros de marca Pall Mall en cuyo interior contenía una bolsa de polietileno con una sustancia que según el análisis preliminar de drogas de fojas 41 resultó Clorhidrato de Cocaína con 25 gramos de peso neto, motivo por el cual los denunciados fueron intervenidos y conducidos a la Comisaría del sector.

**III. FUNDAMENTOS DE PEDIDO DEL MINISTERIO PÚBLICO:**

El Fiscal Superior Penal, en su dictamen fiscal de folios 463 a 473 subsanado a folios 530 a 531, ha fundamentado su pedido de la siguiente manera:

**A.-** Que se advierte del análisis de los hechos, que no existen indicios suficientes que puedan acreditar la responsabilidad penal del instruido **WILFREDO CORAS GÓMEZ** por el delito de tentativa de Feminicidio; al respecto es importante señalar que se cuenta con la sola sindicación de la agraviada, la cual no tiene valor probatorio por qué no goza de las garantías de certeza establecidas en el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116.

**B.-** Que, en cuanto a la **ausencia de incredibilidad subjetiva,** tanto la agraviada como el procesado se conocen, porque son convivientes, con dos hijos producto de su relación, sumado a ello, debe tenerse en cuenta que tanto el procesado **WILFREDO CORAS GÓMEZ** en su manifestación policial y la agraviada María Elena Afata Molina en su declaración preventiva han se-

LEGALES EDICIONES

ñalado que el conflicto se inició debido al accidente que sufrió su menor hijo mientras este se encontraba al cuidado de la agraviada y que la denuncia formulada en este extremo, fue en razón al resentimiento generado por la agraviada al descubrir mensajes en el celular de su pareja con los que se enteró de que éste le engañaba, por lo tanto, existen vicios en la sindicación. En cuanto a la **verosimilitud**, no existe coherencia y solidez en la declaración policial de la agraviada, la cual no halla corroboración periférica con la denuncia policial. En cuanto a la **persistencia en la incriminación**, si bien en el Atestado Policial la agraviada sindica a su cónyuge como la persona que la agredió propinándole golpes de puño y puntapiés, en su declaración preventiva reconoce que lo hizo por haberse encontrado molesta y decepcionada al descubrir una infidelidad del instruido.

**C-** Que si bien la agraviada hace referencia de que fue víctima de agresiones con golpes de puños y puntapiés, no obra en autos, el Certificado Médico Legal practicado a la agraviada, siendo así imposible dar cuenta de las lesiones sufridas por esta última, así como para corroborar la responsabilidad del procesado por los hechos denunciados.

**D.-** Que resultaría incorrecto sobreponer la posición de la mujer como víctima de un conflicto de pareja, hecho que se evidencia a detalle en el presente caso, cuando existe agresiones que no se pueden corroborar debido a la inexistencia de Certificado Médico Legal que así lo evidencie, agresiones que no tienen destino de matar como señala el tipo penal de Feminicidio, sino que bien podrían calificarse con el tipo de Lesiones por Violencia Familiar contenida en el artículo 121-B del Código Penal y debido a una incorrecta calificación de la conducta incriminatoria del sujeto activo, permite que estos sean exculpados del delito en el que realmente tienen responsabilidad penal.

**E.-** Que es importante resaltar que para la consumación del tipo materia de análisis, se requiere de *animus necandi*, es decir, intención de matar; en el presente proceso no se ha demostrado que el procesado haya realizado actos de premeditación, planificación o ideación para ultimar a su cónyuge, más aún si como ya se ha señalado, la agraviada sindicó primi-

LEGALES EDICIONES

geniamente al procesado en mención por los móviles de celos y despecho, reiterando además que no obran en autos, ni el Certificado Médico Legal que dé cuenta de las lesiones, ni el resultado de la Pericia Física y Balística que dé cuenta de los disparos realizados por el procesado con el arma incautada, de lo que podemos colegir, que no existen indicios suficientes para demostrar la responsabilidad penal del instruido en referencia por el delito de Feminicidio en Grado de Tentativa.

**PARTE CONSIDERATIVA:**

**IV. RESPECTO AL DELITO DE FEMINICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA:**

**PRIMERO**: Actualmente la dogmática penal en todas sus instituciones prácticamente se ha funcionalizado[114], y según la clasificación propuesta por el Prof. Günther Jakobs, la imputación penal se realiza sobre la base de dos criterios: por un lado, **la responsabilidad por deberes en virtud de competencia de organización**[115] y por otro lado, **la responsabilidad por deberes**

114 Véase, en este sentido por el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 *ASUNTO*: Nuevos alcances de la Prescripción, en el considerando 9°, donde ha señalado que la Autoría y Participación siguen criterios de clasificación normativa: *"El punto de partida dogmático está dado por la categoría de estos delitos: **de infracción de deber.** Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros –denominados delitos de dominio–. Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor –característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos–. El autor del delito –**de infracción de deber**– no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra".*

115 Este deber se relaciona con el primer fundamento de deberes generales de actuación, es decir, se está refiriendo al hecho de que cada persona, por ser persona, está obligada a cumplir deberes generales que incumben a todos en igualdad de condiciones, siendo el deber más general –y el primero que antecede a todos– el de no lesionar a los demás en sus bienes –acuñado en el latín con la expresión *neminem laede*–; al mismo tiempo el estatus más general es el de persona en Derecho.



LEGALES EDICIONES

**en virtud de competencia por una institución**[116]; ésta última se fundamenta en las instituciones positivas, las mismas que se configuran en los contactos de los ámbitos de vida en una sociedad. Estos deberes no tienen que ver con la violación de los límites generales de la libertad, sino con la inobservancia de los límites trazados por un estatus especial de carácter institucional[117]. Por esta razón la relación entre personas vinculadas institucionalmente tiene un contenido positivo, pues el deber se dirige a un determinado obligado especial, no para que simplemente «no dañe» los bienes de los demás, sino para que fomente y mantenga seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de peligro o de lesión.

Las instituciones pueden ser la relación paterno-filial, el matrimonio, la confianza especial y, para los deberes genuinamente estatales, las relaciones estatales de poder, la función policial de velar por la seguridad elemental para la ciudadanía y, por último, el velar por la sujeción a la ley de quienes están vinculados a la Administración Pública y a la Administración de Justicia, como principio fundamental del Estado de Derecho[118]. "Se trata, pues, de aquellas formas de relaciones sociales respecto a las cuales no existe –al menos en general– ninguna alternativa de organización"[119].

La figura penal del feminicidio (incorporado inicialmente por la Ley N° 29819, y luego modificada y reubicada por la Ley Nro. 30068) se encuentra dentro de la categoría de los delitos de infracción del deber porque el autor lesiona un específico deber institucional impuesto por deberes extra-penales que emanan del matrimonio, de las relaciones convivenciales entre parejas, los mismos que imponen entre los integrantes de esta institución, deberes de salvamiento, de protección y de vigilancia con respecto de sus bienes jurídicos.

116 JAKOBS, G.; *Derecho penal. Parte general*, trad. Cuello Contreras / Serrano González de Murillo, 2ª ed. Madrid, Marcial Pons, § 7/56 (p. 258).

117 CARO JHON, José Antonio; "Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber", disponible: *www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario* (20-10-2014); el mismo: *Manual teórico-práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*, Lima, 2014, p. 188; El mismo: *Normativismo e imputación jurídico-penal*, Lima, 2010, pp. 84 y ss.

118 JAKOBS; *Derecho penal. PG*, ob. cit., §§ 29/58 y ss. (pp. 994 y ss).

119 JAKOBS; *Derecho penal. PG*, ob. cit., § 29/58 (p. 994).

LEGALES EDICIONES

En otras palabras, en el delito de feminicidio, más allá de los aspectos de violencia de género, lo que se lesiona es la defraudación del "deber positivo" que debe garantizar una relación ya existente entre obligado (autor) y bien jurídico (institución), puntualmente *los deberes de asistencia y respetuo mutuo que debe de existir entre personas que hacen vida en común*, independientemente de su dominio del hecho o de la organización. Esta peculiaridad fundamental resulta imprescindible de valorar al momento de dosificar la pena concreta, dado que el injusto de este delito reviste una mayor gravedad que el injusto de un delito de homicidio simple, por la naturaleza *institucional* de los deberes infringidos del autor.

**SEGUNDO:** Ahora bien, el juzgamiento de los hechos con relevancia penal, deben ser objeto de una exhaustiva valoración, atendiendo a la concurrencia de las pruebas que hayan sido acopiadas o presentadas en el ínterin de la instrucción, las que deben ser conjugadas o cotejadas con los dichos de los sujetos procesales (en tanto éstas se constituyan en fuentes de prueba), llevando al juzgador a la verosimilitud o inverosimilitud de la incriminación que es analizada bajo los criterios de imputación objetiva. Siendo menester acotar, que en toda argumentación jurídica solo caben dos posibilidades, a) optar por la verosimilitud de la incriminación que inspira convicción sancionatoria, o b) optar por la no verosimilitud de la incriminación, ya sea por ausencia de pruebas, por la generación de una duda razonable, o por la imposibilidad de subsumir el comportamiento en los alcances del tipo imputado.

**TERCERO:** Que, del estudio y análisis de autos, existe la **sindicación** de la víctima María Elena Afata Molina, de haber sido víctima de agresiones físicas, así como de haber sido amenazada de muerte con un arma de fuego por parte de **WILFREDO CORAS GÓMEZ**, hecho ocurrido el 11 de noviembre del 2012 a las 13:00 horas aproximadamente, en el interior de un inmueble ubicado en AA.HH. Fronteras Vivas Mz. B Lote 7, Pamplona Alta del distrito de San Juan de Miraflores.

**CUARTO:** Que obra la sindicación de la víctima María Elena Afata Molina, en su declaración brindada en **sede policial** con presencia del señor Representante del Ministerio Público **(a fojas 15 a 17)**, dando explicación que el día de los hechos se



LEGALES EDICIONES

encontraba en el interior de su domicilio ubicado en AA.HH. Fronteras Vivas Mz. B Lote 7, Pamplona Alta del distrito de San Juan de Miraflores, que se hallaba caminando con su menor hijo Aron Coras Afata (04), que circunstancialmente su menor hijo se resbaló y cayó al piso, que su conviviente **WILFREDO CORAS GÓMEZ** reaccionó agrediéndola físicamente, que la agredió con golpes de patadas en la pierna y puñetes en el cuerpo y brazo, que le exigió que se vaya de la casa, que le apuntó con un arma de fuego de frente a su rostro, que la amenazó con matarla, que hizo un disparo al aire. Asimismo, ha relatado que el día de los hechos a las 00:30 horas aproximadamente, su conviviente **WILFREDO CORAS GÓMEZ** recibió un arma de fuego por parte de CESAR EDUARDO MELQUIADEZ CORAS quien llegó a su domicilio, así como pernocto y permaneció en la casa hasta su intervención por el personal policial.

**QUINTO**: Que, llegado a este punto, es preciso señalar que el **Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116** Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, cuyos párrafos nueve y diez constituyen precedente vinculante de aplicación para los órganos jurisdiccionales, establece una serie de reglas de valoración de las declaraciones de los agraviados sobre la base de los siguientes fundamentos: *"Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aún cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico* testis unus testis nullus, *tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:* ***a) Ausencia de incredibilidad subjetiva.*** *Es decir, que no existan relaciones entre el agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza;* ***b) Verosimilitud;*** *que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria;* ***c) Persistencia en la incriminación,*** *con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior." (resaltado y subrayado nuestro).*

LEGALES EDICIONES

**SEXTO**: De los actuados, se advierte que **no** existe **ausencia de incredibilidad subjetiva**, toda vez que al compulsar las declaraciones brindadas por la víctima María Elena Afata Molina, así como por el procesado **WILFREDO CORAS GÓMEZ**, se ha determinado que **momentos antes** de suscitados los hechos la víctima mantenía una relación de convivencia con el procesado, en el inmueble ubicado en AA.HH. Fronteras Vivas Mz. B Lote 7, Pamplona Alta del distrito de San Juan de Miraflores, que incluso en el inmueble vivían sus dos menores hijos, que el procesado ha tenido en el pasado una relación sentimental con una tercera persona producto de lo cual nacieron los menores Jhonatan y Brando de doce y diez años respectivamente, que su actual conviviente (María Elena Afata Molina) se ha enterado que viene pasando una pensión de alimentos a sus dos menores hijos producto de su anterior relación de convivencia, que incluso la víctima ha encontrado unos mensajes de texto en el celular del procesado donde se ha enterado que le habría sido infiel, que la víctima en el pasado ha denunciado al procesado por violencia familiar, que esto ha sido incluso declarado por la víctima antes indicada en su declaración preventiva, obrante a folios 297 a 298; que **momentos concomitantes** a los hechos, la víctima y el procesado continuaban con la relación de convivencia, que ambos se encontraban en el domicilio, que el procesado se enteró que su menor hijo se había caído al suelo, que se había lastimado, que el procesado recriminó a la víctima, la empujó, la agredió físicamente y la voto del hogar, que esto llevó a que la víctima lo denuncie; por lo que, es de apreciarse razonablemente **que han existido relaciones entre la víctima y el procesado basadas en el odio y resentimiento, que tendrían su origen en la relación de convivencia que mantienen y donde han sucedido situaciones de agresiones verbales y físicas entre ambas partes, del mismo modo antes de sucedidos los hechos, se ha advertido una situación de infidelidad por parte del procesado, e incluso agresiones físicas entre la víctima y el procesado**; que por su entidad están en condiciones de restarle fuertes dosis de credibilidad a la sindicación formulada por la víctima.

**SÉPTIMO**: Que, es de verse que la sindicación inicial formulada por la víctima María Elena Afata Molina, **no** goza de **verosimilitud**, esto es coherencia y solidez de su propia declaración. Asi-

LEGALES EDICIONES

mismo, es de apreciar que la sindicación o relato incriminador, no **está mínimamente corroborado** por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporan algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de **carácter periférico**, que consolida su contenido incriminador, y dota de este modo a la sindicación de aptitud probatoria.

**OCTAVO**: Que de los actuados, es de verse que no ha existido **persistencia en la incriminación** por parte de la víctima, toda vez que, la víctima al brindar su declaración preventiva en el local del Juzgado **(a fojas 297 a 298),** ha señalado que el día de los hechos se encontraba en el interior de su domicilio, que su hijo se resbaló cayendo al suelo, que su conviviente **WILFREDO CORAS GÓMEZ** se molestó, que le agarró, la empujó y la boto de su casa. Asimismo, ha referido no ratificarse del contenido de su denuncia, que el procesado en ningún momento la amenazó de muerte, que la denuncia la hizo motivada por odio al haber encontrado unos mensajes de texto en el celular de su conviviente donde se enteró que le era infiel con otra persona, que sentía cólera porque la había votado de la casa; siendo así de los actuados es de verse que no existe persistencia en la incriminación, donde la víctima se ha retractado en su sindicación.

**NOVENO:** Que es de verse que si bien la víctima María Elena Afata Molina en su acta de manifestación policial, obrante a fojas 18/21, ha brindado un relato explicando haber sido víctima de agresiones físicas; no es menos cierto que, de autos la víctima no ha cumplido con pasar un Reconocimiento Médico Legal, a efecto de que de una evaluación médica de integridad física se determine la gravedad de las lesiones físicas que presentara la víctima en el cuerpo, **no obrando en los actuados algún examen médico legal que determine las lesiones de la víctima y aportar mayores elementos de juicio para el debido esclarecimiento de los hechos, resultando necesario esta diligencia**

**DÉCIMO:** Que es de verse que si bien la víctima María Elena Afata Molina en su acta de manifestación policial, obrante a fojas 18/21, ha señalado que el procesado le apunto con un arma de fuego, y que efectuó un disparo al aire; no es menos cierto que, **no obra en los actuados algún examen de absor-**

LEGALES EDICIONES

**ción atómica en el procesado, que determine que se le halla encontrado elementos químicos compatibles con restos de disparo por arma de fuego, y aportar mayores elementos de juicio para el debido esclarecimiento de los hechos, resultando necesario esta diligencia.**

**DÉCIMO PRIMERO:** Que es de verse que si bien la víctima María Elena Afata Molina en su acta de manifestación policial, obrante a fojas 18/21, ha señalado que el procesado le apunto con un arma de fuego, y que efectuó un disparo al aire, con la finalidad de amedrentarla; no es menos cierto que, **no obra en los actuados algún examen de balística forense en el arma de fuego, que determine que el arma ha sido utilizada para disparar, que se encuentre en buen estado de conservación y normal funcionamiento, y aportar mayores elementos de juicio para el debido esclarecimiento de los hechos, resultando necesario esta diligencia.**

**DÉCIMO SEGUNDO**: Del estudio de autos, si bien se advierte que encausado ha sido detenido policialmente; también es cierto que, el procesado **WILFREDO CORAS GÓMEZ** en su declaración brindada en sede policial en presencia del Representante del Ministerio Público **(a fojas 18 a 21)**, así como en su declaración instructiva en el local del Juzgado **(a fojas 271 a 273)**, ha **negado** los cargos que se le incriminan de **manera uniforme, coherente y sólida.**

**DÉCIMO TERCERO**: En ese sentido, no existen elementos periféricos objetivos que doten de aptitud probatoria a la sindicación, por lo que, no existe medios probatorios que resulten suficientes para desvirtuar el estado de presunción de inocencia del encausado **WILFREDO CORAS GÓMEZ,** máxime si tenemos en consideración que, un juicio oral debe concretizarse en la medida en que durante la instrucción se haya acopiado información suficiente que permita un grado de certeza del delito y su relación con el supuesto autor, lo cual resulta indispensable en el presente caso, dada la naturaleza del delito incriminado.

**DÉCIMO CUARTO**: Este Colegiado Superior considera que revisados los actuados, las instrumentales y elementos probatorios acopiados tanto en investigación preliminar, como en la etapa de instrucción, en ninguna de ellas se ha determinado que el procesado **WILFREDO CORAS GÓMEZ** haya intentado



LEGALES EDICIONES

ultimar a la víctima, por no existir pruebas ni elementos probatorios periféricos que demuestren dicha actividad ilícita, no existiendo ningún elemento probatorio periférico de carácter objetivo, testimonial, pericial o documental que corrobore mínimamente la comisión del ilícito.

**DÉCIMO QUINTO**: El Colegiado evalúa que lo antes señalado, implica, que no se encuentra acreditada la participación efectiva del encausado en la producción del evento, toda vez que tal como se desprende de los actuados en etapa preliminar así como de las pruebas acopiadas en la instrucción, *existe insuficiencia probatoria*, y por otro lado el Ministerio Público concluye, compatible a lo antes afirmado, que no existen suficientes elementos de convicción de la comisión del evento delictivo.

**DÉCIMO SEXTO**: Estando a lo mencionado, no se puede establecer plenamente la participación del encausado en la comisión del ilícito penal; se aúna a lo precisado, que el principio jurídico de la necesidad de prueba, precisa que todos los hechos jurídicamente relevantes, aunque no sean discutidos por las partes, se deben comprobar por medio de un procedimiento judicial de prueba, en el que el Ministerio Público como defensor de la legalidad y titular de la carga de la misma, es el conductor directo o artífice de la investigación, aportando medios de prueba convenientes y útiles para la comprobación de un ilícito penal y de sus responsables, contribuyendo a que no quede la menor duda en el juzgador, de la responsabilidad del imputado, hecho que en el caso de autos no ha ocurrido.

Que, en la misma línea de análisis, precisamos que la imputación que formule el Ministerio Público, debe ser corroborada con prueba idónea, que persuada al juzgador que el imputado es el autor del hecho, pues de haber un vacío o una notable *insuficiencia probatoria*, debido a la ausencia de las pruebas, a que las practicadas hayan sido obtenidas ilegítimamente o que el razonamiento de inferencia sea ostensiblemente absurdo o arbitrario, el órgano judicial debe de aplicar como lógica consecuencia el principio de ***"Presunción de Inocencia"*** reconocido por el artículo 2.24. e) de la Constitución Política del Perú.

En orden al *onus probando*, la necesidad de afirmar la certeza de los cargos objeto de acusación –lo que importa que la duda

LEGALES EDICIONES

y aun la probabilidad descarta la imposición de una sentencia condenatoria– recae materialmente sobre el Fiscal, en cuanto titular de la acusación pública. Es el Ministerio público quien habrá de reunir aquella suficiente y necesaria actividad probatoria para destruir la presunción de inocencia, o mejor dicho, estado de inocencia.

**DÉCIMO SÉPTIMO**: Por otro lado, siendo una de las facultades del Ministerio Público, reconocida por la Constitución el ejercitar la acción penal, corresponde sólo a este en forma exclusiva incoar la acción penal y acusar; en tal sentido, en virtud al principio acusatorio, la falta de acusación impide la prosecución del proceso penal, dado que le corresponde a dicha institución fijar el objeto del proceso en su acusación fiscal.

Teniendo en cuenta lo antes señalado, resulta evidente como ya se dijo antes, que no se ha logrado establecer fehacientemente, que la conducta del encausado sea delictiva, por lo que habiendo el señor Fiscal Superior Penal opinado No Haber Mérito para pasar a Juicio Oral, corresponde declarar ***No Haber Mérito a pasar a Juicio Oral***, y ***archivar definitivamente*** los actuados en cuanto a este extremo, de conformidad a lo señalado en el primer párrafo del artículo 220 del Código de Procedimientos Penales.

**V. RESPECTO A LOS DEMÁS EXTREMOS, DE MICROCOMERCIALIZACIÓN DE DROGAS Y TENENCIA ILEGAL DE ARMAS:**

**DÉCIMO OCTAVO**: Que, en ese contexto, se advierte que si bien el presente proceso se inició bajo los alcances del proceso Ordinario, en el entendido que se trataba del delito Feminicidio en Grado de Tentativa delito previsto en el tercer párrafo del artículo 107 del Código Penal, en concordancia con el artículo 16 del Código Penal; que habiéndose archivado este extremo, el cual tenía naturaleza ordinaria, corresponde por consiguiente su reconducción al procedimiento Sumario, en cuanto, a los demás extremos, por los ilícitos penales de Microcomercialización de Drogas y Tenencia Ilegal de Armas, las mismas que tienen naturaleza Sumaria, conforme al artículo 1 y 2 de la Ley N° 26689, en concordancia con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 124; por tanto, este Tribunal considera que debe tramitarse la causa en la vía correspondiente y por

LEGALES EDICIONES

ende devolverse los actuados al Juez de la causa para que continúe con la tramitación conforme a Ley.

**VI. RESPECTO AL PEDIDO DE CORRECCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO:**

**DÉCIMO NOVENO:** Que, es de advertirse que, el Juez de la causa en su **Auto de Apertura de Instrucción** de fecha dieciséis de noviembre del dos mil doce, de fojas noventa a ciento dos, ha incurrido en un error, toda vez que, en la parte resolutiva de dicha resolución ha abierto instrucción contra dos procesados por el delito de Tenencia Ilegal de Armas, sin embargo se ha consignado como parte agraviada a la Sociedad, cuando lo correcto es el **ESTADO** representado por la Procuraduría Pública de Asuntos Jurídicos del Ministerio del Interior.

**VIGÉSIMO:** Ahora bien, de este modo se ha incurrido en un **vicio procesal subsanable** y que no afecta el sentido de las resoluciones finales del proceso. Por lo que, este Tribunal Superior está facultado para corregir en forma correcta a las partes por sus nombres correctos (Estado), conforme a lo señalado en el segundo párrafo del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, concordante y aplicable supletoriamente con el artículo 407 del Código Procesal Civil; debiendo este Sala Penal ***corregir*** el auto de apertura de instrucción antes referido.

**VII. RESPECTO A LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS PROCESADOS:**

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Que, el derecho de la libertad inmediata por exceso de detención, previsto en el numeral ciento treinta y siete del Código Procesal Penal, modificado por el Decreto Legislativo novecientos ochenta y tres, tiene como fundamento la inactividad judicial frente a la solución de un conflicto de intereses en un plazo razonable.

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** Que, en caso de autos, los acusados CÉSAR EDUARDO MELQUIADEZ CORAS (REO EN CÁRCEL) y WILFREDO CORAS GÓMEZ (REO EN CÁRCEL) se encuentra privado de su libertad desde el *once de noviembre de dos mil doce,* conforme es de verse de la constancia de detención policial que obra a folios trece y catorce respectivamente. Asimismo, es de precisarse que mediante el auto de apertura de instrucción de fecha dieciséis de noviembre del dos mil doce, obrante

LEGALES EDICIONES

a folios noventa, a los citados encausados se le dictó el mandato de detención.

**VIGÉSIMO TERCERO:** En ese sentido, conforme al artículo ciento treinta y siete del Código Procesal Penal y dada la naturaleza del proceso tramitado en vía Sumaria, la detención no durará más allá de nueve meses, empero, como ha sido puesto en conocimiento por el Tribunal Constitucional en la resolución recaída en el Expediente N° 2915-2004-HC. Fj 5, caso Berrocal Prudencio; ha precisado que: *"el plazo máximo de la detención aplicable a los procesos que versan sobre la generalidad de los delitos (...) se divide en razón al tipo de procedimiento en que debe ser merituada la causa, de manera tal que si se trata del procedimiento ordinario (denominado sumario por el Código de Procedimientos Penales), el plazo máximo es de nueve meses, y si se trata del procedimiento especial (denominado ordinario por el Código de Procedimientos Penales), dieciocho meses"*.

**VIGÉSIMO CUARTO:** Asimismo, el precitado artículo ciento treinta y siete, textualmente indica: "(...) *tratándose de procedimientos por delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado, el plazo límite de detención se duplicará*"; y a mayor abundamiento, cabe citarse al respecto, la sentencia recaída en el Exp. N° 330-2002-HC/TC, en la cual, el Supremo intérprete de la Constitución adopta la siguiente interpretación: *"tratándose de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, previstos en el primer párrafo del artículo 137 del Código Procesal Penal, el plazo límite de detención se duplicará automáticamente"*.

**VIGÉSIMO QUINTO:** Que, siendo esto así, debemos tener en cuenta para los fines de definir el plazo máximo de detención, el articulo ciento treinta y siete del Código Procesal Penal, establece nueve meses, periodo que resulta de aplicación al caso por tratarse de la vía procedimental Sumaría, asimismo establece duplica automática, duplica que resulta de aplicación por tratarse de un delito especial; y por ello conforme al



LEGALES EDICIONES

momento de su detención éste ha vencido en la fecha, habiéndose así cumplido los nueve meses más la duplica que señala el artículo ciento treinta y siete del Código Procesal Penal.

**VIGÉSIMO SEXTO:** Que, por otro lado el primer párrafo del artículo ciento treinta y siete del Código Procesal Penal modificado establece *"la detención durará dieciocho meses en el procedimiento especial (ordinario)...tratándose de procedimientos por delitos por tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguido contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado, el plazo límite de detención se duplicará"*; así también, el segundo párrafo de la norma antes acotada, establece: *"cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación y que los inculpados pudieran sustraerse de la acción de la justicia, la detención podrá prolongarse por un plazo igual"*.

**VIGÉSIMO SEPTIMO:** Que, llegado a este punto es preciso señalar, que si bien es cierto el Juzgado Mixto de Lurín de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur mediante Resolución de fecha dieciséis de noviembre del dos mil doce, de fojas noventa a ciento dos, resolvió abrir instrucción bajo los cauces de la vía procedimental Ordinaria, y que en el decurso del proceso esta Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur mediante Resolución de fecha nueve de mayo del dos mil catorce, de fojas cuatrocientos noventa y uno a cuatrocientos noventa y dos, dispuso de oficio duplicar de manera automática –por dieciocho meses– el plazo límite de detención decretado contra los imputados **CÉSAR EDUARDO MELQUIADEZ CORAS y WILFREDO CORAS GÓMEZ;** también es cierto que, en el decurso del proceso **han desaparecido las razones que motivaron la apertura de la instrucción bajo los cauces de la vía procedimental Ordinaria, y por lógica consecuencia, a disponer de oficio duplicar de manera automática** *–por dieciocho meses–* **el plazo límite de detención decretado contra los referidos imputados.**

**VIGÉSIMO OCTAVO:** En ese orden de ideas, se tiene entonces que la presente causa no reviste ninguno de los supuestos que prevé la norma adjetiva para proceder a la prolongación de la detención, toda vez que ***no*** tiene el carácter de proceso

LEGALES EDICIONES

complejo, dado que es seguida contra dos imputados, por lo que es evidente que *no* se trata de una organización criminal, asimismo, el número de agraviados no excede de diez, y, no se evidencian circunstancias que revistan especial dificultad en su tramitación, y además, dado que los Magistrados están obligados a proveer de las medidas del caso para garantizar la acción efectiva de la justicia en cautela de la defensa de la colectividad, es el caso de decretarse la medida coercitiva de comparecencia restringida y someter a loa acusados **CÉSAR EDUARDO MELQUIADEZ CORAS (REO EN CÁRCEL)** y **WILFREDO CORAS GÓMEZ (REO EN CÁRCEL)** a reglas de conducta; siendo así debe resolverse la situación jurídica del procesado.

**PARTE RESOLUTIVA:**

**DECISIÓN:**

En consecuencia apreciando los hechos, la pretensión formulada por el Ministerio Público y valorando los medios probatorios actuados en la presente causa, los señores Jueces Superiores que conforman la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur. Al amparo de los artículos 219, 220 y 221 del Código de Procedimientos Penales.

1. **CORREGIR:** el auto de apertura de instrucción de fecha dieciséis de noviembre del dos mil doce, de fojas noventa a ciento dos, que resolvió abrir instrucción contra CÉSAR EDUARDO MELQUIADEZ CORAS y WILFREDO CORAS GÓMEZ como presuntos autores del delito contra la Salud Pública - Tráfico Ilícito de Drogas –Microcomercialización de Drogas– en agravio del Estado, y como presuntos autores del delito contra la Seguridad Pública –Tenencia Ilegal de Armas–, en agravio de la Sociedad; a los efectos de tenerse contra CÉSAR EDUARDO MELQUIADEZ CORAS y WILFREDO CORAS GÓMEZ como presuntos autores del delito contra la Salud Pública - Tráfico Ilícito de Drogas –Microcomercialización de Drogas– en agravio del Estado, y como presuntos autores del delito contra la Seguridad Pública –Tenencia Ilegal de Armas–, en agravio del **Estado**.
2. **DISPUSIERON: NO HABER MÉRITO A PASAR A JUICIO ORAL** en la causa seguida contra **WILFREDO CORAS GÓMEZ (REO EN CÁRCEL)** como autor del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud **–Feminicidio en Grado de Ten-**



LEGALES EDICIONES

**tativa–**, en agravio de Celia Miranda Medrano, delito previsto en el tercer párrafo del artículo 107 del Código Penal, en concordancia con el artículo 16 del Código Penal; en consecuencia, **ARCHIVAR DEFINITIVAMENTE** lo actuado en cuanto a este extremo.

3. **DISPONER:** la **RECONDUCCIÓN** al procedimiento Sumario, en cuanto, a los extremos del dictamen del Fiscal Superior, por los ilícitos penales de Microcomercialización de Drogas y Tenencia Ilegal de Armas; **DEVOLVIÉNDOSE** para tal efecto los autos al Juzgado de origen para que proceda a la **SUMARIZACIÓN** del proceso al trámite correspondiente, conforme al artículo 1 y 2 de la Ley N° 26689, en concordancia con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 124.
4. **DEJAR SIN EFECTO:** la resolución de fecha nueve de mayo del dos mil catorce, de fojas cuatrocientos noventa y uno a cuatrocientos noventa y dos, que dispuso de oficio duplicar de manera automática el plazo límite de detención decretado contra los imputados **CÉSAR EDUARDO MELQUIADEZ CORAS y WILFREDO CORAS GÓMEZ**; a partir de la emisión de la presente resolución.
5. **LA INMEDIATA LIBERTAD** de los procesados CÉSAR EDUARDO MELQUIADEZ CORAS y WILFREDO CORAS GÓMEZ por exceso del plazo límite de detención sin haberse dictado sentencia, decretándose el **MANDATO DE COMPARECENCIA** con restricciones bajo las siguientes reglas de conducta: **a)** Registrar su huella digital en la Oficina Distrital de Control Biométrico de Procesados y Sentenciados Libres de esta Corte Superior de Justicia, **cada treinta días**, debiendo por Secretaría de Sala habilitarse el cronograma correspondiente; **b)** No variar, ni ausentarse del lugar de su residencia, sin autorización del juzgado; **c)** Comparecer personal y obligatoriamente al llamado de la autoridad judicial las veces que sea requerido; **d)** No acudir a lugares de dudosa reputación; **bajo apercibimiento de revocársele la comparecencia decretada por el mandato de detención en caso de incumplimiento**; respecto a la instrucción que se le sigue por el delito contra la Salud Pública - Tráfico Ilícito de Drogas –Microcomercialización de Drogas–, en agravio del Estado, y por el delito contra la Seguridad Pública –Tenencia Ilegal de Armas–, en agravio del Estado.

LEGALES EDICIONES

6. **LA EXCARCELACIÓN:** en el día de los acusados CÉSAR EDUARDO MELQUIADEZ CORAS y WILFREDO CORAS GÓMEZ cursándose los oficios respectivos para tal fin, siempre y cuando no exista mandato de detención o requisitoria vigente en su contra emanado de autoridad judicial competente; debiendo ***precisar*** que su internamiento se efectivizó mediante **Oficio N° 02361-2012-JPTTPCSJLSUR** de fecha diecisiete de noviembre de dos mil doce y **Oficio N° 02361-2012-JPTTPCSJLSUR** de fecha diecisiete de noviembre de dos mil doce [corriente a folios ciento trece y ciento catorce de autos].
7. **ORDENARON:** Que, consentida o ejecutoriada que sea la presente, se cumpla con la anulación de los antecedentes que se hubieren generado en su contra, dentro del marco del presente proceso penal.
8. **DEVOLVER:** los actuados al Juzgado de origen para los fines de ley. **Oficiándose, notificándose y lo devolvieron.-**

**ESPINOZA PALOMINO / ROJAS TRUJILLO / REÁTEGUI SÁNCHEZ**

## EL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

**Sentencia de la Segunda Sala Penal Transitoria de Lima Sur Corte Superior de Justicia de Lima Sur**

**EXPEDIENTE: N° 35 - 2010**

**DD. REÁTEGUI SÁNCHEZ**

Villa María del Triunfo, veinticuatro de
Setiembre del dos mil catorce.-

**VISTOS:** En audiencia pública la causa seguida contra: **ALFONSO TORIBIO URBINA GALLESE (REO LIBRE)**[120] como presunto coautor del delito contra la Administración Pública –Delito cometido por Funcionarios Públicos– **PECULADO,** en agravio del Estado, representado por la Municipalidad Distrital de San Juan de Miraflores.

120 Identificado con número de DNI 06647484, de sesenta y nueve años de edad, haber nacido el veintisiete de abril del año mil novecientos cuarenta y cuatro, casado, hijo de don Juan y Doña Alicia, de ocupación Contador, grado de instrucción Superior con domicilio en Calle El Mastil Mz. B Lt. 10 departamento 201 –La Calesa– Santiago de Surco,

LEGALES EDICIONES

**RESULTA DE AUTOS:**

Que, en mérito a la Denuncia interpuesta por el Procurador Público Municipal de la Municipalidad de San Juan de Miraflores y recaudos obrante de folios 1 a 153, el Representante del Ministerio Público procede abrir investigación Policial mediante Dictamen de fecha catorce de junio del año dos mil siete obrante a folios 154, estando al resultado de las investigaciones policiales contenidas en el atestado policial de folios 155 a 219 mediante Dictamen de fecha 22 de enero del 2008 la Fiscalía de Provincial Penal de San Juan de Miraflores resuelve ampliar la investigación a nivel Fiscal, luego de recaudado las investigaciones fiscales y la denuncia de la Fiscalía de Provincial Penal de San Juan de Miraflores, de folios 484 a 488, asimismo mediante Auto de fecha 19 de Octubre del 2009, de folios 493 a 497, el Juez del Juzgado Penal del Módulo Básico de justicia de San Juan de Miraflores, emitió el Auto de Apertura de Instrucción; habiéndose llevado la causa conforme a los cauces, que a su naturaleza Ordinaria corresponde, concluida la instrucción se elevaron los autos a este Superior Colegiado, habiendo el Fiscal Superior emitido su dictamen acusatorio, que corre a folios 601 a 607 y su Dictamen ampliatorio de fojas 612 a 617, por cuyo mérito la Sala dictó el Auto Superior de Enjuiciamiento de fecha 16 de abril del 2014, de folios 622 a 625, se señaló lugar, día y hora para el inicio del Juicio Oral; el que se realizó conforme las actas propias de dicho debate; oída la requisitoria oral por la señora Fiscal Adjunto, producidos los alegatos de la defensa técnica y la defensa material del acusado, con las conclusiones escritas correspondientes; la causa se encuentra expedita para emitir sentencia; y,

**CONSIDERANDO:**

**I. IMPUTACIÓN FÁCTICA:**

Fluye de la investigación que la Sub Gerencia de Tesorería de la Municipalidad de San Juan de Miraflores, mediante informes N° 21 y 554 – 2005 SGT/MDSJM de fecha doce de abril y veintitrés de noviembre del año dos mil cinco, así como del informe Final N° 002-06-CEM-SM-MDSJM e informe largo de Auditoría Financiera Cooperativa – Ejercicio – Económico 2004, se dio cuenta de los faltantes de los comprobantes de pago de vincu-

LEGALES EDICIONES

lados a los cheques que en copia fedateadas obran a fojas 259 a 261, girados en el mes de mayo del año 2004, los cuales son:

| CHEQUES | MONTO | FECHA DE COBRO |
|---|---|---|
| 58 | s/. 24.521.60 | 27/05/2004 |
| 59 | s/. 22.500.00 | 25/05/2004 |
| 60 | s/. 31.635.80 | 27/05/2004 |
| 89 | s/. 25.000.00 | 09/06/2004 |
| 117 | s/. 30.000.00 | 01/06/2004 |
| 383 | s/. 35.000.00 | 28/06/2004 |
| 2056 | s/. 8.767.50 | 12/02/2004 |
| 2184 | s/. 10.500.00 | 12/02/2004 |
| 2298 | s/. 15.000.00 | 09/03/2004 |
| 2351 | s/. 24.480.00 | 09/03/2004 |
| 2429 | s/. 6.025.00 | 23/03/2004 |
| 2430 | s/. 2.920.00 | 23/03/2004 |

Imputando a los acusados Giovanni Fernando Risco Mori y Alfonso Toribio Urbina Gállese en su calidad de Sub Gerente de Tesorería y Gerente de Administración respectivamente de la Municipalidad de San Juan de Miraflores haber emitido y autorizado dichos cheques, sin contar con el sustento documental necesario que justifique la emisión de los mismos y subsecuente disposición de dinero de los fondos de la Municipalidad que se encontraban depositadas en las cuentas bancarias de la entidad edil en el Banco Continental.

**II. DEL DELITO DE PECULADO:**

**2.1** En cuanto a su descripción típica se trata de un comportamiento, mediante el cual el agente, un funcionario o empleado público, en beneficio propio o de un tercero, se apropia o utiliza el dinero o bienes muebles, que se le ha confiado por razón del cargo, para su percepción, administración o custodia.

**2.2** Sujeto activo es el funcionario o servidor público que utiliza o se apropia de caudales o efectos confiados en razón de su cargo o labor. No será sujeto activo si realiza el mismo comportamiento con bienes confiados a otros funcionarios. Sujeto pasivo, normalmente será el Estado y la Administración Públi-

LEGALES EDICIONES

ca, concretamente la dependencia administrativa que se ve perjudicada por el actuar ilícito del sujeto activo.

**2.3** El bien jurídico protegido del peculado, por ser un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal:

**i)** Garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y

**ii)** Evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

**2.4** La acción típica del delito de Peculado está conformada por los verbos rectores, "apropiar" o "utilizar". En cuanto al concepto de "apropiación", parte de la doctrina distingue entre el acto de apoderamiento y la sustracción, entendiendo que el "apoderamiento" seria sustraer la cosa de la esfera de custodia del legítimo tenedor para ingresarlo en la propia esfera[121].

**2.5 El Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco**, ha desarrollado los fundamentos jurisprudenciales a tener en cuenta respecto a la Definición y Estructura Típica del delito de Peculado[122] previsto en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, las Salas Penales Permanente y Transitoria, en dicho Pleno Jurisdiccional se estableció que los comportamientos típicos del sujeto activo de este ilícito penal, esto es: "apropiar o utilizar" deben contener ciertos elementos para su configuración que vienen a ser los elementos materiales del tipo penal:

---

121 REÁTEGUI SANCHEZ, James; *Estudios de Derecho Penal Parte Especial*; Editorial JURISTA EDITORES, primera edición, Junio, Lima, 2009, p. 418.

122 Que, según el **Acuerdo Plenario No. 4-2005/CJ-116** se ha establecido que el delito de peculado doloso, tipificado en el artículo 387, primer párrafo del Código Penal, es un delito especial y se comete sólo por el funcionario público que tenga una relación funcional con los caudales y efectos, es decir poder de vigilancia y control sobre la cosa, competencia en virtud de su cargo para cuidar y vigilar los caudales; asimismo, se utiliza dos verbos rectores: apropiarse y utilizar, la primera es la acción u omisión de hacer suyo los caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándola de la esfera de la función de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos; el segundo: utilizar, es aprovecharse de las bondades que ofrece el bien sin tener el propósito de apoderarse para sí o de un tercero.

LEGALES EDICIONES

a) Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos;

b) La percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita;

c) La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción;

d) La custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos;

e) Apropiación o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero; por tanto, si en el caso concreto que se trate concurren estos elementos materiales es posible determinar la existencia del llamado aspecto objetivo del delito.[123]

**III. DE LA VALORACION DE LA PRUEBA:**

**3.1** Ahora bien, para determinar la responsabilidad penal de una persona, como ya se ha mencionado en líneas precedentes, se debe contar con pruebas suficientes e idóneas, ya que la responsabilidad objetiva se encuentra proscrita conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Penal; por lo tanto, hay que diferenciar básicamente dos cuestiones, los actos de investigación y los actos de prueba o también llamado medios de prueba, tal y como lo ha referido el Tribunal Constitucional en que: *el acto de investigación se realiza básicamente en la*

123 *Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Año Judicial 2006, Tomo XCV, Publicación Oficial, Lima-Perú, 2007, JUSPER, p. 32.



LEGALES EDICIONES

*fase de investigación preliminar e instructiva, y tiene por finalidad la averiguación de los hechos relacionados con el hecho delictivo que se investiga. Sirve, entonces, de base para preparar la imputación penal; determinar la apertura de proceso y juicio oral, y para adoptar medidas cautelares. La condena se apoya en actos de prueba, los cuales se presentan básicamente en el juicio oral*[124]. Pues efectivamente, de ello se desprende una diferencia sustantiva: la **prueba** propiamente no consiste en averiguar, sino en **verificar**. Con la prueba **no se investiga si no se comprueba** lo que es la materia u objeto del proceso: el hecho punible. Siendo que con los *elementos de prueba* se **verifica o refuta la hipótesis fiscal, lo que sirve de fundamento para una absolución o una condena.** Quedando en claro que los medios de investigación y los medios probatorios **tienen diferente función y diferente naturaleza**, según el momento procesal en que se producen. Esta diferencia está determinada por la separación orgánica y funcional que la ley procesal establece entre la fase de investigación (instrucción) y la fase del juicio.

**3.2** Por tanto, el contradictorio debe ser de observancia en los actos de prueba, para los cuales se exige el concurso obligatorio de las partes y el interrogatorio cruzado por las partes, por cuanto la producción **probatoria** está presidida por **principios** que tratan de garantizar el control de la prueba por las partes. El cumplimiento de los principios de *oralidad, inmediación, publicidad y contradicción* principalmente, dan la posibilidad formal de **intervención de las partes** para depurar la prueba. Estos principios, recogidos en nuestra legislación procesal penal ordenan el espacio del debate, a modo con el pleno ejercicio del derecho de defensa. Si bien la prueba, por los límites que hemos visto, no es garantía absoluta para la reproducción fiel de los hechos objeto del juicio, su control trata de precaver hasta donde ello es posible, la simulación y falsedad en el procedimiento probatorio. Es pues, que tales actos se dan básicamente en el marco del juicio oral, etapa del proceso en la que ha de actuarse las pruebas que serán valoradas en la sentencia. Durante la etapa de instrucción, en cambio, se realizan actos de investigación, los cuales no tienen como elemento el

124 0196-2006-PHC/TC, Caso Rocío Rosal CASTILLA KROSS, FUNDAMENTO JURÍDICO 3.

LEGALES EDICIONES

contradictorio y como regla general, **no pueden ser utilizados como fundamento de la hipótesis fáctica de la sentencia**, ya que, la presunción de inocencia sólo puede ser destruida sobre la base de verdaderos actos de prueba practicados en el acto de juicio oral. Por consiguiente, un medio de prueba se entiende como la actividad del Juez o las partes, orientado a lograr en el juzgador el conocimiento de los hechos en el proceso a través de la percepción y deducción, es decir, a través de estos medios el Juez conoce la fuente de la prueba y de éste deduce el hecho que va a probar, concibiéndose al medio de prueba como una actividad en la cual el Juez fundamenta su convicción, y esto sujeto a un contradictorio (principio acusatorio y derecho de defensa), en la cual se respeta el debido proceso penal.

3.3 Según el autor TALAVERA ELGUERA[125] la actividad probatoria tiene tres momentos, la primera consiste en el acopio de las pruebas, seguidamente la valoración y finalmente la decisión sobre los hechos probados. Al respecto, el artículo doscientos ochenta y tres del Código de Procedimientos Penales[126] adopta el sistema de la libre convicción, bajo el denominado *"criterio de conciencia"*; lo que a decir del autor SÁNCHEZ VELARDE[127] consiste en la libre ponderación del Juzgador, para emitir su decisión jurisdiccional. En ese sentido, el sistema de Libre Convicción por un lado constituye en una facultad del juzgador de apreciar las pruebas y llegar a un convencimiento sobre ellas,

---

125 La prueba en el nuevo Proceso Penal, Edición: AMAG - Autor: TALAVERA ELGUERA, Pablo: *"La actividad probatoria tiene tres momentos: en primer lugar, la conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas (producción de la prueba), la valoración y la decisión sobre los hechos probados". Agrega el autor que "la valoración es la operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos."*

126 Artículo 283 del Código de Procedimientos Penales: Los hechos y las pruebas que los abone serán apreciados con criterio de conciencia (primer párrafo).

127 *Manual de Derecho Procesal Penal*, IDEMSA, 2004 – Autor: SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: *"...la libre valoración de la prueba supone que los distintos elementos de prueba pueden ser libremente ponderados por el tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia, es precisa una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado".*



LEGALES EDICIONES

observando las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia común; y por otro lado, una exigencia de motivación de sus decisiones, expresando las razones de su convencimiento.

**IV: DE LA PRUEBA ACTUADA EN JUICIO ORAL**

Durante el desarrollo del juicio oral, etapa *estelar* del proceso, se desarrolló diversa actividad probatoria. En ese sentido, la prueba *actuada* en juicio, revestida de los principios de *oralidad, contradicción, inmediación* y *publicidad*, es la que a continuación se enumera, y toda ella constituye el material probatorio habilitado para ser valorado en esta resolución. Se trata a continuación de enumerar las declaraciones testificales, conforme al orden de su aparición en el juicio oral. Constituye prueba *actuada* entonces, según la sesión de audiencia correspondiente:

**a)** La declaración de **Alfonso Toribio Urbina Gallese** en la segunda sesión de audiencia.

**b)** La declaración de **Carlos Quispe Reyes** en la segunda sesión de audiencia.

**c)** La declaración de **Hever Mauricio Aquino** en la tercera sesión de audiencia

**d)** La declaración de **Aníbal Baldoceda Carrera** en la quinta sesión de audiencia

**e)** La declaración de **Giovanni Fernando Risco Mori** en la sexta sesión de audiencia

**V. DE LA PRUEBA INCORPORADA AL JUICIO VÍA PROCEDIMIENTO DE ORALIZACIÓN**

En este punto, se debe indicar, que a pesar no haberse desarrollado una actividad probatoria diversa, ha ocurrido la *incorporación* de material válido al acervo probatorio vía el mecanismo de la *oralización* (o *glose de piezas*: procedimiento de lectura de documentales). La discusión ilustrativa y copiosa que esa oralización generó se encuentra consignada en las actas correspondientes. En lo que a continuación sigue, enunciamos cuál es aquella prueba *incorporada*:

**Del Ministerio Público:**

- El Informe Final N° 2-2006 que obra a fojas 9 a 12.
- El Acuerdo de Consejo N° 000107 de fojas 117 a 118.

LEGALES EDICIONES

- Las copias de los cheques N° 58, 59, 60 y 89 obrantes a fojas 260 a 262.
- Las copias fedateadas de los movimientos y saldos del día de la cuenta corriente 001101350100020615 obrante a fojas 22 a 24.
- La Resolución de Alcaldía N° 001092 de fecha veinte de noviembre del año dos mil tres obrante a fojas 37.
- La Resolución de Alcaldía N° 001093 de fojas 50.
- Las copias de los cheques N° 383, 117, 2352, 2298, 2056, 2184, 2429 y 2430 obrante a fojas 451 a 458.
- Las copias de los cheques de fojas 18, 19, 20 y 21.
- El Informe N° 554-2005 de fojas 68 a 71.
- El primer punto y el último párrafo del Informe N° 519-2005 de fecha nueve de noviembre del año dos mil cinco de fojas 96.
- El informe 285-2004; primer punto esto es Cuenta Caja Bancos de foja 98 a 100.
- El registro de cheques emitido por el Banco a fojas 113 a 114,
- La Carta Notarial de fojas 136.
- La manifestación de Anibal Baldoceda Carrera en las preguntas 3, 5, 6 y 7, a fojas 168.
- La manifestación de Arturo Zegarra Quispe a las preguntas 5 y 6 de fojas 171 a 172.
- Los cheques y las copias emitidas por el Banco Continental de fojas 269.
- Las copias de los ocho cheques de fojas 310 a 315.
- El Informe de fojas 317 a 321.

**De la defensa técnica del acusado.**

- Acta de Conciliación de fojas 281.
- El Oficio N° 560-07 de fojas 414.
- La notificación judicial de fojas 417.
- El Memorándum N° 022-2005 de fecha once de febrero del año dos mil cinco a fojas 442.

LEGALES EDICIONES

**5.1** Ahora bien, resulta pertinente precisar que el acusado **Alfonso Toribio Urbina Gallese,** ingresa a este escenario procesal premunido de la presunción de inocencia, derecho que como persona tiene a no ser considerado culpable *en tanto y en cuanto* no se *pruebe* su responsabilidad. Es así que será en atención a lo expuesto precedentemente, que procederemos a analizar si el material probatorio genera convicción sobre la responsabilidad penal del encausado en la comisión del hecho ilícito materia de juzgamiento; en ese sentido, **deberán valorarse aquellos medios de prueba que hayan sido actuados en juicio oral e incorporados válidamente en este juzgamiento,** respetando las garantías procesales previamente establecidas, siendo así evaluamos lo siguientes puntos:

**5.2** El Ministerio Público atribuye a **Alfonso Toribio Urbina Gallese** en su calidad de Gerente de Administración de la Municipalidad de San Juan de Miraflores, haber incurrido en la figura típica de peculado doloso, al haber autorizado durante el año 2004 las autorizaciones irregulares al expedir los cheques N° 0089, 0058, 0059, 0060, 383, 117 de la cuenta corriente N° 0011012500020615 así también de la expedición de los cheques 2352, 2298, 2056,2184, 2429 y 2430 de la cuenta corriente N° 00110135010019161, siendo que estas autorizaciones se realizaron sin contar con los comprobantes de pago ni la documentación sustentatoria necesaria para cumplir los alcances que se establece en el artículo treinta y nueve y siguientes de la Resolución Directoral N° 087 del año dos mil trece, esto es la Directiva de Tesorería para el año Fiscal dos mil cuatro expedida por el Ministerio de Economía y Finanzas de fecha treinta de diciembre del año dos mil tres.

**5.3.** Se sustenta los cargos con la declaración brindada en la audiencia efectuada el seis de agosto por el ahora sentenciado Giovanni Risco More quien en ese entonces actuó como Gerente de Tesorería, mediante la cual precisó lo siguiente: que las personas que realizaban los cobros y se constituían a la entidad bancaria es decir el Banco Continental para los efectos de realizar el retiro de dinero aparentemente para así realizar los pagos a los supuestos proveedores a quienes se les tenía una deuda pendiente, eran los servidores Julio Paredes Contreras y Aníbal Baldoceda Carrera, personal del Área

LEGALES EDICIONES

de tesorería de la Municipalidad de San Juan de Miraflores, así también el sentenciado Risco Mori señaló que los cheques se expidieron de manera irregular sin contar con el sustento necesario transgrediendo así la Resolución Directoral 087-2003; asimismo precisó que su coacusado tenía entero conocimiento o sabía de qué al firmar los cheques estos no contaban con el sustento necesario; sin embargo también precisó y aclaró que tales acciones lo realizaban por mandato del ex alcalde o alcalde en su momento quien lo presionaba y solicitaba que se diera el trámite; del mismo modo el referido sentenciado señaló que como era una persona que no tenía el conocimiento o aparentemente era una persona sin la experiencia en el cargo de Gerente de Tesorería simplemente se sumía a realizar los actos impuestos por la superioridad, es decir el alcalde. Así también se demuestra el desmedro patrimonial con las copias fedateadas de los movimientos y saldos de las respetivas cuentas, de igual manera con el acuerdo de consejo de fecha veinticuatro de noviembre del año dos mil tres, se acredita que ambos en este caso: el acusado y el sentenciado estaban autorizados como las únicas personas para el manejo de las cuentas corrientes, ahorros del FONCOMUN y otros de la Municipalidad de San Juan de Miraflores.

**5.4.** Ahora si bien es cierto, el ahora sentenciado Giovanni Risco Mori, ha precisado que los cheques se expidieron sin el sustento necesario debido a que estos se podrían regularizar después, también se debe tomar en cuenta que este era el encargado de gestionar y se encontraba en custodia del dinero de las Arcas de la Municipalidad de San Juan de Miraflores, la Gerencia de Administración a cargo del acusado Alfonso Toribio Urbina Gallese era el encargado de supervisar a la Sub Gerencia de Tesorería, éste no disponía del dinero para hacer efectivo los pagos, pues esta era labor exclusivamente del Sub Gerente de Tesorería, conforme lo estipulaba el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de la Municipalidad de San Juan de Miraflores; sin embargo, tenía conocimiento de las deudas pendientes a los proveedores esto debido a las Resoluciones de Alcaldía (fojas 244) así como Actas de conciliación (fojas 254) por lo que en atribución a sus funciones rubricaba los cheques que eran destinados a su Gerencia para posterior-

LEGALES EDICIONES

mente devolverlos al Área de Tesorería para que se realice la entrega de los citados cheques.-

**5.5.** De las declaraciones de los testigos se tiene que ha concurrido a Juicio Oral el testigo **Carlos Quispe Reyes, en la sesión de audiencia de fecha veintitrés de junio del año dos mil catorce,** en la cual manifestó que la Municipalidad de San Juan de Miraflores, tenía una deuda pendiente por haber brindado servicios gráficos a la referida entidad; sin embargo recién realizó el cobro, en el año dos mil cuatro debido a que solicitó el pago de dicha deuda al órgano de gestión; asimismo manifestó que para poder cobrar remitió la documentación necesaria: *" mandé una carta indicando el número de factura, la orden de compra de servicios que correspondía y la relación detallando el monto e incluso antes de eso mande una carta notarial pidiendo una conciliación con la Municipalidad, la misma que no aceptó"* del mismo modo manifestó que el pago que realizó la Municipalidad fue algo legal debido a que mantenía una deuda; sin embargo con respecto a cómo se efectuó el pago de dicho cheque manifestó que por problemas de salud tuvo que otorgar una Carta Poder a favor de Alex Llontop Manrique y Miguel Coica Aparicio, siendo que al momento estas personas se apersonaron a las instalaciones de Tesorería con la Carta Poder a realizar el cobro de la deuda le solicitaron que endosaran el cheque refiriendo lo siguiente: *" me dijeron el tesorero, el señor Giovanni, le dijo que le endosara y que le iban a pagar en efectivo, diciéndole que si le iban a pagar normal que lo endosen ya que no quería tener problemas solo quería que le paguen",* del mismo modo precisó que para que se haga efectivo su pago nunca tuvo una conversación previa con el acusado Urbina Gallese.

**5.6.** Al respecto el testigo **Hever Mauricio Aquino** en la Sesión de Audiencia N° Tres de fecha dos de julio del año dos mil catorce, este refirió que a la fecha de sucedidos los hechos era Regidor de la Municipalidad de San Juan de Miraflores; asimismo que era miembro de la Comisión Especial con respecto a los hechos sucedidos; asimismo reconoce haber participado en la elaboración del Informe N° 002-2006, refiriéndose que el sustento de dicho informe se debía a que el Sub Gerente de Tesorería el Señor Giovanni Risco Mori, había recibido cheques

LEGALES EDICIONES

y que esos cheques se habrían cobrado, que habiéndole solicitado información éste nunca informó, del mismo modo señaló que el Informe 001-2006 solo encontraba responsabilidad sobre la participación del Sub Gerente de Tesorería Giovanni Risco Mori; sin embargo como la Comisión no estaba de acuerdo se emitió el segundo Informe y es ahí donde se involucra al acusado Urbina Gallese pues para que saliera un cheque este tenía que contar con la firma del Gerente de Administración, reiterando que mayormente encontraban responsabilidad sobre el Sub Gerente de Tesorería Giovanni Risco Mori, versión que se puede corroborar debido a que en la Sesión de Audiencia N° siete de fecha trece de agosto del año en curso, el acusado Giovanni Risco Mori, aceptó los cargos impuestos por la Representante del Ministerio Público acogiéndose a la Conclusión Anticipada del proceso, habiéndose emitido sentencia condenatoria en fecha quince de agosto del presente año, encontrándose conforme con la pena impuesta.

**5.7.** Que, del mismo modo se tiene la declaración del testigo **Aníbal Baldoceda Carrera** en la sesión de audiencia de fecha veintitrés de junio del año dos mil catorce, manifestando que conoce al acusado Urbina Gállese quién era el Gerente de Administración de la Municipalidad de San Juan de Miraflores, cuando este era trabajador de dicha Municipalidad habiendo laborado en el Área de Tesorería siendo su superior directo y de quien recibía órdenes era del señor Giovanni Rosco Morí; con respecto a los hechos materia de la acusación refirió que se pagaba a los proveedores con la plata que se cobraba del día; sin embargo el cheque que ya estaba girado a su nombre tenía que endosarlo a su nombre o a nombre de Julio Celso Paredes Contreras para que posteriormente ellos vayan al Banco Continental y realicen el cobro; asimismo que este cobro era depositado en el día nuevamente a la cuenta de la Municipalidad, del mismo modo refirió que el sentenciado Giovanni Risco Mori era la persona que autorizaba el endoso y era quién le entregaba los cheques ya endosados no teniendo contacto con la persona a la cual se había expedido el cheque, habiendo manifestado también que los cheques siempre iban con los comprobantes de pago y los documentos emitidos por la Municipalidad.



LEGALES EDICIONES

**5.8.** Que, el Colegiado ha advertido que si bien se han girado cheques que no contaban con la documentación necesaria, esto debió ser advertido por el Sub Gerente de Tesorería, en cumplimiento de sus funciones asignadas en el artículo 51 estipulado en el ROF de la Municipalidad de San Juan de Miraflores.

**5.9.** Asimismo en el Informe de Auditoría Financiera Operativa del Ejercicio Económico del año dos mil cuatro realizado a la Municipalidad de San Juan de Miraflores no se encuentra acreditado cual es el **desmedro patrimonial** que ha sufrido la Municipalidad de San Juan de Miraflores, pues solo se ha llegado a la conclusión que se han girado cheques sin el sustento necesario; lo que sí se puede advertir es un desorden administrativo en el giro de tales cheques y en el control de su regularización; hecho que conforme ha expuesto el acusado no tenía conocimiento que luego de rubricar los cheques, el Sub Gerente de Tesorería el ahora sentenciado Giovanni Risco Mori, realizaba el endoso de dichos cheques para su personal que tenía a su cargo realice los cobros, del mismo modo si bien es cierto no se encuentra la documentación estos debieron estar en custodia del Sub Gerente de Tesorería; asimismo se tiene un informe mediante el cual se hace de conocimiento que la Gerente de Control Interno se habría llevado la documentación sustentadora de los cheques (obrante a fojas 442) sin haber retornado los mismos a la Gerencia de Administración; advirtiendo que dicho desorden administrativo en el expendio y regularización de cheques no puede atribuirse como una conducta dolosa del acusado Alfonso Toribio Urbina Gallese de apropiarse de los caudales de la Municipalidad de San Juan de Miraflores.

## VI. LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA EN EL PRESENTE CASO

**6.1** El principio de inocencia como Derecho Fundamental de la persona sometida a proceso se requiere que la sentencia y la aplicación de la sanción penal esté fundada en un grado de conocimiento por parte del Tribunal. Este conocimiento tiene que estar ligado con la certeza de los hechos y no simplemente con la probabilidad.

LEGALES EDICIONES

**6.2** Este principio se relaciona con la carga de la prueba, pues en un proceso los hechos deben ser probados, teniéndose a los procesados como inocentes mientras no se demuestre lo contrario; en consecuencia es una presunción *iuris tantum,* que admite prueba en contrario. Así, para emitir sentencia se debe evaluar el material demostrativo acopiado durante el desarrollo del proceso, que produzca en el juzgador un cabal, certero y pleno conocimiento de los hechos y de la presunta responsabilidad del acusado, más allá de toda duda razonable; y, además, permita la reconstrucción del pasado por medio de procedimientos técnicos legalmente realizados durante el proceso, sin el cual no es posible proferir un juicio de reproche sobre el procesado, sobre el cual pesa una acusación fiscal.

**6.3** Que, en ese sentido, es importante señalar que, la justicia penal no puede basarse en una sola circunstancia meramente probatoria, ya que es obligación apoyarse en varias pruebas para establecer en forma indubitable la culpabilidad de los procesados, y esto porque en el proceso penal se da aquel principio, en virtud del cual la culpabilidad de los procesados tan solo es consecuencia de la multiplicidad de los elementos probatorios de cargo y de la unidad del *thema probandi*, puesto que, la presunción de inocencia siempre está y se encuentra por encima de toda prueba insuficiente.

**6.4** Ahora bien, el razonamiento discursivo de una sentencia judicial de carácter absolutorio tiene que estar adecuadamente motivado en razón de los tres supuestos que son los siguientes[128]: **a)** Que los medios probatorios no son suficientes para establecer la culpabilidad del acusado en la comisión

128 Según el Código Procesal Penal, en el Artículo 398 Sentencia absolutoria, prescribe lo siguiente:

**1.** *La motivación de la sentencia absolutoria destacará especialmente la existencia o no del hecho imputado, las razones por las cuales el hecho no constituye delito, así como, de ser el caso, la declaración de que el acusado no ha intervenido en su perpetración, que los medios probatorios no son suficientes para establecer su culpabilidad, que subsiste una duda sobre la misma, o que está probada una causal que lo exime de responsabilidad penal.*

**2.** *La sentencia absolutoria ordenará la libertad del acusado, la cesación de las medidas de coerción, la restitución de los objetos afectados al proceso que no estén sujetos a comiso, las inscripciones necesarias, la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que generó el caso, y fijará las costas.*

LEGALES EDICIONES

del evento delictivo, es decir, existe ***insuficiencia probatoria***; **b)** Que subsiste una ***duda razonable*** tanto en la comisión del evento delictivo como en la vinculación de los hechos incriminados con el imputado, es decir, existe lo que se conoce como *in dubio pro reo*, aunque debemos de advertir que esto está referido a la actividad probatoria y no como pauta interpretativa; o **c)** Que está probado en el proceso penal una evidente causal de ***eximente de responsabilidad penal*** de acuerdo a las normas de la Legislación (material o procesal), principios jurisprudenciales y/o tendencia doctrinal. En todos estos casos, no se ha llegado a enervar ni a vencer el principio de presunción de inocencia consagrado en la Constitución vigente, en el artículo segundo "De los derechos fundamentales de la Persona", inciso veinticuatro, literal e)[129], y de conformidad con el artículo 284[130] del Código de Procedimientos Penales.

## VII. SOBRE LA PROBANZA DE LA EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL: EL PRINCIPIO DE CONFIANZA

**7.1** En este punto, debemos de tener en cuenta que, según el **Acuerdo Plenario Nro. 04-2004** de la Corte Suprema, concordante con el **artículo 387 del Código Penal** (vigente al mo-

---

**3.** *La libertad del imputado y el alzamiento de las demás medidas de coerción procesal se dispondrán aún cuando la sentencia absolutoria no esté firme. De igual modo, se suspenderán inmediatamente las órdenes de captura impartidas en su contra.*

129 La Constitución Política del Perú (artículo 24, letra "e"): señala que *"Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad"*. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 11, número 1, dispone: *"Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa"*. El Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14, numero 2) dispone: *"Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley"*. El artículo II, inciso primero, del Título Preliminar del Código Procesal Penal de Perú establece que *"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"*.

130 ***Artículo 284.***- *"La sentencia absolutoria deberá contener la exposición del hecho imputado y la declaración de que éste no se ha realizado, de que las pruebas han demostrado inocencia del acusado, o de que ellas no son suficientes para establecer su culpabilidad, disponiendo la anulación de los antecedentes policiales y judiciales del procesado, por los hechos materia del Juzgamiento"*.

LEGALES EDICIONES

mento de los hechos); señala que el delito de peculado doloso tiene elementos objetivos concurrentes; y en este caso, si bien es cierto que el imputado Alfonso Toribio Urbina Gallese, en el momento de los hechos tenía la calidad de funcionario público (Gerente de Administración de la Municipalidad de San Juan de Miraflores); asimismo el citado imputado Alfonso Toribio Urbina Gallese, en el momento de los hechos, dentro de sus funciones específicas era la de "administrar" los fondos y caudales de la citada Municipalidad Distrital.

**7.2** Ahora bien, con respecto al requisito de la existencia de una "relación o vinculación funcional" (véase el art. 387[131] del Código Penal, concordado con el Acuerdo Plenario Nro. 04-2005[132] de la Corte Suprema), es decir, la vinculación entre el sujeto activo (Alfonso Toribio Urbina Gallese) y los caudales y efectos del Estado, necesariamente tendrá que ser confrontado y delimitado a través de los filtros que ha impuesto la teoría de la imputación objetiva, la misma que se aplica en los delitos contra la Administración pública.

**7.3** En este caso, está probada la existencia de una eximente de responsabilidad penal en base a una tendencia doctrinal llamado **principio de confianza.** En tal sentido, en una sociedad las personas se distribuyen el trabajo y las actividades que general los particulares es de esperar que cada quien cumpla a cabalidad con su respectivo rol. Pues existe un principio de confianza que reposa en la división de trabajo, y por el que cada quién espera que los demás hagan lo suyo. El principio de confianza sólo se necesita si únicamente el que confía ha de responder por el curso causal en sí, aunque otro lo conduzca a dañar mediante un comportamiento defectuoso[133].

---

131 Art. 387: *"El funcionario o servidor público, que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administrador o custodia* ***le estén confiados por razón del cargo...****"*. (Las negritas son mías).

132 El citado Acuerdo Plenario, señala en el punto 7, A) lo siguiente: "Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. **Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos**".

133 JAKOBS, Günther; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación.* Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1995, pp. 254 y ss. En este mismo sentido:



LEGALES EDICIONES

7.4 Según López Díaz[134] el principio de confianza se utiliza en la actualidad en cuatro ámbitos fundamentales: a) *En el tráfico automotor:* quien se comporta conforme a las reglas del tráfico, tiene derecho a esperar de los demás una conducta reglamentaria; b) *En la realización de un tráfico en equipo*: no es posible que alguien pueda cumplir acertadamente su trabajo si tiene el deber de controlar y vigilar la conducta de los demás colaboradores; c) *En la solución de aquellos casos en la que se facilita la comisión de un hecho doloso por parte de un tercero;* d) *En los problemas de realización de riesgos.*

**7.5** Una Ejecutoria de nuestro máximo Tribunal[135] analiza los pormenores del principio de confianza. En efecto, la citada Ejecutoria Suprema señala que la "confianza" presupone para su aplicación que haya varios sujetos involucrados en un evento criminal, y que uno de ellos "aprovecha" la confianza depositada para ejecutar el evento criminal; en consecuencia, la "confianza" presupone una división de roles, y como tal la confianza también se aplica a estructuras de organización porque ahí existe tanto una división de trabajo como en una jerarquización de funciones –de modo normado, reglamentado– de las personas físicas que se encuentran al interior de un determinado ente social[136]. La Ejecutoria Suprema señala,

---

GOMEZ PAVÓN, Pilar; *Tratamientos médicos: Responsabilidad Penal y civil*, Barcelona, 1997, p. 348. BACIGALUPO, Enrique; *Derecho Penal. Parte General,* Lima, Ara Editores, 2004, p. 268, asimismo señala que la aplicación del principio de confianza operaría sólo en los delitos imprudentes, limitando el deber de cuidado, es producto de una concepción antigua del tipo penal, que se satisfacía en los delitos de resultado con la sola causación de éste.

134 LÓPEZ DÍAZ, Claudia; "Conducta punible. Imputación objetiva", en: *Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo,* Lima, 2003, pp. 561 y 562.

135 Recurso Nulidad N° 449 - 2009-Lima de fecha 09 de julio del dos mil nueve, expedido por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, conocido como el Caso **"Magaly Medina"**. En esta misma línea podemos ubicar varios casos donde nuestro máximo Tribunal ha aplicado el principio de confianza: Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. Nro. 3855-2007-Lima (Ponente Rodríguez Tineo), de fecha 15 de Mayo de 2009, Considerando Quinto; también el caso de **"Los inquilinos narcotraficantes":** Ejecutoria Suprema recaída en el Exp. Nro. 608-2004-Ucayali (Ponente Villa Stein), de fecha 24 de Noviembre de 2004, Considerando Primero. Asimismo, podemos ubicar el Recurso de Nulidad Nro. 554-2004-Puno, Ejecutoria Suprema de 25 de Noviembre de 2004, conocido como el caso de **"Transportista de Hoja de coca"**.

136 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James; *Manual de Derecho Penal. Parte General,* Volumen I, Lima, Editorial Pacífico, 2014, p. 465. CARO JOHN, José Luis; *Manual teórico-práctico de teoría*

LEGALES EDICIONES

parte pertinente, que *"...Esto implica la división de funciones entre los miembros del equipo de trabajo y por lo tanto un actuar conjunto para el logro de las finalidades corporativas. Como no siempre es controlable todo el proceso por una sola persona y en consideración a que exigir a cada individuo que revise el trabajo ajeno haría ineficaz la división del trabajo, es claro que uno de los soportes de las actividades de equipo con especialización funcional es la confianza entre sus miembros"*.

**7.6** En autos no se encuentra acreditado que el acusado Alfonso Toribio Urbina Gallese en su calidad de Gerente de Administración de la Municipalidad de San Juan de Miraflores hubiera incurrido en el ilícito penal materia de autos, pues en su rol de funcionario público dentro de la Comunidad Edil, no supone participación en la conducta de Risco Mori, pues el imputado Alfonso Toribio Urbina Gallese actuó dentro de una conducta adecuada y dentro de un ámbito de confianza; por lo tanto, debió confiar que las demás personas vinculadas a él, y que se encuentran dentro de la Administración municipal, se comportarán de acuerdo a Derecho; sin embargo, no ha pasado así, ya que Risco Mori ha aceptado su responsabilidad penal en el delito de peculado doloso, pues ha emitido y autorizado cheques, sin contar con el sustento documental necesario que justifique la emisión de los mismos y subsecuente disposición de dinero de los fondos de la Municipalidad que se encontraban depositadas en las cuentas bancarias de la entidad edil en el Banco Continental.

**PRONUNCIAMIENTO DEL COLEGIADO**

Estando a los fundamentos expuestos, y de conformidad con el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales, los Señores Jueces Superiores integrantes de la **SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA SUR**, apreciando los hechos con el criterio de conciencia que la ley autoriza, con las máximas de la experiencia, con sujeción a la Ley y la Constitución e impartiendo Justicia a nombre de la Nación;

---

*del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*, Lima, Ara editores, 2014, p. 67. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl; *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Lima, 2004, p. 439.

LEGALES EDICIONES

**RESUELVE:**

1. **ABSOLVIERON de la acusación fiscal a ALFONSO TORIBIO URBINA GALLESE** *cuyas generales de Ley obran en la parte expositiva de la presente sentencia*; en el proceso penal seguido contra La Administración Pública – Delito cometidos por Funcionarios Públicos – **PECULADO,** en agravio del Estado, representado por la Municipalidad Distrital de San Juan de Miraflores
2. **MANDARON** que consentida o ejecutoriada que sea la presente sentencia se anulen los antecedentes penales y judiciales que se hubieren generado en su contra dentro del marco del presente proceso; **archivándose definitivamente** todo lo actuado, con conocimiento del Juez de la Causa.

**S.S.**

**DR. PIMENTEL CALLE** **DR. ROJAS TRUJILLO**
**PRESIDENTE JUEZ SUPERIOR**

**DR. REÁTEGUI SÁNCHEZ**
**JUEZ SUPERIOR**

**AUTO DE ADECUACIÓN DE LA SALA PENAL**

**EXP. N° 00753-2013-0**

**RESOLUCIÓN N°**

Villa María del Triunfo, veintinueve
de octubre del dos mil catorce.-

**AUTOS Y VISTOS:** Interviniendo como Magistrado Ponente el señor Juez Superior **James Reátegui Sánchez,** vista la causa tal como se advierte de la constancia de Relatoría que antecede; **de conformidad con lo opinado por el Fiscal Superior Penal** en su dictamen fiscal de fojas cuatrocientos cincuenta y siete a cuatrocientos sesenta y uno;

**PARTE EXPOSITIVA:**

**I. ASUNTO:**

La Segunda Fiscalía Superior Penal Transitoria del Distrito Fiscal de Lima Sur, en su dictamen fiscal de folios 457 a 461, ha opinado de la siguiente manera:

LEGALES EDICIONES

- Se disponga la Adecuación del Tipo Penal en la causa seguida contra **CARLOS ALBERTO TAIPE HERHUAY (REO LIBRE)** como presunto autor del delito contra la Libertad - Violación de la Libertad Sexual –Actos contra el Pudor de Menor de Edad–, en agravio de las menores con código 06-2011 (16) y 07-2011 (14), delito previsto por el primer párrafo del artículo 176 del Código Penal; y del delito contra la Libertad - Violación de la Libertad Sexual –Violación Sexual de Menor de Edad–, en agravio de la menor con código 07-2011 (14), delito previsto por el inc. 3) del primer párrafo del artículo 173 del Código Penal; y
- Se disponga su **RECONDUCCIÓN:** al delito contra la Libertad - Violación de la Libertad Sexual **–Actos contra el Pudor de Menor de Edad–**, en agravio de las menores con código 06-2011 (16) y 07-2011 (14), delito previsto por el primer párrafo del artículo 176 del Código Penal; y del delito contra la Libertad - Violación de la Libertad Sexual **–Violación Sexual–**, en agravio de la menor con código 07-2011 (14), el cual está previsto en el primer párrafo del artículo 170 del Código Penal como tipo base con la circunstancia agravante del inciso 2) del segundo párrafo del artículo 170 del Código Penal.

II. **IMPUTACIÓN FÁCTICA:**

Se incrimina a **CARLOS ALBERTO TAIPE HERHUAY**, el haberse aprovechado que concurría a los centros educativos del distrito de Villa el Salvador, en compañía de una fémina conocida como Eva, presentándose como promotor y/o auspiciador de eventos de belleza y modelaje de prendas femeninas de vestir, presentándose con el nombre de "Jordan Charlie Díaz" recibiendo una suma pactada o un porcentaje de la venta de entradas, convocando a las adolescentes de los últimos años de secundaria, cuyas sesiones se llevaban a cabo en el Sector 2 Grupo 19 Manzana F Lote 17 del distrito de Villa el Salvador, los días Lunes, Miércoles y Viernes de 15:00 a 18:00 horas después de clases, pero cuando se avecinaba un evento lo hacían los Sábados y Domingos en el mismo horario, encontrándose en el grupo de menores las menores agraviadas con código **06-2011 de 16 años de edad y 07-2011 de 14 años de edad**, que la fémina conocida como Eva se presentaba en la primera

LEGALES EDICIONES

hora de la sesión de modelaje, al retirarse se quedaban con el denunciado **CARLOS ALBERTO TAIPE HERHUAY** quien proseguía con las clases, en la cual observaba, que sus alumnas, presentaban su cuerpo "diferentes tonalidades de piel" proponiéndoles que él les iba a dar un tratamiento con cremas, para que tengan una sola coloración de piel, para ello les indicaba que se turnen para dirigirse a una de las esquinas de la habitación, donde les indicaba que se despojen de su polo o blusa y brasier, procediendo a untarles una crema, en el pecho mamas y vientre, indicándole también que se bajaran el pantalón hasta los tobillos, para seguirles untando crema en los muslos, nalgas y piernas, con sus dedos pulgares les palpaba su pubis, al no haber un separador de ambiente, las demás adolescentes observaban, lo que a cada una les hacía, indicándoles a sus "alumnas" para que no le delaten con sus progenitores, "que lo que pasaba en el taller, ahí se quedaba".

Actos que fueran denunciados por las adolescentes agraviadas **06-2011 de 16 años de edad** y **07-2011 de 14 años de edad,** indicando la primera que estos actos dolosos los efectuó en tres oportunidades, dos en el *mes de Enero* y una el día *uno de mayo del 2011*; por su parte la segunda refiere que aparte de los actos dolosos antes señalados al haber participado en un concurso de baile el miércoles *27 de abril del 2011* que se realizó en la Institución Educativa "Peruano Japonés", evento artístico organizado por el denunciado **CARLOS ALBERTO TAIPE HERHUAY,** quien a las 15:00 horas se le aproximó y le dijo que había sido seleccionada para el modelaje que se realizaría en el mismo lugar el día uno de mayo del 2011, por lo que tenía que acompañarlo para que se pruebe los vestidos a usar en dicha fecha, aceptando la menor, quien le solicitó permiso a su madre, quien aceptó pero no los acompañó, dirigiéndose ambos primero al stand D' ARYEL ubicado en el Sector 7 Grupo 7 Manzana J Lote 21 del distrito de Villa El Salvador, donde la menor se prueba varios vestidos, al salir el denunciado le dice que debía seguir con el tratamiento de tonalidad de piel, proposición que no aceptó, pero al insistir el denunciado, quien le indicó que el desfile era el domingo uno de mayo del 2011 y no había tiempo, aceptando la menor a acompañarlo al lugar de tratamiento ***Sector 2 Grupo 19 Manzana F Lote 17 del distrito de Villa El Salvador,*** al ingresar al interior el denunciado le in-

LEGALES EDICIONES

dica que se despoje de su polo, brasier y short, quedándose la menor con su ropa interior (trusa), indicándole éste que había un tratamiento a la piel que consistía en untarle semen en el cuerpo, recostándola sobre una colchoneta, que estaba en el suelo, en ese lugar con las manos le toca sus senos y luego con su boca comienza a succionarle los senos, tocándole también su vagina, para luego de ello, él bajarse su pantalón y su trusa, acostándose al costado de la menor agraviada, pidiéndole que con su mano le agarre su miembro viril y lo masturbe, luego cogerla de la cabeza y guiarle con sus manos la boca de la menor hacia su pene con la finalidad de que se lo succione (realizarle el sexo bucal) para que así pueda salir el semen, que le iba a untar en el cuerpo, logrando su cometido, eyaculando dentro de un recipiente, semen con el cual procede a untarle la cara, pecho, senos y vientre, para posteriormente por insistencia de la menor, indicarle que se vista y acompañarla a tomar su vehículo de transporte público para que ésta se dirija a su domicilio, no sin antes hacerle presente que todo ello era "top secret" (confidencial), empero la menor se lo cuenta a una amiga, quien le indica que eso estaba mal y posteriormente a su madre quien interpone la denuncia el día uno de mayo del 2011, fecha en la cual efectivos policiales proceden a intervenirlo y se le toma su declaración policial, quien acepta haber llevado a la menor **07-2011 de 14 años de edad** al inmueble sito en el ***Sector 2 Grupo 19 Manzana F Lote 17 del distrito de Villa El Salvador***, pero sólo para que se pruebe los vestidos que iba a usar en el desfile, negando los demás hechos, arguyendo que se tratan de calumnias por no haber salido escogida las menores para el evento, actos delictivos que niega con la finalidad de evadir su responsabilidad penal.

**III. FUNDAMENTOS DE PEDIDO DEL MINISTERIO PÚBLICO:**

La Segunda Fiscalía Superior Penal Transitoria del Distrito Fiscal de Lima Sur, en su dictamen fiscal de folios 457 a 461, ha fundamentado su pedido de la siguiente manera:

**A.**- El Tribunal Constitucional en el Fundamento 115 del Pleno Jurisdiccional **00008-2012-PI/TC**: "(...) *sobre aquellos casos penales en trámite o terminados en los que no se acredite dicho consentimiento, sino por el contrario, se evidencie que ha existido violencia, agresión o abuso sexual, o grave amenaza, con-*

LEGALES EDICIONES

*tra dichos menores, o casos en los que no se hubiera podido apreciar si existió o no el aludido consentimiento, que teniendo en cuenta la especial protección del interés superior del niño y del adolescente aplicable a los procesos que examinan la afectación de sus derechos, a partir de la referida declaratoria de inconstitucionalidad, dependiendo de los hechos concretos, podrán ser susceptibles de "sustitución de pena", "adecuación del tipo penal" o ser procesados nuevamente conforme al artículo 170 del Código Penal u otro tipo penal que resultara pertinente (...)".*

**B.-** En el presente caso, existiendo elementos de convicción que demuestren que el ultraje sexual que sufrió la agraviada indentificada con clave N° 07-2011 (14) ha sido cuando el denunciado aprovechando la posesión de promotor de modelaje, el cual le dio particular autoridad sobre la referida menor permitiéndole la cercanía a ella, en razón de haber sido seleccionada para el evento a realizarse el 01 de mayo del 2011, para lo cual la condujo al stand D' Ariel para probarse los vestidos para dicho certamen y dado que la fecha del acontecimiento estaba próxima, debía continuar con el tratamiento de tonalidad de piel, para lo cual el procesado la condujo al lugar de tratamiento sito en el *Sector 2 Grupo 19 Manzana F Lote 17 del distrito de Villa El Salvador* donde la sometió sexualmente –sexo oral–. Es de apreciarse en el presente caso que la exigencia del artículo 170 respecto a la concurrencia de la violencia o grave amenaza se desnaturaliza en el sentido de que la menor agraviada al momento de los hechos contaba con 14 años de edad y por lo tanto no podía consentir válidamente las relaciones sexuales de las que fue objeto y siendo el objeto fundamental de tutela penal la indemnidad sexual.

**C.-** Así también es de advertirse que en el presente caso en cuanto a los hechos en agravio de la menor identificada con clave 07-2011 (14), al imputarse al procesado dos hechos punibles (actos contra el pudor y violación sexual de menor) al ser considerados como delitos independientes nos encontraríamos frente a un supuesto de concurso real de delitos previsto en el artículo 50 de la norma sustantiva; de otro lado en relación al delito de Actos contra el Pudor se desprende del dicho del menor identificado con la clave 06-2011 (16) que es-

LEGALES EDICIONES

tos se dieron en tres oportunidades, por lo que al tratarse de varias infracciones de la misma ley penal cometido en diversos momentos deberá de ser considerado como un delito continuado conforme a lo regulado en el artículo 49 del cuerpo legal antes referido.

**D.-** En consecuencia, conforme a lo establecido en los artículos 1 y 2 de la Ley N° 26689, al presente proceso debe sustanciarse en la vía del proceso sumario, habiéndose generado, en consecuencia, incompetencia de esta Fiscalía Superior para emitir el pronunciamiento de fondo con relación a la apreciación y evaluación de los hechos que son materia de este proceso.

**PARTE CONSIDERATIVA:**

**DE LA DENUNCIA FORMALIZADA POR VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD:**

**PRIMERO:** Que, conforme a los extremos de la Formalización de la Denuncia Penal y del Auto de Apertura de Instrucción, se ha imputado la comisión del delito contra la Libertad – Violación de la Libertad Sexual –Violación Sexual de Menor de Edad–, en agravio de la menor con identidad reservada con código 07-2011 (14), el cual está previsto en el inc. 3) del primer párrafo del artículo 173 del Código Penal (con la modificatoria por el Artículo 1 de la Ley N° 28704, publicada el 05 abril 2006), cuyo texto es el siguiente:

El artículo 173 del Código Penal, en su primer párrafo regula la conducta: *"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: (...) 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* (...)".

**SEGUNDO:** Conforme lo ha glosado el *Fiscal Superior en lo Penal*, así como también lo verifica éste Colegiado, de autos se acredita una **versión inicial** que formulara doña Eva Felicia Lizarra Berrospi, habiendo sindicado que el denunciado ha abusado sexualmente de su menor hija de iniciales M.P.R.L de catorce años de edad, cuando esta asistió a una clase de modelaje que dictaba el denunciado en su local ubicado en ***Sector***



LEGALES EDICIONES

***2 Grupo 19 Manzana F Lote 17 del distrito de Villa El Salvador*** hecho ocurrido el 27 de abril del 2011; conforme se demuestra con la **Denuncia Directa N° 024** obrantes a fojas 03 a 04.

**TERCERO:** Que, la agraviada de iniciales M.P.R.L signada con la clave N° **07-2011 (14)** se apersonó a la Comisaría de Villa El Salvador, donde rindió su manifestación policial señalando ser estudiante en el Colegio Peruano Japonés en Villa el Salvador, y que conoce al denunciado por cuanto en el año 2010 se presentó en el Colegio como organizador de eventos sociales (modelaje), y que ha estado frecuentando las clases de modelaje que dicta el denunciado en su local ubicado en el ***Sector 2 Grupo 19 Manzana F Lote 17 del distrito de Villa El Salvador.***

En la referida manifestación policial, ha relatado que el día 27 de abril del 2011, a las 15:00 horas aproximadamente, se encontraba en el Colegio Peruano Japonés había participado en un concurso de baile esperando el resultado de dicho concurso, y que el denunciado quien organiza eventos, show y quien estaba presente como parte del jurado le llamó para decirle que había sido seleccionada como participante del evento de modelaje a efectuarse el 01 de mayo del 2011, y que tendría que probarse algunos vestidos, que el denunciado la condujo por el Paradero Bolívar de Villa El Salvador donde le hizo probarse vestidos para modelaje, luego la condujo a su local del ***Sector 2 Grupo 19 Manzana F Lote 17 del distrito de Villa El Salvador,*** y que estando dentro le hizo sacarse el polo y el brasier que llevaba puesto, la hizo sacarse el short, la hizo echarse sobre unas colchonetas, le ha tocado sus partes íntimas, sus senos y vagina, le chupo los senos, el denunciado se paro encima suyo y bajo su pantalón, hizo que le cogiera el pene, hizo que se lo metiera en su boca, el denunciado eyaculo, se levanto y la acompaño a tomar su vehículo; conforme se demuestra con la **manifestación policial** obrante a folios 74 a 76.

**CUARTO:** Que, la agraviada fue conducida a la División Clínico Forense del Instituto de Medicina Legal a los efectos de realizársele el examen de integridad física, y que en el reconocimiento médico legal se ha descrito que presenta: *"No requiere incapacidad. No desfloración. No signos de actos contranatura"*.

Del referido examen médico legal se ha determinado que la agraviada no presenta huellas de lesiones traumáticas recien-

LEGALES EDICIONES

tes, y que no se evidencian lesiones en sus partes intimas, empero dicho resultado debe ser evaluado teniendo en consideración lo que ha sido materia de denuncia, y que en el presente caso que nos ocupa se trata de abuso sexual no consentido, específicamente de sexo oral no consentido; conforme se demuestra con el **Certificado Médico Legal N° 026892-CLS** obrante a folios 73.

**QUINTO:** Que, de los actuados se ha recabado copia simple de documento nacional de identidad de la menor agraviada de iniciales M.P.R.L signada con la clave N° **07-2011 (14)**, obrante a folios 66, donde aparece padre Pedro Enrique y madre Eva Felicia, fecha de nacimiento 22-09-1996.

Que de la referida documental se desprende que la víctima en el momento de sucedidos los hechos contaba con **catorce** años de edad, resultando ser menor de edad.

**SEXTO**: Que, llegado a este punto, es preciso señalar que conforme ha quedado establecido en la **Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 12 de diciembre del 2012,** recaída en el **Expediente N° 00008-2012-PI/TC,** el máximo intérprete de la Constitución ha establecido como doctrina legal, los criterios expuestos de los fundamentos jurídicos 114 y 115, habiendo dejando establecido que *"115. Lo expuesto exige diferenciar dos tipos de efectos que origina la presente declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 173, inciso 3) del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704: el **primero**, respecto de aquellos casos penales en trámite o terminados en los que se acredite el consentimiento fehaciente y expreso, más no dudoso o presunto, de los menores de edad entre 14 años y menos de 18, que teniendo en cuenta los efectos retroactivos en materia penal favorable al reo, a partir de la presente declaratoria de inconstitucionalidad, no resultarían sancionados penalmente; y el **segundo**, sobre **aquellos casos penales en trámite o terminados en los que no se acredite dicho consentimiento, sino por el contrario, se evidencie que ha existido violencia, agresión o abuso sexual, o grave amenaza, contra dichos menores, o casos en los que no se hubiera podido apreciar si existió o no el aludido consentimiento**, que teniendo en cuenta la especial protección del interés superior del niño y del adolescente aplicable a los procesos que examinan*



LEGALES EDICIONES

*la afectación de sus derechos, a partir de la referida declaratoria de inconstitucionalidad, dependiendo de los hechos concretos, podrán ser susceptibles de "sustitución de pena", "adecuación del tipo penal" o ser procesados nuevamente conforme al artículo 170 del Código Penal u otro tipo penal que resultara pertinente" (resaltado y subrayado nuestro).*

**SÉTIMO**: Que siendo así, los hechos denunciados por el Ministerio Público, los cuales versan en que la menor agraviada (16) ha sido víctima de abuso sexual no consentido por parte del denunciado, hecho que habría ocurrido el 27 de abril del 2011, deben ser adecuados al tipo penal de delito contra la Libertad – Violación de la Libertad Sexual **–Violación Sexual–** delito previsto por el primer párrafo del artículo 170 del Código Penal como tipo base con la circunstancia agravante del inciso 2) del segundo párrafo del artículo 170 del Código Penal *(con la modificatoria por el Artículo 1 de la Ley N° 28704, publicada el 05 abril 2006, y la modificatoria por el Artículo Único de la Ley N° 28963, publicada el 24 enero 2007)*, por cuanto este articulado se encontraba vigente cuando sucedieron los hechos, siendo de aplicación tal normativa, mas no las modificatorias que se han efectuado con posterioridad.

**1. La responsabilidad penal por deberes en virtud de competencia de organización. El caso del delito contra la libertad sexual por abuso de poder o dominio.**

Actualmente la dogmática penal en todas sus instituciones principales prácticamente se ha funcionalizado, y en esta línea según la clasificación propuesta por el Prof. Günther Jakobs, la imputación penal se realiza sobre la base de dos criterios: por un lado, **la responsabilidad por deberes en virtud de competencia de organización**, y por otro lado, **la responsabilidad por deberes en virtud de competencia por institución.**[137]

Cuando Jakobs habla de que el primer fundamento de la responsabilidad penal (competencia por organización) se relacio-

137 JAKOBS, Günther; *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la Parte General del Derecho penal*, Cancio Meliá (trad.), Bogotá, 2001, p. 11. JAKOBS, Günther; *La imputación objetiva en Derecho penal*, Cancio Meliá (trad.), Madrid, 1996, pp. 101 y ss; SÁNCHEZ / VERA GÓMEZ-TRELLES; *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002, pp. 37 y ss., pp. 83 y ss., y p. 93.

LEGALES EDICIONES

na con los deberes generales de actuación[138], el mismo que se está refiriendo a que cada persona, por ser persona, está obligada a cumplir deberes generales que incumben a todos en igualdad de condiciones, siendo el deber más general –y el primero que antecede a todos– el de no lesionar a los demás en sus bienes[139] –acuñado en el latín con la expresión *neminem laede*–; al mismo tiempo el estatus más general es el de persona en Derecho[140]. La existencia de deberes generales hace que la libertad general de configuración que tiene cada persona no sea ilimitada, y de hecho tiene que haber límites a la libertad[141]. También Bacigalupo ha definido el principio *neminem laedere*, como aquél principio que establece que todos los ciudadanos son libres de configurar sus propias actividades y tareas personales, con la contrapartida de responder por los daños que ello cause a los demás[142].

El rol general de ciudadano se fundamenta en la separación de esferas de organización entre los ciudadanos y en la autonomía organizativa que cada uno tiene dentro de las mismas[143]. En la medida en que se trata de una separación de esferas, el ciudadano responde únicamente por su propia organización[144]. Las competencias de organización se expresan en los siguientes deberes especiales: **a)** los ***deberes de aseguramiento*** que pueden los deberes del tráfico, estos deberes pueden infringirse mediante acciones u omisiones, que denotan una infracción al

138 JAKOBS, Günther; *Estudios de Derecho penal*, Peñaranda/Suárez/Cancio (trads.), Madrid, 1997, p. 347.

139 JAKOBS, Günther; *Injerencia y dominio del hecho*, cit., p. 12. Todo ordenamiento regulador de la existencia de personas, esto es, todo orden social, contiene como *mínimo* el deber que se impone a toda persona de no dañar a otra persona. No existe la expectativa de que todos prestarán ayuda a todos, sino sólo la expectativa de que no se perturbarán.

140 JAKOBS, Günther; *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, traducción de Manual Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, 2003, p. 108. POLAINO-ORTS, Miguel; *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, Lima, 2012, p. 70.

141 CARO JOHN, José Antonio; *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho penal funcionalista*, Lima, 2010, p. 72.

142 BACIGALUPO, Enrique; *Principios de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Madrid, 1997, p. 406.

143 Véase, en este sentido: LESCH; *Intervención delictiva e imputación objetiva*, traducción de Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Bogotá, 1995, pp. 67 y ss.

144 GARCÍA CAVERO, Percy; *Lecciones de Derecho Penal*, Lima, 2008, p. 292.



LEGALES EDICIONES

rol general del ciudadano; **y b)** Los ***deberes de salvamento***, que pueden ser de *asunción de riesgos* ubicados ya en otras esferas de organización; así también pueden ubicarse los deberes de salvamento en la introducción de riesgos de conductas *previas especiales de carácter peligroso (injerencia)*.

En el presente caso, se trata del delito de violación sexual del artículo 170 del Código Penal, especialmente por el abuso de poder o dominio del sujeto, regulado en el segundo párrafo, en el inciso 2 del mismo articulado 170, que señala lo siguiente: *"Si para la **ejecución del delito** se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge, conviviente de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, **de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral** o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar"*.

Que estando a que la conducta imputada al encausado se adecua al articulado antes indicado del Código Penal, cuya vía procesal resulta ser Sumaria: por tanto, corresponde ***adecuar*** la conducta incriminada al tipo penal antes indicado, en consecuencia, la ***reconducción*** del presente proceso a los trámites de la vía procedimental sumaria, conforme al Decreto Legislativo N° 124; por tanto, corresponde devolver los autos al Juzgado de origen a fin de adecuar la presente a su vía procesal.

En consecuencia, el artículo 170, segundo párrafo, inciso 2, del Código Penal, el Colegiado sostiene que dicho articulado responde al grupo de delitos de infracción de deberes en virtud de una competencia por organización, por lo cual el sujeto imputado CARLOS ALBERTO TAIPE HERHUAY debe responder en el respectivo proceso penal si ha existido o no una defectuosa administración en sus ámbitos de competencia que dicho sujeto desempeñaba en la Sociedad (*deberes de aseguramiento)*; en otras palabras, se tendría que establecer, dentro del debido proceso llevado a cabo por el Juez *A quo*, si TAIPE HERHUAY ha infringido o no su rol general de "promotor" y/o "auspiciador" de eventos de belleza y modelaje de prendas femeninas de vestir.

LEGALES EDICIONES

**RESPECTO AL OTRO EXTREMO, DE ACTOS CONTRA EL PUDOR DE MENOR DE EDAD:**

**OCTAVO:** Que, en ese contexto, se advierte que si bien el presente proceso se inició bajo los alcances del proceso Ordinario, en el entendido que se trataba del delito de Violación Sexual de Menor de Edad delito previsto en el inciso 3) del primer párrafo del artículo 173 del Código Penal, el cual tiene naturaleza Ordinaria; que habiéndose dispuesto su adecuación del tipo penal al delito de Violación Sexual el cual se encuentra regulado en su tipo básico por el primer párrafo del artículo 170 del Código Penal, el cual tiene naturaleza Sumaria, corresponde por consiguiente su reconducción al procedimiento Sumario.

Del mismo modo, corresponde su reconducción al procedimiento Sumario, en cuanto, al otro extremo, por el ilícito penal de Actos contra el Pudor en Menor de Edad, las mismas que tienen naturaleza Sumaria, conforme al artículo 1 y 2 de la Ley N° 26689, en concordancia con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 124; por tanto, este Tribunal considera que debe tramitarse la causa en la vía correspondiente y por ende devolverse los actuados al Juez de la causa para que continúe con la tramitación conforme a Ley.

**PARTE RESOLUTIVA:**

**DECISIÓN:**

Por lo antes expuesto, los señores Jueces Superiores que conforman la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, declaran:

1. **DISPUSIERON:** la **ADECUACIÓN** de la presente causa seguida contra **CARLOS ALBERTO TAIPE HERHUAY (REO LIBRE)** como presunto autor del delito contra la Libertad – Violación de la Libertad Sexual –Actos contra el Pudor de Menor de Edad–, en agravio de las menores con código 06-2011 (16) y 07-2011 (14), delito previsto por el primer párrafo del artículo 176 del Código Penal; y del delito contra la Libertad - Violación de la Libertad Sexual –Violación Sexual de Menor de Edad–, en agravio de la menor con código 07-2011 (14), delito previsto por el inc. 3) del primer párrafo del artículo 173 del Código Penal; ***al delito contra la Libertad - Violación de la Libertad Sexual –Actos contra***



LEGALES EDICIONES

***el Pudor de Menor de Edad–, en agravio de las menores con código 06-2011 (16) y 07-2011 (14), delito previsto por el primer párrafo del artículo 176 del Código Penal, con la agravante del inciso 1) del segundo párrafo del artículo 176 del Código Penal*** *(con la modificatoria por el Artículo 1 de la Ley N° 28704, publicada el 05 abril 2006);* ***y del delito contra la Libertad - Violación de la Libertad Sexual –Violación Sexual–, en agravio de la menor con código 07-2011 (14), el cual está previsto en el primer párrafo del artículo 170 del Código Penal como tipo base con la circunstancia agravante del inciso 2) del segundo párrafo del artículo 170 del Código Penal*** *(con la modificatoria por el Artículo 1 de la Ley N° 28704, publicada el 05 abril 2006, y la modificatoria por el Artículo Único de la Ley N° 28963, publicada el 24 enero 2007).*

2. **RECOMENDARON:** al Juzgado de origen ***ampliar*** el plazo de instrucción, a efecto de que se cumplan las diligencias solicitadas por el señor representante del Ministerio Público en su denuncia penal debidamente formalizada, así como las ordenadas oportunamente por el *Ad-Quo*, así como las demás diligencias que se consideren necesarias para el mejor esclarecimiento de los hechos.
3. **DEVOLVIERON:** para tal efecto los autos al Juzgado de origen para que proceda a la **SUMARIZACIÓN** del proceso al trámite correspondiente. **Notificándose y lo devolvieron.-**

**ROJAS TRUJILLO / REÁTEGUI SÁNCHEZ / SOLIS DE LA CRUZ**

## 7. LOS DEBERES ORGANIZACIONALES

Sobre los deberes institucionales se fundamentan en las instituciones positivas, las mismas que se configuran en los contactos de los ámbitos de vida en una sociedad. Estos deberes no tienen que ver con la violación de los límites generales de la libertad, sino con la inobservancia de los límites trazados por un estatus especial de carácter institucional[145]. Por esta razón la relación

145 CARO JHON, José Antonio; "Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber", disponible: *www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario* (20-10-2014); el mismo: *Manual teórico-práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación*

LEGALES EDICIONES

entre personas vinculadas institucionalmente tiene un contenido positivo, pues el deber se dirige a un determinado obligado especial, no para que simplemente «no dañe» los bienes de los demás, sino para que fomente y mantenga seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de peligro o de lesión.

> "Las instituciones pueden ser la relación paterno-filial, el matrimonio, la confianza especial y, para los deberes genuinamente estatales, las relaciones estatales de poder, la función policial de velar por la seguridad elemental para la ciudadanía y, por último, el velar por la sujeción a la ley de quienes están vinculados a la Administración Pública y a la Administración de Justicia, como principio fundamental del Estado de Derecho"[146]. "Se trata, pues, de aquellas formas de relaciones sociales respecto a las cuales no existe –al menos en general– ninguna alternativa de organización"[147].
>
> La figura penal del feminicidio (incorporado inicialmente por la Ley N° 29819, y luego modificada y reubicada por la Ley Nro. 30068) se encuentra dentro de la categoría de los delitos de infracción del deber porque el autor lesiona un específico deber institucional impuesto por deberes extra-penales que emanan del matrimonio, de las relaciones convivenciales entre parejas, los mismos que imponen entre los integrantes de esta institución, deberes de salvamiento, de protección y de vigilancia con respecto de sus bienes jurídicos.
>
> En otras palabras, en el delito de feminicidio, más allá de los aspectos de violencia de género, lo que se lesiona es la defraudación del "deber positivo" que debe garantizar una relación ya existente entre obligado (autor) y bien jurídico (institución), puntualmente *los deberes de*

*y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*, Lima, 2014, p. 188; El mismo: *Normativismo e imputación jurídico-penal*, Lima, 2010, pp. 84 y ss.

146 JAKOBS; *Derecho penal. PG*, ob. cit., §§ 29/58 y ss. (pp. 994 y ss).

147 JAKOBS; *Derecho penal. PG*, ob. cit., § 29/58 (p. 994).



LEGALES EDICIONES

*asistencia y respetuo mutuo que debe de existir entre personas que hacen vida en común*, independientemente de su dominio del hecho o de la organización. Esta peculiaridad fundamental resulta imprescindible de valorar al momento de dosificar la pena concreta, dado que el injusto de este delito reviste una mayor gravedad que el injusto de un delito de homicidio simple, por la naturaleza *institucional* de los deberes infringidos del autor".

No se debe dejar de tomar en consideración que no todo el mundo tiene un tipo de deberes u otro, no todo rol jurídico es "completamente blanco o completamente negro". En ocasiones, de un mismo rol social se pueden derivar deberes negativos de no lesionar y, además, deberes positivos de actuar en beneficio de los intereses de un tercero. Por ejemplo, el deudor, que tiene amplias competencias de disposición de su propio patrimonio, a pesar de que éste garantice el pago de sus deudas, sólo tiene el deber de no perjudicar fraudulentamente a sus acreedores. Pero en el momento en el que se encuentra en una situación de "insolvencia inminente" surgen deberes positivos como, por ejemplo, solicitar la declaración de concurso en beneficio de sus acreedores. Si bien la infracción de dichos deberes no supone ya la comisión de un hecho típico, a efectos de valorar su conducta como insolvencia punible no se puede dejar de tomar en consideración ese cambio de "estatus jurídico" desde la perspectiva de la ley concursal. Saliéndonos del ámbito de los delitos económicos, el funcionario tiene el deber positivo de que no desaparezcan los caudales o efectos públicos a su cargo por razón de sus funciones (art. 432 CP) al mismo tiempo que tiene el deber negativo de no abusar de su cargo para cometer algún delito de estafa o apropiación indebida (art. 438 CP).

## 8. SOBRE LAS FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN PENAL (TENTATIVA)

Las formas "imperfectas" de ejecución, nos referimos a casos en los que el autor no llega a realizar "perfectamente" la conducta del hecho típico, pese a intentarlo. Por el contrario, cuando la ejecución sí es "perfecta" y la conducta coincide con ese supues-

LEGALES EDICIONES

to de hecho, estaremos ante la consumación del delito. La tentativa como figura penal de interrupción de los actos de ejecución en el delito, la misma que se encuentra regulada en el artículo 16 del Código Penal, que señala: "*En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena*"; no obstante que la definición legal abraza parámetros subjetivistas ("...que decidió cometer"), no es óbice para que se proceda a fundamentar teóricamente la tentativa sobre la base de consideraciones funcionalistas del Derecho penal.

En esa línea de pensamiento, la tentativa, según el Prof. Jakobs debería ser "objetivamente" como una conducta "perturbadora" que sale del "ámbito interno" de la persona y no es ya controlable por ella[148]; para ello no sería necesario analizar primero la subjetividad del autor: recién "una conducta externa que perturba permite la pregunta acerca del contexto interno"[149]; en consecuencia, no podría partirse de una "parte subjetiva" del hecho para definir la tentativa, pues ello supondría admitir un "control de los aspectos internos".

Se puede definir a la tentativa de la misma manera que al ilícito, esto es, como quebrantamiento de la norma en si perfecto, aunque no tan fuertemente objetivizado como en la consumación. Sostiene que el ilícito se encuentra en su mínima expresión ya cuando el autor comunicó su contradicción con la norma, para él este mínimo ilícito es en sí mismo perfecto en el sentido de que la norma fue realmente infringida.

La tentativa sería punible, entonces, cuando el autor, de acuerdo con su comportamiento externo "comienza a arrogarse una organización"[150], en este caso, cuando comienza el sujeto activo a sustraer el bien mueble ajeno; recién con ello se "convierte en vinculante lo que subjetivamente quería expresar". La

148 JAKOBS, Günther; "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en: *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Lima, 2000, p. 220.

149 JAKOBS; "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", *cit.*, p. 220.

150 JAKOBS; "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", *cit.*, p. 220.



LEGALES EDICIONES

punibilidad de la tentativa debería ser menor que la de la "consumación", pero mayor que a la de la conducta cometida bajo la imprudencia o error evitable.

## IV. SOBRE EL PROGRESIVO DESARROLLO DEL (NUEVO) MODELO KANTIANO EN EL DERECHO PENAL

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Como todo en la vida suceden cambios importantes y otros no tanto, y en la ciencia del Derecho también sucede lo mismo, en ese sentido, en el Derecho penal, la teoría jurídica del delito en los últimos tiempos también ha sufrido algunos cambios en su estructura y en su fundamentación, para algunos ha sido bien recibido al interior del Derecho penal y para otros ha sido un obstáculo para el rendimiento de la teoría del delito.

Sin embargo, me atrevería a decir que la perspectiva a futuro del Derecho penal en Latinoamérica y en especial lo que está viviéndose en el Perú, transcurrirá desde dos vertientes bien definidas: en primer lugar, el avance progresivo tanto en la jurisprudencia penal nacional y en la doctrina nacional, del sistema funcionalista sistémico y en el Perú al menos son tres los sistemas que reinan: así, en primer lugar, todavía sigue vigente el sistema finalista del Prof. Hans Welzel en la dogmática y en la jurisprudencia; en segundo lugar, ubicamos la tesis del Prof. Claus Roxin en delitos imprudentes, y en tercer lugar, ubicamos la tesis del Prof. Günther Jakobs.

En la actualidad, son muy conocidas dos formulaciones de imputación objetiva: de un lado, se encuentra la "formulación de algunos principios de imputación objetiva entendida de manera tópica (esto es: como un conjunto de *topoi*, esos criterios o elementos de mínimo común denominador a que se pueden reducir un grupo de casos problemáticos), debido a Roxin; y en segundo lugar, se halla la formulación normativa funcionalista del Profesor Jakobs; que ha desarrollado una completa teoría, global y perfecta, de la imputación objetiva.

LEGALES EDICIONES

Además, puede destacarse una corriente minoritaria, pero muy interesante, que es la concepción kantiana de la imputación, que en Alemania ha formulado recientemente Hruschka y en España sobre todo Sánchez-Ostiz, autor de un libro muy interesante sobre la "imputación kantiana", y Miro Llinares, con quien publiqué recientemente en el Perú un libro de polémica, debate y aportaciones personales, titulado precisamente "La imputación penal en debate".

Irónicamente, y para demostrar una vez más que la historia es dialéctica, cíclica-espiral, en la actualidad, el *debate central del Derecho Penal* –ha dicho Polaino Navarrete– se da justamente entre dos de las más relevantes (y más publicitadas) corrientes doctrinales de estos tiempos: una de ellas, la *neohegeliana*, expresada a través del funcionalismo normativista de G. JAKOBS[151] y la otra, la *neokantiana*, puesta de manifiesto a través de la doctrina normativista sustentada en el concepto kantiano de libertad, defendida por M. KÖHLER[152], R. ZACZYK[153] y M. KAHLO,[154] discípulos todos ellos del penalista y jusfilósofo E. A. WOLFF, fundador de la denominada *"Primera Escuela de Frankfurt"*.[155]

Ahora bien, fuera de este nuevo *retorno a KANT*[156] –y sólo en el ámbito del Derecho, hay que ser claros en este punto–, y relievando un aparentemente innegable *regreso a HEGEL*, me pa-

151 JAKOBS, G.; *"Der Zweck der Vergeltung. Eine Untersuchung anhand der Straftheorie Hegels"*, pp. 251 y ss.

152 KÖHLER, M.; *Strafrecht. Allgemeiner teil*, Springer-Verlag, Berlín, Heidelberg, 1997.

153 ZACZYK, R.; *Das unrecth der versuchten Tat*, Dunker & Humboldt, Berlín, 1990.

154 KAHLO, M.; *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt. Eine strafrecthlich-recthphilosophische Untersuchung zur Theorie des personalen Handelns*, Vittorio Klostermann Verlag, Frankfurt am Main, 2001.

155 Esta Escuela defiende una posición kantiana del Derecho, de tipo normativista y personalista, que sitúa en el núcleo de su aparato teórico la concepción que de persona desarrollara en su tiempo I. KANT, esto es, un ser libre, un *fin en sí mismo*. De ahí que el delito sea considerado, bajo esta determinación teórica, como un atentado contra tal libertad y contra dicho fin, lo que, a su vez, niega la autodeterminación.

156 Que, por supuesto, poco o nada tiene que ver con el celebérrimo libro de O. Liebmann, *"Kant und Epigonen"* de 1865, o la *"Historia del materialismo"* de F. A. Lange (1828-1875), que marcaron el impulso del neokantismo alemán de mediados del siglo XIX; mucho menos con esta corriente en sí misma.



LEGALES EDICIONES

rece que resulta tanto legítimo, cuanto necesario, preguntarse, ¿por qué volver a él, a HEGEL, filósofo de postura más teórica que práctica[157], en tiempos de pragmatismo y utilitarismo generalizado por la propaganda cultural de la globalización occidental, y, sobre todo, por qué hacerlo desde el espacio del Derecho? O, con tono distinto, mejor cabría preguntarse, ¿qué valor significante puede haber en el pensamiento filosófico de HEGEL para, en general, regresar a él? Veamos, pues, y tratemos de responder los interrogantes.

Muchos filósofos, sociólogos, politólogos, psicólogos contemporáneos, y demás estudiosos especializados, han considerado que, en cierto sentido, y por la innegable proyección de su formidable y colosal producción teórica –la que sin duda, y a pesar de toda la propaganda negra que se le ha hecho, se extiende influyente hasta la actualidad–, HEGEL ha sido, en el siglo XX, lo que ARISTÓTELES, en frase de ALIGHIERI, fue para la Edad Media: «el maestro de aquellos que saben».[158]

Aparte del modelo jurídico-penal de corte finalista y funcionalista, existe una tercera versión actual en la dogmática penal (alemana), hablamos de la postura neokantiana. Hablando en términos kantianos, el individuo inteligente del tipo que se acaba de esbozar es el *homo phaenomenon*, el ser sensorial tal y como aparece en el mundo de la experiencia. Kant opone a ese individuo el *homo noumenon*, el ser racional ideal, cuyo código no es otra cosa que una descripción del contenido de la libertad, concretamente:

157 Ciertamente Hegel no fue, como Marx, un filósofo que diseñó, a partir de su producción teórica, un proyecto de cierto tipo de praxis; empero, no obstante ello, es no menos cierto que aquél estuvo no menos convencido de que la filosofía era todo, menos pura teoría. Por ejemplo, en una carta dirigida a su amigo Niethammer, de fecha 28 de octubre de 1808, Hegel escribió: *"El trabajo teórico es más eficaz a menudo que el práctico. Una vez se ha revolucionado el reino de la representación, la realidad no se tiene ya más en pie"* (*sic.* HEGEL, G. W. F.; *"Briefe"* Dir. J. Hoffmeister, Meiner, Hamburg, 1953-61, T. I, p. 253), expresión que bien puede ser entendida como que la transformación real tiene su centro de gravedad y su condición de posibilidad en la transformación mental (*cfr.* CEREZO GALÁN, P.; *Teoría y praxis HEGEL*, Universidad de Granada, 1976, p. 138). He aquí la relación entre teoría y práctica en Hegel.

158 COLOMER, E.; *El pensamiento alemán. De Kant a Heidegger*, Tomo Segundo: El idealismo: FICHTE, SCHELLING y HEGEL, Editorial Herder S. A., Barcelona, 1986, p. 113.

LEGALES EDICIONES

el orden con base en deber y derecho. En este contexto, para Kant cualquier ser racional está en condiciones de comprender la necesidad de este código y de concretar el contenido de los deberes y derechos mediante el uso del imperativo categórico.

El propio Kant habla de que se trata de sistemas distintos, que no se excluyen mutuamente, sino que, más bien, permiten explicar distintas cosas.[159] Cuando tomamos «en consideración las acciones en relación a la razón, es decir, con intención práctica, encontramos una regulación y un orden completamente distintos del orden natural. Pues entonces quizás no debería haber sucedido nada de lo que sí ha sucedido de acuerdo con el curso natural y que conforme a sus razones empíricas inevitablemente debía suceder. Por lo tanto, junto al sistema de la naturaleza, determinado por leyes causales, aparece el sistema creado «con intención práctica» y configurado por leyes del deber ser.

Escogeré un punto de partida formalmente equivalente (pero sólo formalmente) al camino de Kant, distinguiendo en términos de teoría de los sistemas entre los distintos individuos con su «propia» consciencia y la sociedad como sistema de la comunicación. Partiendo de tal comprensión, el Derecho aparece como estructura de la sociedad, y tanto los deberes como los derechos, hablando en los términos de la teoría de los sistemas: las expectativas normativas, no están dirigidas a individuos, sino a destinos construidos comunicacionalmente[160] que se denominan personas. No es necesario entrar aquí en los detalles; pues en todo caso, tanto en el punto de partida de la teoría del sujeto de Kant como en el punto de partida de la teoría social, el mundo normativo configura un sistema propio, que, especialmente, no es idéntico con el mundo ordenado en función de satisfacción e insatisfacción del individuo, y decide autónomamente cuáles son los procesos en el mundo de los sentidos que son relevantes para el mundo normativo[161] y cuál es el significado del que se trata.

159 Véase: *http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com.*

160 Palabra compuesta.

161 Véase: *http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com.*

LEGALES EDICIONES

Este desarrollo de los conceptos del Derecho desde su carácter normativo es la idea de la normativización, que se mostrará en lo que sigue en algunos desde luego que no todos los conceptos de la teoría jurídico penal de la imputación.

## 2. SOBRE SUS PRINCIPALES REPRESENTANTES DEL MODELO KANTIANO EN EL DERECHO PENAL

Los principales representantes del modelo kantiano en el Derecho penal son los siguientes:

### 2.1. El modelo de Joachim Hruschka

Habrá que advertir que en la doctrina penal alemana, autores de orientaciones tan diferentes como los profesores Roxin, Jakobs y Hruschka[162] sitúan este concepto de "imputación" en el centro de sus obras de Derecho Penal[163]; en ese sentido, según Hruschka el concepto de imputación en sede penal se realiza sobre dos niveles. La imputación de primer nivel ("*imputatio facti*") es la imputación de un proceso como ejecución de una acción o de una inactividad como omisión de una acción, en la respectiva situación relevante según los tipos contenidos en la "lex". Es la "*declaratio, quod aliquis sit auctor facti*", esto es, la declaración de que el sujeto en cuestión es "*causa moralis*" del hecho comisivo u omisivo del que se da cuenta[164].

Por ello, la imputación de primer nivel –continúa el Profesor Hruschka– quiere decir precisamente que, en opinión del Juz-

162 De HRUSCHKA (que ya en 1976 publicó su libro *Strukturen der Zurechnung*) puede verse en español: *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, traducción de Baldó, en *ADPCP* 1994, pp. 344 ss., donde da las pautas de tesis de imputación penal.

163 El concepto de "imputación" ha ocupado un lugar central en la doctrina del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII y en los penalistas hegelianos del siglo XIX, dicho término (imputación) cayó en desuso en Alemania en las dos últimas décadas del mismo siglo a consecuencia del naturalismo positivista, que se extendió en la doctrina alemana a través, sobre todo, de la influencia del Tratado de von Liszt. MIR PUIG, Santiago; "Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal", en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2003.

164 HRUSCHKA, Joachim; *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, traducción de Pablo Sánchez-Ostiz, Segunda Edición, Buenos Aires-Montevideo, 2009, p. 15.

LEGALES EDICIONES

gador imputante, el autor ha tenido una alternativa a su hecho comisivo o a su hecho omisivo; o expresado de otra forma, que ha estado en situación de omitir el hecho comisivo imputado o bien de ejecutar el hecho omitido. "Imputación (*Zurechnung*)" –se expresa en *Die Metaphysik der Sitien*: de Kant– "es el juicio por el que se considera a alguien como *causa moralis* de una acción, que, a partir de entonces, se denomina hecho (*factum*) y se somete a las leyes"[165].

Por el contrario, la imputación de segundo nivel es el juicio sobre el merecimiento del hecho, esto es, como igualmente comprensiva de méritos y deméritos. Si se emite este juicio, ello significa que ya ha tenido lugar la aplicación del sistema de reglas de comportamiento al hecho. Existe por ello igualmente aquí una relación de implicación: la imputación de segundo nivel implica la aplicación del sistema de reglas de comportamiento competentes al hecho.

Este juicio de imputación del segundo nivel también se expresa en algo acerca de la libertad con la que obró el autor. Si nos circunscribimos a la imputación de hechos antijurídicos a la culpabilidad, la imputación de segundo nivel significa el juicio por el cual se considera que el autor que obró con conocimiento de la antijuridicidad de un hecho, por una parte, tuvo un motivo para omitir la acción prohibida o para ejecutar la acción prescrita y, por otra parte, no tuvo ningún contramotivo comprensible que le impidiera el cumplimiento de su deber. Es en este sentido en el que se considera que fue "libre" el autor al que se le imputa el hecho. De este concepto de libertad ha de distinguirse el manejado en la imputación de primer nivel, en la que se trata de la alternativa que tuvo el autor a su acción[166].

Junto a los dos niveles de imputación, han de distinguirse dos tipos de imputación. Ésta puede ser, en efecto, ordinaria y extraordinaria. En los dos niveles de imputación de un hecho (antijurídico), es ésta "ordinaria", si y porque el juzgador no aprecia razón alguna que la excluya. La imputación es, por el

165 HRUSCHKA; 2009, p. 16.

166 HRUSCHKA; 2009, pp. 21 y 22.



LEGALES EDICIONES

contrario, "extraordinaria", si en efecto concurre una tal causa de exclusión de la imputación y, sin embargo, precisamente por ello se hace responsable al autor[167].

El propio Silva Sánchez ahondando más en el tema de las consideraciones referentes a Hruschka, ha dicho que las reglas de comportamiento, que pueden acoger diversos contenidos deónticos, tienen en su esquema una función prospectiva, de configuración de la realidad. Pero también una función retrospectiva, como baremo de análisis de la conducta ya producida, en la llamada *applicatio legis ad factum*. Las reglas de imputación, en cambio, solo tiene una función retrospectiva, aunque obviamente sean elementos de la regla de comportamiento dirigida al Juez[168].

Las reglas de imputación, de primero y segundo nivel, han sido objeto preferente de la atención de Hruschka –señala Silva Sánchez–. "Así, la *imputatio facti* (o conjunto de reglas de imputación del primer nivel: anteriores a la *applicatio legis*) se refiere a la atribución de un proceso como *factum* a un sujeto, en la medida en que éste es considerado *causa moralis* de aquél. Ello requiere que el agente pueda ser contemplado precisamente como *causa libera*, esto es, que disponga de libertad. Por tanto, la imposibilidad física, la necesidad física y la ignorancia de hecho la excluyen. La *imputatio iuris* (conjunto de reglas de imputación del segundo nivel: tras la *applicatio legis*) se excluye, en cambio, por el estado de necesidad y el error de prohibición"[169].

### 2.2. El modelo de Edgardo Alberto Donna

De manera que la imputación, que es de lo que verdaderamente se trata en la teoría del delito, está signada por el concepto kantiano: Imputación *(imputatio)* –decía Kant– en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como

167 HRUSCHKA; 2009, p. 23.

168 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; en "Prólogo" al Libro de HRUSCHKA, Joachim; *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, traducción de Pablo Sánchez-Ostiz, Segunda Edición, Buenos Aires-Montevideo, p. XX.

169 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; en "Prólogo" al Libro de HRUSCHKA, Joachim; *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, traducción de Pablo Sánchez-Ostiz, Segunda Edición, Buenos Aires-Montevideo, p. XX.

LEGALES EDICIONES

autor *(causa libera)* de una acción, que entonces se llama acto *(factum)* y está sometido a leyes; si el juicio conlleva a la vez consecuencias jurídicas para el acto, es una imputación judicial *(imputatio judiciarias)*. En caso contrario, sólo válida una imputación dictaminadora *(imputatio diiudicatoria)*.

La persona (física, moral) competente para imputar judicialmente se llama juez o también tribunal *(iudex s. forum)*. En principio, se puede afirmar que el hecho penal resulta de acciones interpersonales libres como concepto general de acción y omisión que lesionan mandatos o prohibiciones con ello bienes jurídicos[170].

En esa forma de imputación o atribución lo que está en juego en sus dos etapas básicas –la imputación de primer grado, esto es, el hecho típico, antijurídico, y la imputación de segundo grado, esto es, la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad del hecho– es lo que se ha dado en llamar "lo injusto" o "lo ilícito" y "la culpabilidad". Todo ello significa la protección de la libertad individual que es tanto el punto de partida como la meta final de un Derecho Penal en un Estado de Derecho[171].

a) La imputación de primer nivel.- Se podría conceptualizar, de manera general, al hecho penal, en el ámbito de la imputación de primer nivel, como la acción intencionada y libre del autor que reúne las características de la tipicidad objetiva, antijurídica que colisiona con otro ámbito de libertad de otro sujeto ya sea de manera directa o indirecta[172].

b) La imputación de segundo nivel.- La imputación de segundo nivel es el juicio sobre el merecimiento del hecho. Se trata en el fondo de un juicio sobre el demérito, en el cual se trata la culpabilidad del autor. El juicio de culpabilidad se basa en las reglas de comportamiento y de su antijuridicidad. Tal como Kant lo había visto, "la culpabilidad presupone siempre un injusto".

---

170 DONNA, Edgardo Alberto; *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II. *Teoría General del Delito - I*, Editores Rubinzal Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2008, p. 11.

171 DONNA; *Tomo II. Teoría General del Delito - I*, 2008, p. 13.

172 DONNA, *Tomo II. Teoría General del Delito - I*, 2008, p. 15.



LEGALES EDICIONES

Nuevamente aparece el tema de la libertad, tal como fue explicado como elemento que cruza todas las categorías del delito.

LEGALES EDICIONES

CAPÍTULO

# 11

# EL CONCEPTO DE ACCIÓN COMO CATEGORÍA DEL DELITO

*"...la noción de acción tiene su germen, no ya en el movimiento, sino en el comportamiento o conducta física del agente y, precisando más, en aquel comportamiento de la persona que entra en el cuadro de las condiciones necesarias para la producción del evento".*

*CARNELUTTI, Francesco; Teoría general del delito, traducción de Víctor Conde, Madrid, 1952, pp. 190 y 191.*

## I. CUESTIÓN PREVIA: EL CONCEPTO ÓNTICO DE ACCIÓN

Si por un momento leemos el Código Penal argentino nos daremos cuenta que el art. 89 prescribe lo siguiente: "*Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otra, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otro disposición de este Código*". Así se trata de un sujeto anónimo indeterminado ("el que"), la acción consiste en causar un "daño" a otro y el resultado será las lesiones. El problema de la acción es, indudablemente, del campo del Derecho penal, pero lo es también en el campo del Derecho en general[1], pues la acción, como uso lingüístico es un concepto multívoco y tiene repercusiones por ejemplo en el campo procesal, pues se habla del ejercicio de la acción para actividad del órgano jurisdiccional (civil, penal, laboral, etc.) como derecho subjetivo, como actividad procesal.

En el campo de la dogmática jurídico-penal también se emplea el término "acción" para referirse a todo movimiento cor-

1 BETTIOL, Giuseppe; *El problema penal,* traducción directa de José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires, 1995, p. 135.

LEGALES EDICIONES

poral y voluntario (delitos de mera actividad) por oposición a los delitos de resultado, en general se puede decir que abarca todo lo relacionado a un comportamiento humano. Desde siempre se ha dicho que unos de los principios fundamentales del Derecho penal es que aquel es un derecho de actos, es decir que tiene como referencia inicial acciones humanas, de tal forma que sólo los comportamientos humanos pueden constituir delitos[2]. Es evidente que si el Derecho es un sistema fijado a través de un orden de motivación, resulta obvio que sólo las acciones, como parte de la libertad humana, de la voluntad humana, pueden ser contenido de ese Derecho. La acción es la manifestación más genuina de la proyección del poder humano destinado a transformar una realidad.

Prefiero el término "comportamiento", mejor que la "acción"[3], –aunque en la práctica poco importa la denominación– pues la conducta humana que debe interesar al Derecho penal no es que el sujeto realice tantos movimientos o estados corporales para desvalorarlos, sino que la conducta sea dotada de una significación en el ámbito de la tutela penal. Establecerse si es dentro del Derecho penal se debe trabajar con un concepto propio de

2 MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, p. 151.

3 En contra ROJAS VARGAS, Fidel; *Actos Preparatorios, Tentativa y Consumación del delito*, Lima, 1997, p. 71. Este autor afirma: "Tanto el comportamiento como la conducta son por lo demás variables etológico-psicológicas utilizadas para el registro de las diversas esteriorizaciones humanas y animales, prescindiendo de si éstas son conscientes y dirigidas o no. *En cambio la acción* es atributo sólo predicable de los seres humanos, de las personas concretas que interactúan con sentido y finalidad. Los animales inferiores al ser humano no realizan acciones, pero sí ofrecen conductas y comportamientos que un observador estratégico puede registrar y evaluar". Así: MIR PUIG; 1996, PASSIN, prefiere el término "comportamiento", pues la "acción" alude a una intervención "activa" y resulta poco adecuado el carácter pasivo de los comportamientos. De ahí que prefiramos hablar "comportamiento" en lugar de "acción".

Aunque existen una multiciplicidad de conceptos en relación al juego gramatical en la temática de la acción, así unos señalan a la misma "acción", otros en cambio prefieren el término "conducta", o "hecho" en cuanto comprende el resultado. BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE; 1999, p. 23. Asimismo manifiestan que "...no es coherente aceptar una definición de delito como "acción", "acción u omisión", "comportamiento" o "conducta". Una consecuencia con lo expresado en las líneas precedentes y con lo dicho en relación con el poder de definición del Estado de un conflicto como criminal, sería la definición del delito como un *conflicto social típico y antijurídico*".

LEGALES EDICIONES

acción, es decir, si es la propia normatividad (especialmente el tipo penal) la que debe proporcionar los elementos y requisitos para la construcción de la acción, o si es conveniente emplear una noción óntica que siendo extra-jurídica puede en principio ser usada no solamente por el Derecho penal, sino también por las otras ramas del Derecho.

Está claro que un concepto de acción penal deberá atravesar todas las categorías del hecho punible como la acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad y constituir en cierto modo su columna vertebral. La función de la unión de la acción requiere que ésta se constituye en factor común de todos los tipos de delito, capaz de englobarlos, de tal forma que se desprenden los siguientes contenidos: la acción debe ser neutral frente al tipo, la antijuricidad y culpabilidad, ya que si bien es un "elemento de unión" la acción no debe añadir consideraciones en su seno que sean reproducidos después en los demás escalones valorativos pues eso sería perturbador. Asimismo, el concepto de acción no debe invadir el siguiente terreno próximo como es el tipo, sin embargo, tampoco puede ésta estar vacío de contenido, ya que necesita poseer suficiencia expresiva como para poder soportar los predicados de los elementos siguientes de carácter valorativos[4].

El comportamiento en nuestra terminología es una categoría óntico-social, es decir, propia a la naturaleza del ser humano, inherente a su estructura volitivo racional concreta. Sería conveniente, entonces, hacer una distinción entre un concepto general de acción y un concepto de acción valorado a nivel de tipicidad. *Esta consideración exigirá estudiar la problemática general del comportamiento humano antes de considerar las distintas clases de tipos*[5].

4 En este punto JESCHECK, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho Penal. Parte General,* Volumen Primero, Traducción y adiciones de Derecho español por Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 291, menciona la *función de definición*, en el sentido que "...el concepto de acción, debe, además, poseer el suficiente contenido material para que puedan referírsele las ulteriores especificaciones representadas por las categorías sistemáticas jurídico-penales de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad".

5 MIR PUIG; 1996, p. 153.



LEGALES EDICIONES

En síntesis: un concepto óntico-general de acción cumpliría la función de excluir aquellos actos que no son consecuencia directa de la voluntariedad del ser humano (actos reflejos, etc.). Es la previsión inicial lógica –de descripción de lo acaecido en la realidad– que da lugar al juicio de subsunción en la previsión típica[6]. Por tanto, se tiene que partir de una consideración de carácter normativa[7], y catalogar a la acción como un elemento autónomo del delito. Si el sujeto actuó influenciado por la actuación de un tercero, el comportamiento quedará excluido y por tanto no es necesario comprobar qué tipo penal podría considerarse realizado.

Nos preguntamos ahora: ¿cuáles serían los "requisitos mínimos" que hay que exigirle a la acción?[8] La doctrina ha elaborado ciertos criterios generales de unanimidad a la hora de enumerar y encarar dicha problemática. Señalamos determinadas condiciones de carácter imprescindibles para verificar una conducta relevante para el Derecho penal, es decir que la ausencia de una de ellas (por algo le llamamos "requisitos mínimos") acarreará la inmediata negatividad en el sistema de imputación penal. Así en primer lugar, la acción, en lo material, debe poseer una actitud corporal, y no hablamos de comportamiento, pues estaríamos aceptando una sola posibilidad de configurar la conducta en el Derecho penal: el de la acción. En segundo lugar, la acción o la conducta tiene que apoyarse en una voluntad, y no una voluntad vacía al estilo de la teoría causal, sino que tiene que expresarse a través de un contenido determinado.

---

6 DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes; "La teoría de la imputación objetiva en la teoría del injusto en España", en: ABANTO/ DE LA CUESTA AGUADO/ ROXIN; *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, Lima, 1997, p. 74.

7 En este sentido: DE LA CUESTA AGUADO, Paz M; "Tipicidad e imputación objetiva", en: Mendoza; 1998, p. 107, define a la acción como "...el comportamiento humano que infringe el deber de protección y respeto a un determinado bien jurídico impuesto por el ordenamiento jurídico. Éste es un concepto normativo de acción que engloba y comprende las dos posibles modalidades que puede adoptar el comportamiento humano: la acción (positiva) y la omisión".

8 ZAFFARONI; 1981, p. 75, apunta que "la conducta no ofrece "elementos" sino "aspectos" que con el objeto de analizarlos los dividimos en "externos" e "internos" (actividad y voluntad), que bien pueden identificarse como "manifestación de voluntad" y "voluntad".

LEGALES EDICIONES

## 1. EL DERECHO PENAL DE ACTO

El advenimiento de la acción como presupuesto necesario para la aplicación de una sanción jurídico-penal constituye un pilar relevante del denominado Derecho penal de acto opuesto al Derecho penal de autor[9]. La conducta personal, entendida como sinónimo de comportamiento humano, en cualquiera de sus formas posibles –acción positiva, omisión pura, u omisión impropia– es el primer elemento esencial del delito. *Sin acción, no hay delito posible*[10]. En este sentido, se ha pronunciado el artículo II del Título Preliminar del Código Penal que mencionada: *"Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta..."*, está diciendo, en otras palabras, que sólo la acción es la que permite "acceder" a la sancionabilidad en la vía penal, descartando cualquier otro medio para vulnerar los bienes jurídicos tutelados. La persona individual desempeña un papel que puede considerarse trascendental en Derecho penal, pero se trata de la persona como ser actuante y no –sólo– como ser pensante. La acción de un Derecho penal de acción no sólo tiene por efecto descartar la posibilidad de desvalorar meras situaciones o estados de cosas, sino que presupone una específica técnica para individualizar el *hecho* objeto de sanción[11].

El elemento acción, en efecto, traduce en el plano dogmático el principio político de materialidad. El axioma *"nullu iniuria sine actione"* (o más concretamente *"nullum crimen sine actione"* o *"sine conducta"*) supone que el presupuesto de la pena no puede consistir en actitudes o estados de ánimo, sino que debe concretarse en acciones con proyección externa. El principio de materialidad de la acción o, su equivalente, el Derecho penal de hecho (principio de acto), se yergue así en núcleo del garantismo penal como presupuesto que da valor político y consistencia lógica y jurídica a las demás garantías penales[12].

---

9 Sobre esta cuestión: JAUCHEN, Eduardo M.; *Derechos del imputado*, Santa Fe-Buenos Aires, 2005, pp. 26 y ss.

10 POLAINO NAVARRETE, Miguel; *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas* (con la colaboración de Miguel Polaino Orts), Lima, 2004, p. 345.

11 SILVESTRONI, Mariano; *Teoría constitucional del delito*, Buenos Aires, 2004, p. 122.

12 TERRADILLOS BASOCO, Juan; "El delito como acción", en: *Estudios Penales. Libro Homenaje a Luis Alberto Bramont Arias*, Lima, 2003, p. 304. Al respecto: HASSEMER, Winfried;



LEGALES EDICIONES

El derecho capta las conductas humanas cuando éstas se exteriorizan e interrelacionan, cuando vinculan a los sujetos; no se quedan en el esfera interna, que es impenetrable por el Estado. El modelo del Derecho Penal de hecho es el que *permite un desarrollo* de la legislación penal de corte *más liberal y más respetuoso* con los derechos fundamentales de la persona, por cuanto al menos impide que el Estado intente orientar los sentimientos o formas de ser de los ciudadanos prescindiendo del dato de los que éstos hagan[13].

Desde siempre se ha dicho que unos de los principios fundamentos del Derecho penal es que aquel es un derecho de actos, es decir que tiene como referencia inicial acciones humanas, de tal forma que sólo los comportamientos humanos pueden constituir delitos[14]. En consecuencia, actualmente no puede sostenerse un *Derecho penal de ánimo,* que está cercano a un Derecho penal de autor (esta concepción aparecía nítidamente en el *Digesto* justinianeo reflejada bajo el principio *cogitationis poenan nemo patitur).*

Dicho en otras palabras, el Derecho penal de autor, la pena se vincula directamente a la personalidad del autor y a su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción: "culpabilidad por la conducción de vida". El Derecho penal de autor genera la reacción penal en base a determinadas cualidades de la persona de las que muchas veces no es responsable en absoluto.

---

"Bienes jurídicos en el derecho penal", en: *Estudios sobre justicia penal. Libro Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier,* Buenos Aires, 2005, p. 63, sostiene que: "Un derecho penal de hecho, que pretende apoyar la injerencia penal sobre la base de la conducta humana y la sospecha del hecho como primer punto de partida de la actividad jurídico penal, en el marco de lo posible, sobre hechos externos, aprehensibles, que resulten accesibles a una observación directa, y no sobre el "aspecto interno del hecho" del agente, el cual, por consistir en una disposición interna, sólo es accesible a la observación del otro en forma indirecta y con un riesgo de error típicamente alto". Según: PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto; *Comentarios al Código Penal de 1991,* Lima, 1993, p. 35, del principio de culpabilidad se derivan tres consecuencias: a) Que no hay responsabilidad objetiva por el mero resultado; b) Que la responsabilidad es por el **acto y no por el autor,** y c) que la culpabilidad es la medida de la pena" (las negritas son mías).

13 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; *Fundamentos de Derecho penal,* Valencia, 1993, p. 279

14 MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General,* Barcelona, 1996, p. 151.

LEGALES EDICIONES

Sin embargo, el Derecho Penal peruano es un Derecho penal de acto porque sólo el comportamiento humano traducido en actos externos puede ser calificado de delito y motivar una reacción penal. Sin embargo algunos tipos se construyen en base a determinadas actitudes o comportamientos habituales del autor pero siempre que se traduzcan en actos externos: el "proxeneta", el "usurero", el "rebelde".

En ese sentido, Zaffaroni / Alagia / Slokar, dicen que "...el uso desmedido de estos elementos de ánimo es peligrosamente ampliatorio del poder punitivo, corriendo el riesgo de desviarse a un *Derecho penal de autor* e incluso a un *Derecho penal contra el enemigo*, si bien se trata de evitar esto basándose en que sería una actitud que la acción expresa y no una característica del autor, a lo que se observa que se trata de algo cercano a la acción sintomática o de un Derecho penal del sentimiento"[15]. Asimismo, Carrara dice: "Pero la ciencia penal, que sólo tiene por objeto los actos externos y que no se ocupe en los pensamientos sino para indagar las causas de aquellos, no puede equipararse el autor de una *idea*, al autor de un *hecho*. Para ella el delito es un ente jurídico, que, por resultar de la contradicción entre un *hecho* y la *ley*, no tiene vida si la ley no es materialmente ofendida por un *hecho*; y el *autor* de ese *hecho* es sólo el que lo consuma *materialmente*"[16].

Querer reprimir penalmente sólo los estados de ánimos de las personas es como pretender reprimir sólo el "ánimo de lucro" en los delitos de robo y hurto y no el apoderamiento de las cosa mueble total o parcialmente. En otras palabras, lo que garantiza un Derecho penal de acto en el delito de robo y hurto por ejemplo, es que se desplace del ámbito de dominio de su dueño la cosa mueble; en igual sentido, el perfeccionamiento típico en el delito de rebelión se produce con el alzamiento en armas, aún cuando el objetivo final (variar o deponer el régimen constitucional) no se consiga, porque si sólo importara el objetivo final

15 ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR; *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2002, p. 544.

16 CARRARA, Francesco; *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, volumen I, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, 1977, p. 288.



LEGALES EDICIONES

del delito de rebelión, y no alzarse en armas, es confirmar un Derecho penal del ánimo, como se pretende establecer.

## 2. LAS PREGUNTAS CLAVES PARA RESOLVER LA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIÓN

En primer lugar, la base de la discusión que se ha originado en la sistemática del hecho punible ha sido en torno a las teorías de la acción jurídico-penal, que hasta la fecha no están lo suficientemente investigadas a profundidad; sin embargo, se llega a preguntar qué es la acción, por ejemplo ¿los accidentes también son punibles?; ¿dónde residen los límites entre el accidente y la acción? Más allá de que si la acción en Derecho penal constituye un elemento relevante a la hora de definir una infracción penal –de hecho lo es–, el objeto de estudio del concepto de acción interesa –siguiendo a Silva Sánchez[17]– por dos razones:

a) En primer lugar, tiene que definirse el "carácter de acción" de un proceso lesivo *(¿es acción? o ¿tiene sentido?);* en otras palabras, se ha dicho que las sanciones penales sólo se pueden imponer en aquellos sujetos que realizan "acciones". La discusión sobre qué procesos son acciones y cuáles constituye no, en realidad, es una discusión sobre la materia posible de intervención del Derecho penal. En ese sentido, nos preguntamos entonces ¿las personas jurídicas tienen capacidad de acción?; ¿por qué las cosas y los animales no tienen capacidad de acción?; ¿tendrá capacidad de acción un niño de tres años, o mejor de 5 años? La solución de estos temas pasa por previamente, tomar posición sobre si, por ejemplo, sólo el origen "humano" puede ser capaz de vulnerar los bienes jurídicos tutelados, y hasta qué punto el tendrá que ser suficiente el carácter auto-consciente del sujeto para la posible intervención del Derecho penal.

b) En segundo lugar, tiene que definirse el "concreto contenido de la acción" *(¿qué acción es? o ¿qué sentido tiene?)*, es decir

17 Véase: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; "¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?", en: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 979 y ss.

LEGALES EDICIONES

la discusión sobre la acción tiene un segundo elemento de interés. Concretamente el de la determinación de ante qué acción nos hallamos: la *clase* de acción. Esta determinación de la "clase" de acción es, en cada sistema social, una materia propia de su respectiva "teoría de la determinación del sentido concreto". De hecho para algunos autores el contenido de la acción será netamente ontológico-fenomenológico, para otros, en cambio, el contenido será jurídico-normativo, y quizá podemos encontrar posturas de contenido intermedio entre ambas posturas. Empero algo sí debe quedar claro desde el inicio de presente investigación: independientemente de las posturas que nos adherimos sobre el contenido de acción, el Derecho penal debe manejar en su mayoría conceptos jurídico-normativos como, por ejemplo, el concepto de tipicidad penal y como categoría política y dogmática (excluyente) que es, debe servir de filtro para todas y cada una de las realidades del *ser*. Cualquier contenido sobre la acción debe mirarse en función al principio de tipicidad, que no es otra cosa que mirar (y respetar) el principio de legalidad.

## II. SOBRE LA EVOLUCIÓN TEÓRICA DE LA ACCIÓN EN EL DERECHO PENAL

En el campo estricto del Derecho penal, se han establecido que las vulneraciones a los bienes jurídicos se realizan mediante acciones u omisiones, consideradas como modalidades conductuales por excelencia y el alcance y contenido de cada uno dependerá de la posición que se adopte en relación a las principales teorías planteadas en relación a la acción. Por una parte, se percibe una tendencia importante de autores que consideran que la dogmática penal debe prescindir de cualquier conceptualización en torno a la acción, en la medida que se dejaría de lado el intrincado debate que subyace alrededor de él (ontológico o normativo, tanto de la acción como de la omisión) pasándose de un concepto general de acción a un concepto de acción típica[18].

18 Para BUSTOS RAMÍREZ, Juan / HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán; *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. II, Madrid, 1999, p. 23, la acción es un elemento valorativo más dentro de la



LEGALES EDICIONES

También están quienes entienden que es necesario un concepto general de acción autónomo de las restantes categorías dogmáticas, es decir que la acción es el soporte básico a verificar en la sistemática del hecho punible capaz de explicar todas las manifestaciones conductuales relevantes jurídico-penalmente, destacándose su carácter de pre-típico[19]. Por último, están quienes

---

tipicidad que estará determinada por el bien jurídico. Estos autores consideran que el injusto viene fundamentado por el bien jurídico y que los tipos penales recogen comportamientos que constituyen vinculaciones entre sujetos. Y el primer aspecto a considerar dentro del injusto tampoco es la acción, sino la tipicidad. Entienden que el papel y significación de la acción queda sumamente reducido, no se refiere a todo el sistema del delito, sino sólo a los delitos de acción y dentro de éstos, su rol quedaría limitado exclusivamente al injusto, ya que la culpabilidad tendría otro fundamento.

19 Así: CEREZO MIR, José; *Curso de Derecho penal español. Parte General, II. Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1998, p. 48, entiende que la acción y la omisión cumplen en la teoría del delito la función de elemento básico, aunque no unitario del sistema (que queda escindido en dos). ROXIN; 1997, p. 252, apartándose de la teoría causal-naturalista y final-ontológico que se alejan de la experiencia común, se desarrolla a nivel *pre-típico* denominándose ***concepto personal de la acción***, como un concepto jurídico radicado en la exteriorización de la personalidad, que tendría una base prejurídica penal. En primer lugar es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro ánimo-espiritual de acción... y un sujeto es empujado con fuerza irresistible contra la luna de una ventana o si durante el sueño, o si reacciona puramente reflejo, todas éstas son manifestaciones que no son dominadas o dominables por la voluntad y la conciencia y por tanto no pueden ser calificadas como manifestaciones de la personalidad, ni imputadas a la capa anímica-espiritual de la "persona".

La postura de GIMBERNAT ORDEIG, Enrique; *"Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento"*, en: *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990, pp. 195 y 196, es concepto de ***comportamiento genérico*** que abarca tantos comportamientos activos (comisivos) como a los pasivos (omisión) tanto los axiológicamente indiferentes como a los valiosos como a los desvaliosos (dentro de estos últimos, los *comportamientos* jurídico-penalmente relevantes constituyen, en virtud del principio de intervención mínima, una especie numéricamente insignificante). Este concepto se inserta a nivel pre-típico al concluir que en el comportamiento existen situaciones en las cuales el ser humano experimenta "haceres" como "no haceres", lo cual es un concepto ontológico, pues pertenece a la esfera del ser, y no a la del debe ser, no valorativo. Gimbernat sostiene que existe el comportamiento pasivo también en el plano ontológico (por ej. no sentarse en un sillón, no dar las gracias, no ridiculizar al tartamudo). Continúa el autor (pp. 189 y 190) enseñando que el concepto de comportamiento podría definirse como la relación del Yo consciente y físicamente libre como el mundo exterior manejando procesos causales (esto es: incidiendo en o alterando los procesos causales dejando que éstos sigan su curso o que no se inicien). Además, esta concepción (de comportamiento) modifica en parte el llamado concepto "causal" de la acción, ello significa que lo decisivo para que exista un comportamiento no es la actividad,

LEGALES EDICIONES

sostienen que la acción, si bien encierra un carácter genérico del concepto de delito, la acción debe manejarse desde consideraciones jurídicas, es más cualquier ciencia que se ocupa de la conducta humana lo hace de acuerdo a sus intereses, y el Derecho penal como saber autónomo debe hacerlo. Es por tanto inevitable que en este sentido la acción sea, para el Derecho penal, un concepto jurídico y no un mero dato de la realidad[20].

En las décadas de los 40 y de los 50 el protagonismo correspondió a los conceptos causal y final de la acción, y la teoría social nunca pasó de desempeñar en todo ello un papel secundario, siendo el argumento decisivo que se manejaba entonces, como clave para decidir la polémica, el de cuál de aquellos dos concep-

---

como tal, sea "querida", sino que realice encontrándose el Yo en estado consciente y manteniendo, al mismo tiempo, su capacidad de movilidad (p. 206).

Por otra parte: LUZÓN-PEÑA; 1996, p. 265, se adhiere, en principio, al concepto propuesto por ROXIN Y KAUFMANN ("manifestación de la personalidad"), pero el autor español pone énfasis en un ***concepto voluntario de acción***, donde las actuaciones están guiadas por la voluntad humana –concepto más amplio que los de finalidad o intencionalidad–, que a su vez presupone la situación de consciencia (e inteligencia) del aparato cerebral y del sistema nervioso central. Pues bien, LUZÓN-PEÑA; (Ob. Cit., p. 266) incluso los casos de movimientos defensivos impulsivos o cuasireflejos responden a órdenes de la voluntad, pues los movimientos impulsivos defensivos, el citado autor pone el caso p. ej. agitar la mano, cerrar los ojos o esquivar con la cabeza o el cuerpo al acercarse repentinamente una avispa o un objeto peligroso, ciertamente no necesitan una gran reflexión y se producen a enorme velocidad, pues en gran parte se han automatizado al servicio del instinto de conservación y evitar el dolor, pero presuponen precisamente la percepción del peligro por la consciencia y obedecen a un impulso cerebral, a una orden de la voluntad. Por eso, LUZÓN-PEÑA; (Ob. Cit., pp. 266 y 267) examina una *parte objetiva de la acción*, es decir, en qué consiste la manifestación externa de voluntad humana. Es cierto que para la configuración de delitos dolosos como imprudentes es muy frecuente considerar acción, no a la actividad del sujeto como tal, sino unida al curso causal y al resultado que provoca o, en los delitos de mera actividad, unida a las cualidades y circunstancias de la misma que supone su carácter de conducta desvalorada y prohibida.

20 ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR; 2000, p. 395. Estos autores, además, consideran: "No hay, pues, un concepto óntico de acción, pero *hay límites ónticos a la construcción jurídico-penal del concepto de acción*" (p. 396). Como síntesis cabe entender, según los autores aludidos, que: "(a) el concepto de acción es jurídico, o sea, que debe construirse por el Derecho penal; (b) el procedimiento constructivo es la abstracción desde la realidad de la conducta, que no impone ningún concepto sino que limita a la construcción del concepto (no se puede abstraer lo que no existe) ; (c) la base legal no debe derivarse de los tipos sino de la Constitución y del derecho internacional; (d) el concepto debe elaborarse teleológicamente, conforme al objetivo reductor y conteniente de todo el saber jurídico-penal".

LEGALES EDICIONES

tos era el más conforme con la estructura ontológica de la acción, desde los mediados de los 60 la discusión da un giro improvisado: la teoría social inicia una marcha triunfal, entierra el causalismo y al finalismo, y afirma que hay que dejarse de ontologías, de naturaleza de las cosas y de estructuras lógico-reales, dado que el concepto de acción sólo puede ser "útil" y "fecundo" para el Derecho penal si se le entiende como un concepto normativo[21].

Actualmente, la teoría de la acción parece carecer de interés en la dogmática jurídico-penal pues sería difícil sostener que la estructura actual de la teoría del delito tiene su apoyo en una concepción de la acción a como lo concibió Welzel. Para los penalistas de la actual generación la teoría de la acción finalista no es el tema de "nuestro tiempo" como diría Ortega y Gasset. No obstante, aunque la discusión sobre la teoría de la acción no sea hoy el centro del interés de los penalistas –hoy por hoy la atención está en la imputación objetiva, la responsabilidad de las personas jurídicas, derecho penal económico, etc.–, se trata de un debate en el que las implicaciones filosóficas y metodológicas han tenido una singular trascendencia. Parece conveniente, por estas razones, reflexionar sobre estos temas que han generado los cambios dogmáticos. De más está decir que la evolución del sistema jurídico del delito ha girado siempre alrededor del concepto de acción. La discusión que actualmente se desarrolla en el marco teórico de la imputación objetiva es en buena medida una prolongación de la discusión relativa al concepto de acción, así como que la tipicidad presupone la creación de un peligro jurídicamente desaprobado[22]. En lo que se sigue y a manera de repaso expondremos las principales teorías que se han hilvanado en torno a la acción.

## 1. LA TEORÍA DE LA ACCIÓN CAUSAL-POSITIVISTA

En cuanto a las bases filosóficas de la teoría de la acción causal-positivista se distinguió dos principales momentos filo-

21 Véase: GIMBERNAT, Enrique; "¿Qué es la imputación objetiva?", en: *Estudios penales y criminológicos X*, Universidad de Santiago de Compostela, 1987, p. 171.

22 JAÉN VALLEJO, Manuel; *El concepto de acción en la dogmática penal*, Madrid, 1994, p. 94.

LEGALES EDICIONES

sóficos[23]. En primer lugar, fue apoyado sobre la base filosófica del positivismo mecanisista, legado de las posturas de la Ilustración (concepciones físicas de Newton), es decir, todos son causas y efectos, dentro de un gran mecanismo que es el universo, y de igual forma fue llevado a la conducta para el sistema sostenido por Franz von Liszt y Ernst von Beling. El concepto clásico del delito es producto del *positivismo científico,* estrictamente limitada al Derecho positivo y a su interpretación, que pretendió abordar todos los problemas del Derecho con la sola ayuda de los conceptos jurídicos, excluyendo en lo posible de la dogmática jurídica las valoraciones filosóficas, los conocimientos psicológicos y la realidad sociológica[24]. En segundo lugar, el causalismo, y luego de desechar la filosofía positivista y con ello el advenimiento de la destrucción del sistema Liszt-Beling, fue apoyado por la postura neo-kantiana de Badén. Si a la primera se llamó estructura "clásica neo-clásica" del delito, a la segunda suele llamársela "estructura neo-clásica", que fue la que desarrolló en su máxima expresión Mezger.

Fue en este marco que se desarrollaron los conceptos de dolo y culpa, de causalidad e imputación, de acción y finalidad y tanto otros[25]. Ahora el fracaso de las pretensiones del sistema causalista-naturalista fue hallar un punto de unión entre el delito de acción y adaptarlo al delito omisivo que era considerado como contracción muscular. El concepto causal de acción, si bien enriqueció el debate doctrinal en torno a las posibilidades que ofrece el resultado dentro de la teoría del delito, no supo, por ejemplo, dar respuesta a los delitos de mera actividad[26]. En definitiva, se pretendió hacer valer un concepto óntico de acción a categorías, como la culpa y la omisión que son conceptos estrictamente jurídico-normativos[27], tarea que fue en vano y que determinó en el

23 ZAFFARONI; 1994, p. 349.

24 JESCHECK; Ob. Cit., p. 275.

25 QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo; *Derecho Penal. Parte General,* Madrid, 1992, p. 357.

26 Véase, en este sentido: ACALE SÁNCHEZ, María; *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad,* Granada, 2000, p. 50.

27 Así REYES ALVARADO, Yesid; "Fundamentos de la imputación objetiva", en: *Anuario de Derecho Penal,* p. 937, sostiene que "...la misma consideración óntica de la acción le

LEGALES EDICIONES

desenlace mortal del sistema del injusto objetivo y culpabilidad psicológica de aquel entonces.

Mientras que la estructura causal-positivista dominó al Derecho penal a partir de la aparición de la primera edición del Tratado de von Liszt en 1881 durante dos decenios aproximadamente, poco después del cambio de siglo se paso a un profundo replanteo de las categorías fundamentales producido ante el fracaso del positivismo y el advenimiento del significado valorativo de los conceptos jurídicos a través de la concepciones filosóficas imperantes en Alemania a partir del último tercio del siglo XIX (principalmente las Escuelas de Marburgo y la Escuela de Badén). En la primera edición del Tratado de von Liszt en el concepto de acción se incluye la referencia a la voluntariedad y se considera resueltos los problemas relativos al sonambulismo durante el sueño, los denominados actos en corto-circuito, epilepsias, etc. A partir de esto, se empezó una construcción del concepto del delito en función a los fines que persigue el Derecho penal y de las perspectivas que le sirven de apoyo. Mediante la influencia del neokantismo se recuperó para la dogmática y la sistemática penal la dimensión de la decisión específicamente jurídica, esto es, aquella que tiene lugar según criterios de valor[28].

Para el causalismo la acción aparece como el sustantivo, y las demás características se le unían como simples adjetivaciones; sustantivo también por el hecho de la influencia del positivismo reinante a finales de siglo pasado y el empujo de los desarrollados criminológicos, quienes sostenían una concepción eminentemente natural. La acción era entendida como impulso de la voluntad que genera un movimiento corporal que supone la causación de una modificación perceptible del mundo exterior, es decir, de un resultado[29]. Se llamaba causal por la acción era concebida a la voluntad humana en su función causal y no en su virtualidad de conducción de proceso causal.

---

generó evidentes tropiezos al momento de ocuparse de los delitos de omisión, con los cuales resultaba claramente incompatible la noción naturalística de conducta".

28 SCHÜNEMANN; Art. cit., p. 49.

29 LUZÓN PEÑA; 1996, p. 250.

LEGALES EDICIONES

Se trataba de un concepto de corte objetivo, ya que, aunque se menciona su origen en la voluntad, no le presta relevancia a la voluntad, por consiguiente no atiende al contenido ni mucho menos a la dirección de la voluntad. No explica el contenido de ese movimiento voluntario entendido como la mera voluntad de causar. En resumen, a partir de este momento el resultado se contagia del mismo carácter que se predica de la acción, es decir, es también entendido como un resultado eminentemente natural, como el efecto natural causado por una acción natural: acción, resultado y relación de causalidad configuraban el contenido de este concepto de acción[30].

De ahí que diga que fue un error fundamental el no llenar de contenido y convertirse en un mero "acto de voluntariedad", y la base del saber causal, el proceso del acontecer externo, se convierte en un "reflejo". Para Beling "la acción debe afirmarse siempre que concurra una conducta humana llevada por la voluntad, con independencia de en qué consista esa conducta..."[31]. La conducta es voluntaria, y por tanto la acción humana para los causalistas cuando por ejemplo hubo voluntad de encender la mecha de una dinamita, pues hubo inervación muscular que modifica el mundo exterior (antes estaba apagada y ahora está prendida) siendo intrascendente la intención del sujeto, porque eso, la subjetividad, es un problema de culpabilidad. Además, es de destacar que para esta teoría, el fundamento de la antijuricidad no sea otro que el desvalor de resultado en la medida en que se parte de que el Derecho Penal prohíbe resultados y no acciones.

La tipicidad era *descriptiva* del proceso causal, es decir, de una relación de necesidad entre el antecedente que es la acción y un consecuente que era el resultado concebido como cambio en el mundo exterior producido a raíz de la acción. La comprobación de la tipicidad penal se realiza entre la relación de causalidad existente entre la acción y el resultado. La tipicidad, luego, tiene un

30 ACALE SÁNCHEZ, María; *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada, 2000, p. 44.

31 Citado por ROXIN; 1997, p. 237.



LEGALES EDICIONES

carácter *objetivo*[32]. Este aspecto objetivo del hecho, que reducía la tipicidad a meras causaciones lesivas de un bien jurídico, se completaba con el aspecto subjetivo caracterizado como "culpabilidad", que consistía en la relación psíquica del autor con su hecho y aparecía en las dos formas de culpabilidad, dolo e imprudencia.

## 2. LA TEORÍA DE LA ACCIÓN CAUSAL VALORATIVA (NEOCLÁSICO)

Las inconsistencias del concepto de acción neoclásico se centraron por ejemplo en el delito de injuria, porque en ella no importa que sea los fenómenos fisiológicos y físicos que se haya realizado el injuriante, sino una específica subjetividad en el injusto, de desprecio y deshonra, que finalmente va a definir la delictuosidad de la conducta. Radbruch fue quien desarrolló una completa teoría de la acción. Para este autor, el Derecho penal se nutre de conductas humanas sobre las cuales se levantan los demás conceptos (valorativos) de antijuricidad y culpabilidad. Para él el concepto de acción es la piedra angular del sistema penal.

La introducción de la valoración en el concepto de acción será la cuestión a la que se referirá Mezger al polemizar con Welzel, para defender su concepto de acción y para afirmar que su concepto no es puramente causal. No obstante, lo cierto es que los neoclásicos defienden un concepto causal de acción, pero, como introducen el método valorativo, a este sistema también se le conoce como sistema causal valorativo; y al referirlo a la acción, se le denomina teoría de la acción causal valorativo[33]. Un causalista valorativo como Jiménez de Asúa decía que los elementos del acto son tres a) manifestación de voluntad, b) resultado, y c) nexo causal entre aquéllos y éste[34].

32 BUSTOS RAMÍREZ/ HORMAZÁBAL MALARÉE; 1997, p. 130.

33 Véase: LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, Jacobo; *Derecho Penal. Parte General,* tomo I, Lima, 2004, p. 69.

34 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; *Tratado de Derecho penal,* tomo III, Buenos Aires, 1950, p. 334. Igualmente: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; *La ley y el delito. Principios de Derecho Penal,* Buenos Aires, 1981, p. 210.

LEGALES EDICIONES

El peso del concepto de acción, para esta teoría, se sitúa en un "comportamiento humano" a través del cual se quiso aprehender el sentido de la omisión y de la acción como la de injuriar, en la que lo esencial no es la causalidad sino un conjunto de factores normativos. En lo relativo a la acción, el gran problema a enfrentar era el de la omisión, puesto que ésta última, en sentido estricto, nada "causa". Es así como si bien se acepta que se trata de dos realidades ontológicamente diferentes (*un A y un no A* al decir de Radbruch), se recurre a la idea de valor según la cual ambas nociones pueden incluirse en un concepto superior que se llama *acción en sentido amplio*. Ésta puede definirse, entonces, como *una manifestación de voluntad derivada de un mínimo de querer que produce una modificación en el mundo exterior o lo deja inerte cuando el derecho esperaba que lo modificara*[35].

Esta teoría puede decirse que es una teoría del delito complementaria del causalismo naturalista, pues la base científica sigue siendo positivista naturalista, por eso si se observa en el ejemplo del delito de injurias se maneja un concepto natural de inervación de las cuerdas bucales, si bien ahora lo más importante es que esa acción produzca un efecto social pero no cambia el contenido que de la misma se predica.

La tipicidad para los causalistas valorativos era *descriptiva* y al mismo *valorativa* (del proceso causal) y pertenece al ámbito objetivo, pero por excepción puede contener *elementos subjetivos* (dado que ciertos tipos legales no podían ser entendidos sin ellos)[36]. La tipicidad deja se ser indicio de la antijuricidad convirtiéndose en *ratio essendi* de la misma: a partir de ese momento se entiende que los bienes jurídicos, lejos de ser entidades ideales, abstractas, son directamente menoscabables.

## 3. LA TEORÍA FINALISTA DE LA ACCIÓN

Teoría elaborada sobre todo por Hans Welzel y fueron precursores H. von Weber, de Praga; Alexander Graf zu Dohna, de

35 AMADEO, Sebastián; "Concepto de acción en la teoría del delito", disponible en: *www.terragni.com.ar* (07-03-2007)

36 BUSTOS RAMÍREZ/ HORMAZÁBAL MALARÉE; 1999, p. 132.



LEGALES EDICIONES

Bon y Helmut Mayer de Kiel. Otros autores importantes que han enriquecido esta teoría son Maurach, Stratenwerth, Kaufmann, etc. Welzel en 1930 en su trabajo *Causalidad y Acción* y desarrolladas más adelante en 1932 en *Ubre Werturgen im Strafrecht*, y en 1935 en *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*. Empero, es a partir de la Segunda Guerra Mundial que pasa a primer plano, en el año 1939, en su *Studiem zum System des Strafrecht*. El legislador está vinculado por realidades ónticas preexistentes, por estructuras lógico-reales, por la "naturaleza de las cosas", que no puede desconocer, y en el campo del Derecho penal esa previa naturaleza de las cosas viene dada por la estructura final de la acción y el poder actuar de otro modo como base de la culpabilidad. Puede ser considerada todavía opinión dominante en la dogmática contemporánea, pues aun quienes rechazaron la teoría final de la acción, admitieron las principales consecuencias sistemáticas del modelo de Welzel[37].

La teoría finalista entendía que la misión del Derecho penal consistía en la elaboración de un sistema conceptualmente perfecto, en el cual las valoraciones político-criminales no tendrían cabida, porque pertenecían a la esfera del *debe ser*. El finalismo se caracteriza por la revisión critica producido a la piedra angular del sistema, pues atacaría al concepto mismo de acción, sobre la base del movimiento cultural, científico y filosófico del los años treinta. Sus primeros postulados era que toda acción es guiada por la dirección del comportamiento del autor a un fin previamente fijado por éste. Fue el propio Welzel que recogió las ideas de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino para sostener que la actividad humana esta regido por esencia a la intencionalidad. Por eso el origen de la teoría o Escuela de la acción finalista no debe ser referida a un grupo de autores alemanes, sino que debe ser atribuida a manifestaciones hechas hace mucho tiempo por los pensadores aludidos.

En su afán de defensa hacia el finalismo Zaffaroni hilvanó estas palabras: "El legislador puede hacer lo que quiere. Algu-

37 RIGHI, Esteban; "Los sucesivos modelos de teoría delito adoptados en el derecho argentino", en: *Estudios sobre justicia penal. Libro Homenaje a Julio B.J. Maier,* Buenos Aires, 2005, pp. 116 y 117.

LEGALES EDICIONES

na vez hemos dicho que también un mecánico puede volverse loco y suponer que el hierro es más liviano que el aire, solo que, partiendo de esa base, dudamos que nos pueda reparar eficientemente el automóvil, de la misma manera que dudamos que si el legislador pretende regular conducta, lo logre entendiendo que la acción integra con una voluntad incomprensiblemente huérfana de finalidad. Alguna vez se excomulgó a las sanguijuelas del Sena, pero creemos que estas nunca sintieron la *controspita penale*"[38].

Los causalistas no negaron nunca el carácter final de la acción humana, sino que, reconociéndolo, le otorgaron importancia sólo en el ámbito naturalístico y no en el jurídico como hiciera posteriormente el finalismo[39]. La actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso[40]. La acción es ejercicio de actividad finalista. Si el Derecho parte de la concepción del hombre como persona, como ser responsable, se destaca como esencial para la valoración jurídica la estructura finalista de la acción humana. Sola la conducta finalista aparece entonces como conducta específicamente humana y puede ser objeto de la valoración jurídica"[41]. La esencia del finalismo es

38 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; "Acerca del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito", en: Prado Saldarriaga / Bojorquez Padilla / Solís Camarena; *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 1995, p. 264.

39 Así, REYES ALVARADO; *"Fundamentos de la imputación objetiva"*, cit., p. 941.

40 WELZEL; 1970, p. 53. El mismo autor ilustra con un ejemplo: "cuando el rayo electrocuta a un hombre que trabaja en el campo, el acontecer se basa en que entre el hombre y la nube se originó la máxima tensión eléctrica, que llevó a la descarga. Esta tensión pudo haberse originado también exactamente igual entre otro objeto de cierta altura y la nube. Que fuera justamente el hombre estaba por cierto condicionado causalmente en la cada infinita del acontecer, pero el acontecer no estaba dirigido finalmente a ello. Totalmente diferente son las acciones humanas. Quien quiere asesinar a otro elige, conscientemente para ello, los factores causales y los dispone de tal modo que alcancen el fin previamente determinado. Aquí la constelación causal se ha ordenado para consecución del fin: compra del arma, averiguación de la oportunidad, ponerse al acecho, disparar al objetivo: todos éstos son actos dirigidos a un fin, que están sujetos a un plan conjunto" (p. 54).

41 CEREZO MIR, José; *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General*, I, Lima, 2006, p. 414.



LEGALES EDICIONES

que resulta totalmente irrelevante el fin que persiga el sujeto, es decir, si éste tiene como objetivo afectar bienes jurídicos penales o no. En principio, pues, la finalidad es un componente de la acción indiferente al valor o desvalor penal, ya que una acción puede dirigirse tanto a objetivos positivos como socialmente negativos[42]. Por ello, la finalidad lleva implícita la capacidad de voluntad de prever las consecuencias de su accionar, es su columna vertebral de la acción final.

Por eso, decía el propio Welzel lo "...que interesa en la doctrina de la acción es poner de relieve el principio estructural, general, de la acción humana, es decir, de su *dirección*, y demostrar que la "acción", también en su curso "externo", es un acontecer dirigido por la voluntad, por consiguiente, una unidad, de voluntad interna y hecho externo"[43]. "El Derecho Penal, también sólo porque el hombre es capaz de la ejecución de acciones con conciencia del fin, puede dirigirse al hombre mandando y prohibiendo. El ámbito de la normatividad jurídico-penal se limita al recinto de la posible acción final humana"[44].

La actividad final es también una actividad causalística y voluntaria pero ya no es ciega, sino dirigida. Resulta, por tanto, claro para esta teoría, que dota de un contenido específico a la voluntad, puesto que ya no es un simple proceso de causación hacia el resultado, sino que todos los movimientos corporales ahora están dirigidos hacia una finalidad, aun cuando esta sea irrelevante jurídico-penalmente, como por ej. uno no mueve los dedos por moverlos si no es para jugar, agarrar algo, etc. Por

42 GOMEZ BENITEZ; 1988, p. 69.

43 WELZEL, Hans; "La acción de la acción finalista, hoy", traducción de José Cerezo Mir, en: ADPCP, 1968, p. 225. Esta misma frase es repetida por WELZEL, Hans; "¿Un malentendido sin solución (Acerca de la interpretación de la teoría finalista?", en sus: *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, Buenos Aires, 2004, p. 4, "Lo que me interesa en la teoría de la acción es desarrollar el principio general de la estructura de una acción humana, es decir, su finalidad, para demostrar que la "acción" también en su curso "externo" es un acontecimiento dirigido y conducido por la voluntad, o sea, es una unidad de voluntad interna y hecho externo".

44 WELZEL, Hans; *Derecho Penal. Parte General*, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yánez Pérez, Santiago, 1970, p. 51.

LEGALES EDICIONES

su parte Zafarroni/Alagia/Slokar sostienen que: "*Una acción con voluntad sin finalidad en el plano jurídico es una acción sin voluntad en el plano óntico (porque voluntad sin finalidad no existe); y una acción sin voluntad no es una acción sino un proceso causal, con lo cual el neokantismo habría apelado a un concepto valorativo de acción para hacer que el desvalor del injusto no recayera sobre una acción, sino sobre un proceso causal*"[45].

En consecuencia, tanto el dolo y la imprudencia, que hasta ese momento se encontraba enraizado en la culpabilidad, era inevitable, ahora, el paso hacia la tipicidad. Así, Reyes Alvarado opina que "lo cierto es que si se reconoce (como a nuestro juicio debe hacerse) que el Derecho penal debe trabajar con un concepto óntico de acción no puede desconocerse que ella supone no solo la existencia de la voluntad sino que siempre será final"[46]. Más adelante agrega que: "...el derecho penal debe trabajar con una noción óntica de acción, debe igualmente reconocerse que dentro de ese concepto de conducta lo que interesa es que exista una voluntad y que ella este dirigida a un fin especial, sin que sea necesario que esa voluntad y finalidad propias de la acción sea penalmente relevantes"[47].

Terradillos Basoco dice que debe "...partirse de un (modesto) concepto de acción humana básicamente ontológico, coincidente con el propuesto por las ciencias antropológicas, al que deben añadirse los restantes elementos del delito"[48]. También puede encontrarse autores como Creus que se alinean a la postura finalista de acción: "El hombre observa o no hacer nos dice,

45 ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR; 2000, pp. 387 y 388.

46 REYES ALVARADO, Yesid; *El concurso de delitos*, Bogotá, 1990, p. 24.

47 REYES ALVARADO; 1990, p. 26. En este mismo sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes; *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2002, p. 212, sostienen que "...cuando se dice que la acción final es la base del Derecho no se quiere decir que sólo sea el fin de es acción lo que interesa al Derecho penal, pues éste puede estar igualmente interesado en los medios elegidos para conseguir el fin o en los efectos concominantes a la realización de ese fin. Por eso los tipos legales son, en definitiva, los que dicen qué partes o aspectos de la acción son o pueden ser penalmente relevantes".

48 TERRADILLOS BASOCO, Juan; "El delito como acción", en: *Estudios Penales. Libro Homenaje a Luis Alberto Bramont Arias*, Lima, 2003, p. 309.

LEGALES EDICIONES

por sí mismo, que la acción-conducta es un querer de *finalidad*, pero no necesariamente con *finalidad*. Todo querer es, en sí, una finalidad sin la cual es impensable la conducta..."[49].

Se observa, sobre todo en la primera época de la teoría finalista de Welzel, que también se busca un concepto omnicomprensivo de acción, que explique todo el sistema en forma homogénea y sin variaciones[50]. El criterio unificado acerca de la acción –de manera que cuando el finalismo hace referencia a la acción se debe entender que incluye también a la omisión– es inseparable el nivel objetivo y subjetivo, pero ambos elementos deben analizarse a nivel de tipicidad.

Esta teoría, por tanto, entendía a la tipicidad como una estructura compleja del tipo (tipo mixto objetivo-subjetivo) en el cual se tenía un aspecto objetivo, descriptivo y valorativo (del proceso causal) y un aspecto subjetivo (que recoge valorativamente el proceso desde el fin). Por ello el dolo y culpa pertenecen a la tipicidad[51]. Esta inclusión de los componentes subjetivos revela una cuestión no meramente secundaria, ya que el dolo –como teoría final de lo previsto– no sería otra cosa que una voluntad de realización que tiene por contenido una modificación del estado de las cosas típicas. El dolo se constituyó como *punto central* de la teoría final, y por ende parte integrante de la acción típica.

Pero además, estas premisas dogmática-sistemáticas traen consigo importantes consecuencias en tres extremos capitales: en la conciencia de la antijuricidad[52], la distinción entre error de

49 CREUS, Carlos; *Derecho Penal. Parte General,* Buenos Aires, 1999, p. 126.

50 BUSTOS; Art, Cit., 1995, p. 225.

51 En el ámbito de la ejecución imperfectamente realizada, como es la "tentativa" tiene importantes consecuencias, ya que los finalistas, dentro de sus procesos de integración prima siempre lo subjetivo valorado éticamente. Por eso consecuentemente es para ellos punible la tentativa del delito imposible, es decir, aquella donde la realización delictiva no puede ser llevada a cabo por inidoneidad en el objeto o en el medio, pues ya en ello hay una subjetividad desvalorada éticamente que se ha objetivado. (Cfr. BUSTOS RAMÍREZ/ HORMAZÁBAL MALARÉE; 1999, p. 133).

52 En este caso, por la separación del dolo de la culpabilidad y con ello la conciencia de la antijuricidad, la culpabilidad es un juicio de reprochabilidad por la formación defectuosa de la voluntad alcanzada por el autor por haberse decidido por el hecho con conocimien-

LEGALES EDICIONES

tipo y error de prohibición[53] y en la teoría de la participación criminal. Así la teoría estricta de la culpabilidad defendida por los finalistas, que no se ha impuesto en Alemania, es una derivación del concepto de acción: por ejemplo, quien en una situación de legítima defensa golpea al supuesto agresor realiza una lesión dolosa según la concepción finalista porque domina el curso causal que produce la lesión. Su representación falsa sólo puede adquirir relevancia en sede de culpabilidad. Los fundamentos teóricos de la teoría final de la acción no han resistido la crítica. Porque la solución de los problemas jurídicos sólo puede ser siempre el resultado de una valoración de hechos situados en el plano del ser, no obtenerse directamente de éstos. El deber ser no puede deducirse del ser, sino que tiene que basarse en premisas normativas[54].

La pretensión del finalismo fue sin duda la plasmación del concepto de injusto personal, caracterizado por la desvaloración de la acción típica y antijurídica no por la causación de resultado dirigidos (desvalor del resultado) sino el *desvalor personal de la acción* del sujeto guiado por el dolo. Asimismo para el finalismo hay dos fases de la conducta: una externa y otra interna. La interna se produce en el pensamiento del autor y consiste en: a) proponerse el fin (v. gr. matar al enemigo; b) seleccionar los medios para su realización, proceso mental que se realiza a partir de la representación del fin (el enemigo muerto; ¿cómo lograrlo? Con una bomba), y c) consideración de los efectos concomitantes que se unen causalmente al fin (destrucción de la casa del enemigo). La segunda fase (externa) consiste en la puesta

---

to de su antijuricidad. La capacidad tiene como presupuesto la capacidad humana para autodeterminarse (libre albedrío), como realidad ontológica.

53 La ubicación sistemática del dolo en la tipicidad trae consecuencias prácticas sobre todo en el tratamiento jurídico-penal del *error*. Dado que la teoría final de la acción entiende el dolo como acción típica, para ello sólo un error sobre las características del tipo puede excluir el dolo. El error sobre los presupuestos materiales de una causa de justificación (así la legítima defensa putativa) y la falta de conciencia de la antijuricidad dejan, conforme esta teoría, intocado el dolo y conducen en el caso de su evitabilidad a una pena por dolo (en todo caso atenuada). Vid., sobre esto, ROXIN, Claus; *Política Criminal y Estructura del Delito. Elementos de delito en base a la Política Criminal*, Barcelona, 1992, p. 39.

54 ROXIN, Claus; *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Valencia, 2000, p. 40.



LEGALES EDICIONES

en marcha de los medios seleccionados conforme a la norma y usual capacidad humana de previsión[55]. En resumen, la acción en la teoría finalista constituía la piedra angular del sistema, y la intencionalidad es su principal elemento.

## 4. LA TEORÍA SOCIAL DE LA ACCIÓN

El concepto social de la acción se inicia por Schmidt en 1932, sin embargo sus orígenes debe ubicarse en la época anterior a la teoría final de la acción, pero sólo en los últimos veinte años ha adquirido significación, de tal modo que históricamente en cuanto a sus efectos debe ordenarse tras el finalismo[56], de tal modo que la teoría social pretendió ser un puente o posición intermedia entre las teorías causal y final[57]. Schmidt por su parte cuestionó a la teoría final de la acción que era un concepto "final-subjetivo" puesto que determina el sentido social de una acción demasiado unilateralmente, en función de la voluntad individual, y que el sentido de la acción debía ser siempre determinado de una manera objetiva[58]. La concepción social, el máximo exponente actual es Jescheck, aunque debe indicarse que sin perjuicio de defender el concepto social de la acción, este autor sigue y acepta la estructura del sistema finalista.

El concepto social de acción luego es complementado y reforzado por Karl Engish y Werner Maihofer. Según el primero la acción es *la producción de consecuencias intencionales por un acto voluntario*. Más tarde definirá a la acción como *producción mediante un acto voluntario de consecuencias previsibles socialmente relevantes*. Como puede apreciarse, este autor introduce en la acción la teoría de la causalidad adecuada, puesto que la conduc-

55 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; "Acerca del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito", en: PRADO SALDARRIAGA/BOJORQUEZ PADILLA/SOLÍS CAMARENA; *Derecho Penal. Parte General, (Materiales de Enseñanza)*, Lima, 1995, pp. 250 y 251.

56 ROXIN; 1997, p. 244. LUZÓN PEÑA; 1996, p. 256. "De modo paralelo a los inicios del finalismo, surge inicialmente denominada "objetivo-final" de la acción, que posteriormente pasa a conocerse como teoría social de la acción".

57 Así, ZAFFARORI; 1994, p. 353.

58 Citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Lima, 1990, p. 123.

LEGALES EDICIONES

ta comprende todas aquellas consecuencias que sean adecuadas según la experiencia[59]. Por su parte, Maihofer, en su obra intitulada *El concepto de la acción en el sistema del delito* de 1953, dirá que "acción es todo comportamiento objetivamente dominable dirigido a un resultado social objetivamente previsible"[60].

La citada teoría pone el acento en la relevancia social del comportamiento, tanto en su versión inicial como en su versión más genérica, creyéndose resolver el problema con la inserción de elementos normativos en el concepto de acción, pues esta teoría se remite a normas y usos sociales para delimitar el concepto de acción y cualquier relevancia jurídico-penal y lo social está representado por varios indicadores a tener en cuenta (costumbres, criterios morales, la influencia del medio ambiente, la adecuación social, el riesgo permitido, el cuidado objetivo en la imprudencia) se deduce por vía negativa, de ahí que Zaffaroni / Alagia / Slokar, sostengan que no es del todo correcto referirse a un *concepto social de acción*, sino a los *conceptos sociales de acción* o a las *tentativas de construcción de diferentes conceptos sociales de acción*, que parecen en común una idea que en sí misma resulta interesante: partiendo de que los tipos penales no pueden captar procesos físicos (como en la teoría causal) e imputando un cerrado psicologismo a la teoría finalista, intentaron desarrollar teorías de la acción que respondan a un evento abarcativo de sus efectos sociales[61].

Según Jescheck, será posible reunir ambas modalidades en un concepto unidario de acción si se consigue encontrar un punto de vista superior de naturaleza *valorativa* que aúne en el ámbito normativo los conceptos incompatibles en el ámbito del ser. Una tal síntesis ha de buscarse en la *relación del comportamiento humano con el mundo circundante*. Éste es el sentido del concepto social de acción: acción es, según esto, comportamiento humano socialmente relevante[62]. Por su parte, Wessels sostiene

59 Citado: AMADEO, Sebastián; "Concepto de acción en la teoría del delito", disponible en: *www.terragni.com.ar*

60 Citado por: AMADEO, Sebastián; "Concepto de acción en la teoría del delito", disponible en: *www.terragni.com.ar.*

61 ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR; 2000, p. 398.

62 JESCHECK, 1981; p. 296.



LEGALES EDICIONES

que es preferible la teoría social de la acción que constituye una solución conciliable entre el criterio simplemente ontológico y el normativo. Según esta teoría, acción es, en sentido penal, *la conducta socialmente relevante dominada por la voluntad humana o que ésta puede dominar*. Este concepto de acción, se refiere, en la voluntad de actuar y en su realización, a la estructura personal y, en consecuencia, a las realidades ontológicos[63].

El significado social de acción puede expresar por un lado incompatibilidades como muchas veces y por otro lado, coincidencias con las valoraciones realizadas por el Derecho penal, es decir en el nivel de tipicidad donde reina los principios de legalidad y de *ultima ratio*, en el primer caso, por ej. la acción de la mujer de defenderse ante un varón que intenta violarla, aquella toma un revolver y dispara y mata a su agresor, ésta acción que socialmente puede interpretarse como lícita en un momento de riesgo, en defensa propia, y jurídico-penalmente coincide con la figura justificante de la legítima defensa; empero, en el caso de un incumplimiento contractual, sino se realiza a través de un engaño suficiente previo que origine el error, no puede valorarse penalmente como una estafa contractual o contratos criminalizados, por mucho que socialmente sea un acto reprobado.

La teoría social de la acción en la actualidad no está construida tan claramente como la teoría causalista o finalista de la acción. Ello se debe a que la teoría social se ha esforzado por evitar las supuestas unilateralidades de ambas teorías y, al mismo tiempo, por hacer lo mejor de la teoría causalista y finalista de la acción. Por ello, también las consecuencias de la teoría social de la acción para el sistema del hecho punible están menos perfiladas que las consecuencias de la teoría finalista de la acción. Más bien, la teoría

63 WESSELS, Johannes; *Derecho Penal. Parte General*, Traducción de la 6ta. ed. alemana por Conrado A. Finzi, Buenos Aires, 1980, p. 26. Este autor sustenta su posición diciendo que si bien en las omisiones no existe finalidad, puede entenderse que dicho comportamiento no pierde su significado social. "Así, falta la finalidad, pero no la relevancia social de la conducta si una mujer, desconociendo inconsciente y culposamente la situación de peligro, permanece inactiva y no impide que su hijo, para apagar la sed, agarre, por confusión, un líquido de efecto mortal. No se está frente, en este caso, a una "voluntad consciente del objetivo que guía al suceso causal" de parte de la madre".

LEGALES EDICIONES

social de la acción se puede conectar tanto al sistema causalista (o a sus variantes) como al sistema finalista (o a sus variantes)[64].

## 5. LAS POSTURAS FUNCIONALISTAS DE LA ACCIÓN

En primer lugar, habrá que destacar la postura del profesor Jakobs. En el homenaje a Hans Welzel con motivo de su 70 aniversario, Jakobs desarrolla un concepto de acción, en el que sustituye la finalidad por el requisito de la evitavibilidad y la configura como la producción de un resultado individualmente evitable. En este trabajo, Jakobs intenta probar la tesis de que el planteamiento cibernético proporcionado, con el elemento de la evitabilidad, el concepto de acción adecuado a la función de la norma[65]. Jakobs ha dicho que la acción es causación evitable del resultado, y aclara que no se trata de causación de resultados en el sentido de los delitos de resultado, porque también la tentativa se actúa, sino de todos los movimientos corporales cognoscibles en su conformación y, en su caso, de sus consecuencias[66].

Esto es lo que se denomina un *concepto negativo de acción*, siendo lo importante en ella la *evitabilidad*. La causación del resultado individualmente evitable, es apreciada como un supraconcepto que permite englobar tanto el actuar doloso como el imprudente. Cabe consignar que Jakobs no define la acción de un modo puro, *per se*, en el sentido de que construye el concepto del primer elemento de la *teoría del delito* sobre la base de cuestiones vinculadas a otros niveles. En efecto, para dicho autor pueden ensayarse conceptos provisorios y nociones definitivas. Los primeros están relacionados con la evitabilidad y la imputación; y los segundos con la culpabilidad. El que ha seguido esta postura, entre otros, es Enrique Bacigalupo[67].

64 Véase, en este sentido: NAUCKE, Wolfgang; *Derecho penal. Una introducción*, traducción de la 10 edición alemana por Leonardo Germán Brond, Buenos Aires, 2006, p. 320.

65 Véase: JAÉN VALLEJO; 1994, p. 73.

66 JAKOBS, Günther; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, pp. 168 y ss.

67 Véase: BACIGALUPO, Enrique; *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 1999, p. 250, ha dicho que: "La acción, por lo tanto, es *todo comportamiento exterior evitable*, es decir,

LEGALES EDICIONES

El origen del concepto de acción en Derecho penal se sitúa, generalmente, en la Filosofía del Derecho de Hegel[68]. Sentado todo lo anterior ¿qué era la acción para Hegel? Básicamente, el comportamiento de quien se encontraba en el *estadio objetivo* (es decir, del sujeto *libre*), y consistía en la *exteriorización de su voluntad moral*. De este modo la acción se identificaba con la culpabilidad ya que sólo actuaba quien era libre y por lo tanto sujeto a un juicio de culpabilidad y a una pena (remarcamos que al no libre se le aplicaba una medida de seguridad, en general, por tiempo indeterminado).

Pero más allá de esta importante aceptación, lo cierto es que esta concepción se enfrentó con serios problemas. En efecto, no explicó el comportamiento de los denominados *locos* (enfermos mentales), ya que tan sólo se limitó a señalar que ellos no son libres y por lo tanto no actúan; ni tampoco el obrar del sujeto que se encuentra en error (ya que aquí la libertad tampoco está presente), pero tampoco preveía el delito culposo –o imprudente–, ya que no hay voluntad alguna de exteriorizar el resultado típico.

En tal sentido, Jakobs ha dicho que:

> *"Y ello es así porque el injusto no produce por sí mismo la pena, sino que jurídico-penalmente es un mero concepto auxiliar. Por ello, un concepto de acción que almacene el programa completo del Derecho penal debe ser ampliado hasta la culpabilidad. Acción es convertirse en culpable*; formulándolo de otro modo: acción es la asunción culpable de la competencia por una lesión de la vigencia de la norma"[69].

---

un comportamiento que el autor habría podido evitar si hubiera tenido un motivo para hacerlo. Por ejemplo: el autor dispara sobre su víctima y le produce la muerte habría podido evitar exacción si hubiera querido; el que, como consecuencia de una fuerza irresistible (por ejemplo, una avalancha de personas) que lo empuja contra otra persona, le causa lesiones, no hubiera podido evitar lesionar a otro. En el primer caso existe una acción; en el segundo no. Sólo una conducta evitable puede ser *expresiva del sentido social* que interesa al Derecho penal".

68 Así, VIVES ANTÓN, Tomás S.; *Fundamentos del sistema penal,* Valencia, 1996, p. 103.

69 JAKOBS, Günther; "El concepto jurídico-penal de acción", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 3, 1994, p. 97.

LEGALES EDICIONES

La acción ha incorporado la evitabilidad y la culpabilidad. La acción y la imputación de la culpabilidad son lo mismo. El comportamiento, en cuanto suceso psico-físico, debe ser objetivamente imputable, evitable y culpable[70]. Como puede apreciarse, entonces, esta visión (*acción = acción culpable*) no permitía resolver los problemas que se le presentaban al Derecho penal y por ello fue necesario deslindar conceptos y crear toda una dogmática penal en torno a la *teoría del hecho punible*[71]. No nos parece aceptable la construcción de un concepto de acción teniendo como presupuesto la culpabilidad. Tal conducta humana es la atípica como la que es típica, antijurídica o justificada, culpable o inculpable. Es imprescindible en un Derecho penal de hecho saber antes cuando hay "acción". "Es casi imposible –dice Pessoa– construir la responsabilidad penal en un Estado de Derecho sino se dispone de la noción de conducta independiente de las características de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad"[72].

Por su parte, el desaparecido Peña Cabrera había dicho lo siguiente en relación a la acción: "Partiendo de la tipicidad para estudiar la teoría jurídica del delito, estamos sentando una posición inequívoca de que el concepto de acción se encuentra alojado y pertenece intrínsecamente al campo de la tipicidad, rechazando, desde luego, el posicionamiento de los finalistas puros que sostienen que la acción sea una cuestión prejurídica, ontológica. Las propiedades ontológicas no participan del carácter final de la acción. El Derecho no retrocede a recoger conceptos que le anteceden; su tarea es subordinar a la conducta que pretende regularla"[73]. García Cavero dice "...que la acción

70 JAKOBS; "El concepto jurídico-penal de acción", *cit.*, p. 97.

71 Véase, en este sentido: AMADEO, Sebastián; "Concepto de acción en la teoría del delito", disponible en: *www.terragni.com.ar*

72 PESSOA, Nelson; "La conducta como elemento de la responsabilidad penal en un Estado de Derecho", en: *Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005, p. 541.

73 PEÑA CABRERA, Raúl; *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte General*, Lima, 1994, p. 284. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; *Derecho Penal. Parte General* (con la colaboración de Fermín Morales Prats y Miguel Prats Canut), Navarra, 2000, p. 261 "El concepto de acción, en nuestra opinión, y prescindiendo de que pueda ser entendido como "fuerza causal" o como "orientación a un fin", es un concepto normativo, creado

LEGALES EDICIONES

no constituye algo ya determinado empírica u ontológicamente, sino que se trata de una construcción conceptual realizada desde el Derecho penal. Esto quiere decir que tal comprensión depende fundamentalmente de la función atribuida al Derecho penal. Si se concibe el Derecho penal como un sistema de directivas de conducta, entonces resulta lógico englobar en el concepto de acción no sólo las conductas delictivas, sino también aquellas que respetan tales normas"[74]. Más adelante agrega que el "...punto central de un concepto jurídico-penal de acción se encontrará, por tanto, en precisar los criterios específicos de determinación de la defraudación de expectativas penalmente relevantes"[75].

Como bien dice Hurtado Pozo no "...se ha encontrado, pues, un concepto unitario, a pesar de los esfuerzos realizados. Esto se debe a que las diversas maneras que reviste la actividad humana no pueden ser definidas globalmente y de modo neutro, salvo que se recurra a una fórmula vacua. La elaboración un tal concepto resulta superflua"[76]. Añade Hurtado Pozo diciendo "... que los hecho calificados como acciones, en el dominio del Derecho penal, son finalmente aquellos considerados como tales por el sistema normativo jurídico. De modo que la acción no es el substrato general y previo de las categorías penales (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad)[77]".

Por su parte, Villavicencio empieza la construcción sistemática del hecho punible con la teoría de la acción y dice textualmente que el "...concepto de acción cumple una función de límí-

---

por el derecho positivo, y por lo tanto no hay una "acción" abstracta, sino solamente las acciones que pueden ser incluidas en las descripciones legales".

74 GARCÍA CAVERO, Percy; *Derecho Penal económico. Parte General,* Lima, 2007, p. 308.

75 GARCÍA CAVERO; 2007, p. 308.

76 HURTADO POZO; 2005, p. 395.

77 HURTADO POZO; 2005, p. 395. De la misma manera: QUINTERO OLIVARES; 2000, p. 309, dice: "...la afirmación de que la acción por sí sola puede ser objeto de calificación jurídico-penal no es sustentable. Habrá que tener en cuenta su aspecto externo y la subsumibilidad de éste en un tipo penal, es decir, que se corresponda en parte o en todo con un tipo de delito; pero, entonces, la relevancia de la acción será conferida por voluntad del Derecho positivo".

LEGALES EDICIONES

te frente al poder penal. Esta delimitación rige tanto en relación a la determinación de conductas prohibidas (función política), como a la misma estructuración de la imputación (autonomía, base, enlace, filtro)"[78]. Para Villavicencio la acción forma parte de un concepto inicial, autónomo y pre-típico y por tanto no incluido en la tipicidad objetiva de la conducta como lo hacen algunos autores. Se puede apreciar nítidamente, asimismo, la influencia que tiene el Profesor Jürgen Habermas en el concepto de acción, como primera categoría del delito, que propone Villavicencio[79].

Así a "...partir de las características del hombre como un ser social y comunicativo, es posible formular un concepto de acción. Antes que una conducta meramente individual, la conducta humana debe ser estructurada como una actividad consciente del medio y de sus condiciones y orientada subjetivamente dentro de la práctica social"[80]. Resultando todavía más evidente cuando sostiene que: "Siendo entonces la conducta humana una actividad relacionada en un proceso de comunicación, se acepta que ésta sólo puede ser una acción consciente y voluntaria. Ahora bien, dicha voluntad debe entenderse en el sentido que el individuo se inserta conscientemente a un *objeto de referencia* en un proceso de comunicación"[81].

Se percibe, en consecuencia, un cambio cualitativo de ciento ochenta grados que proyecta Villavicencio Terreros en relación a su concepción de acción para el Derecho Penal; es decir, desde Hans Welzel con su teoría de la acción final y recogida en sus *Lecciones de Derecho penal* de 1990 hasta Jürgen Habermas con su teoría de la acción comunicativa recogida ahora (2006) en su remozado *Derecho Penal, Parte General.* Por consiguiente

78 VILLAVICENCIO TERREROS; 2006, p. 265.

79 De la misma manera puede verse la influencia en: TAVARES, Juarez; "Algunas reflexiones sobre un concepto comunicativo de conducta", en: *Sistemas penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*, Lima, 2003, pp. 309 y ss.

80 VILLAVICENCIO TERREROS; 2006, p. 263.

81 VILLAVICENCIO TERREROS; 2006, p. 264.

LEGALES EDICIONES

ésta novísima concepción básica le permite a Villavicencio clasificar las realizaciones típicas dolosas, imprudentes y omisivas teniendo como común denominador un *objeto de referencia*[82]. Por otro lado, "el concepto de acción es un concepto jurídico o normativo, pues, el Derecho Penal lo obtiene a través de un procedimiento constructivo donde se realiza una abstracción de lo que existe en la realidad"[83].

## III. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA TOMA DE POSICIÓN EN RELACIÓN AL CONCEPTO DE ACCIÓN PARA EL DERECHO PENAL

### 1. CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

Empleamos la palabra conducta y no hecho, porque hecho es todo acaecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hecho que del mundo de la naturaleza. En cambio, conducta o acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta[84]. Sin embargo, si queremos ser más estrictos en la cuestión terminológica prefiero denominarlo "comportamiento"[85], –aunque en la práctica poco importa la denominación– pues la conducta humana que debe interesar al

82 VILLAVICENCIO TERREROS; 2006, p. 264.

83 VILLAVICENCIO TERREROS; 2006, p. 262.

84 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; *La ley y el delito. Principios de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1981, p. 210.

85 Así: MIR PUIG; 1996, p. 164, prefiere el término "comportamiento", pues la "acción" alude a una intervención "activa" y resulta poco adecuado el carácter pasivo de los comportamientos. De ahí que prefiramos hablar "comportamiento" en lugar de "acción". En contra ROJAS VARGAS, Fidel; *Actos Preparatorios, Tentativa y Consumación del delito*, Lima, 1997, p. 71. Este autor afirma: "Tanto el comportamiento como la conducta son por lo demás variables etiológico-psicológicas utilizadas para el registro de las diversas esteriorizaciones humanas y animales, prescindiendo de si éstas son conscientes y dirigidas o no. *En cambio la acción* es atributo sólo predicable de los seres humanos, de las personas concretas que interactúan con sentido y finalidad. Los animales inferiores al ser humano no realizan acciones, pero sí ofrecen conductas y comportamientos que un observador estratégico puede registrar y evaluar". SOLER, Sebastián; *Derecho Penal argentino*, tomo I, Buenos Aires, 1963, p. 261, anota que: "La expresión "conducta" importa una referencia amplia e indeterminada al comportamiento ordinario y general de un sujeto. La conducta, más que una acción, es una especie de promedio o balance de

LEGALES EDICIONES

Derecho penal no es que el sujeto realice tantos movimientos o estados corporales para desvalorarlos, sino que la conducta sea dotada de una significación en el ámbito de la tutela penal.

## 2. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL CONCEPTO DE ACCIÓN

De modo general, puede definirse a la acción siguiendo a Maurach / Zipf como "*...una conducta humana relacionada con el medio ambiente, dominada por una voluntad dirigente y encaminada hacia un resultado*"[86]. El comportamiento en nuestra terminología es una categoría óntico-social, es decir, propia a la naturaleza del ser humano, inherente a su estructura volitiva racional concreta. Todo tipo penal está estructurado en torno a una acción, entendida, en una primera aproximación, como comportamiento de un sujeto. Comportamiento especialmente desaprobado que el legislador expresa comúnmente en los verbos típicos de la Parte Especial.

El problema de la acción es, indudablemente, del campo del Derecho penal, pero lo es también en el campo del Derecho en general[87], pues la acción, como uso lingüístico es un concepto multívoco y tiene repercusiones por ejemplo en el campo procesal, pues se habla del ejercicio de la acción para actividad el

---

muchas acciones, y por eso adoptar esa expresión para definir el delito, resulta equívoca y, por lo tanto, peligroso políticamente".

Aunque existen una multiciplicidad de conceptos en relación al juego gramatical en la temática de la acción, así unos señalan a la misma "acción", otros en cambio prefieren el término "conducta", o "hecho" en cuanto comprende el resultado. BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE; 1999, p. 23. Asimismo manifiestan que "...no es coherente aceptar una definición de delito como "acción", "acción u omisión", "comportamiento" o "conducta". Una consecuencia con lo expresado en las líneas precedentes y con lo dicho en relación con el poder de definición del Estado de un conflicto como criminal, sería la definición del delito como un *conflicto social típico y antijurídico.*

86 MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz; *Derecho Penal. Parte General, 1,* traducción de la 7° edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, 1994, p. 242. Una postura idéntica puede encontrarse en DONNA; 1995, p. 17. "La acción es una conducta humana relacionada con el medio social, dominada por una voluntad dirigente y encaminada hacia el resultado".

87 BETTIOL, Giuseppe; *El problema penal,* traducción directa de José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires, 1995, p. 135.

LEGALES EDICIONES

órgano jurisdiccional (civil, penal, laboral, etc.), como derecho subjetivo, como actividad procesal. En el campo de la dogmática jurídico-penal también se emplea el término "acción" para referirse a todo movimiento corporal y voluntario (delitos de mera actividad) por oposición a los delitos de resultado, en general se puede decir que abarca todo lo relacionado a un comportamiento humano. El art. 11 del Código Penal peruano de 1991, del título consagrado precisamente al hecho punible nos dice que, *"son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas y culposas penados por ley"*. Igualmente, el concepto del delito, en el Código Penal uruguayo (artículo 1) se señala que: *"Es delito toda acción u omisión expresamente prevista por la ley penal"*.

En estos conceptos se condensa lo que se entiende globalmente por digno de represión o por merecedor de pena, pero poco dice de su índole distintiva en relación a los demás elementos dogmáticos del hecho punible. No obstante, el concepto de acción como punto de referencia para los predicados de la tipicidad, la antijuricidad y de la culpabilidad, aparece como algo irrenunciable aún cuando la "suerte de la Dogmática" se juega solamente en esos niveles posteriores de la investigación de un comportamiento[88]. Sin embargo, fue y es la idea determinante, la de que con el concepto de acción se caracteriza el sustrato real de la imputación jurídico-penal, al que se refieren todas las valoraciones a desarrollar con mayor detalle en los niveles de la estructura del delito[89]. Así por ejemplo la existencia de un delito tentado depende del sentido que tenga de la acción, lo que permite que aquellos actos, que por sí solos podrán quizá ser irrelevantes o constituir delitos distintos y menos graves, puedan ser calificados como tentativa. De ello se infiere que, en la tentativa, la acción y su sentido resultan decisivos, pero no por sí solos: cada tipo de delito permitirá, según la redacción, una clase de tentativa.

88 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción de Miguel Olmedo Cardenote, 2002, p. 234.

89 STRATENWERTH, Günter; *Derecho Penal. Parte General I, El hecho punible*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, 2005, p. 113.

LEGALES EDICIONES

Es evidente que si el Derecho es un sistema fijado a través de un orden de motivación, resulta obvio que sólo las acciones, como parte de la libertad humana, de la voluntad humana, pueden ser contenido de ese Derecho. La acción es la manifestación más genuina de la proyección del poder humano destinado a transformar una realidad. Como sostiene Binder "...la acción no puede ser una construcción propia y específica de los sistemas de imputación, sino que debe ser reconocida culturalmente como una acción humana. No debemos olvidar que esto funciona sólo como un límite y nunca como un criterio de imputación"[90]. El concepto de acción es un concepto-límite, que precisa y aclara el principio de exterioridad y que se construye con las ideas de trascendencia, evitabilidad y reconocimiento cultural[91].

## 3. LAS FUNCIONES TRADICIONALES DEL CONCEPTO DE ACCIÓN EN LA ESTRUCTURA JURÍDICA DELITO

Las funciones que debe cumplir el concepto de acción dentro de la estructura jurídica delito, las cuales se están íntimamente ligadas, son las siguientes[92]:

a) función *clasificatoria* o de *supraconcepto*: la acción para el Derecho penal sería el género-común que debería explicar todas las modalidades del comportamiento para el Derecho penal; es decir, debería explicar los delitos de comisión activa, delitos de omisión propia (hasta la controvertida omisión impropia), también los delitos dolosos y hasta los imprudentes. En definitiva se viene a preconizar un concepto de acción de base autónoma y unitaria de construcción del sistema dogmático.

b) función de *coordinación, enlace* o *unión*: la acción tiene que ser de carácter sustantivo, y el resto de los elementos de la teoría jurídica del delito (o sea la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad) son calificativos, por lo que la acción es un

90 BINDER, Alberto; *Introducción al Derecho penal,* Buenos Aires, 2004, p. 124.

91 BINDER; 2004, p. 125.

92 Véase, para estos temas, entre otros: CALDERÓN CEREZO, A. / CHOCLÁN MONTALVO, J. A.; *Derecho Penal. Parte General,* tomo I, Madrid, 2001, p. 114.

LEGALES EDICIONES

lazo de unión entre todos ellos. Esto implica que el concepto de acción debe ser "neutral" frente a dichos calificativos y tener suficiente entidad como para soportar todos los predicados subsiguientes. De ahí que el elemento acción encabece la definición de delito por los más significativos autores, aunque partan de presupuestos distintos: von Liszt, Mezger, Welzel, etc.

c) *función delimitadora, negativa* o *límite*: si el delito implica como primer paso una acción, todo lo que no lo sea no podrá jamás ser delito. En este sentido, es un concepto que deberá excluir el actuar de los animales, los casos de *vis absoluta*, estados de inconsciencia absoluta, etc.

Está claro que un concepto de acción penal deberá atravesar todas las categorías del hecho punible como la acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad y constituir en cierto modo su columna vertebral. La función de la unión de la acción requiere que ésta se constituye en factor común de todos los tipos de delito, capaz de englobarlos[93], de tal forma que se desprenden los siguientes contenidos: la acción debe ser neutral frente al tipo, la antijuricidad y culpabilidad, ya que si bien es un "elemento de unión" la acción no debe añadir consideraciones en su seno que sean reproducidos después en los demás escalones valorativos pues eso sería perturbador. Asimismo, el concepto de acción no debe invadir el siguiente terreno próximo como es el tipo, sin embargo, tampoco puede ésta estar vacío de contenido, ya que necesita poseer suficiencia expresiva como para poder soportar los predicados de los elementos siguientes de carácter valorativos[94].

Si la acción es un concepto tan importante, entonces el hecho punible no puede ser totalmente equiparado solo a tipicidad,

93 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; "Sobre los movimientos "impulsivos" y el concepto jurídico-penal de acción", en: *Estudios de Derecho Penal*, Lima, 2000, p. 13.

94 En este punto JESCHECK, Hans-Heinrich; *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Volumen Primero, Traducción y adiciones de Derecho español por Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 291, menciona la *función de definición*, en el sentido que "...el concepto de acción, debe, además, poseer el suficiente contenido material para que puedan referírsele las ulteriores especificaciones representadas por las categorías sistemáticas jurídico-penales de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad".

LEGALES EDICIONES

antijuricidad y culpabilidad. El hecho punible debe ser equiparado a una acción típica, antijurídica y culpable. Y según como se determine la "acción", luego el hecho punible será una acción típica, antijurídica, culpable agregando los adjetivos "causal, final o social" según el caso. Dichos adjetivos ingresan de modo automático a la estructura del delito calificándolo: ello origina teorías de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad causal, finales o sociales[95].

## 4. LA CONCURRENCIA DE "REQUISITOS MÍNIMOS" PARA ESTABLECER LA EXISTENCIA DE UNA ACCIÓN VÁLIDA

El concepto de acción tiene la función de establecer el mínimo de elementos que determinan que la realización de un comportamiento humano (activo u omisivo) sea relevante para el Derecho penal[96]. A mi entender los requisitos "mínimos" de la acción sería que la persona esté conciente de todo lo que está realizando (si no lo está, puede decirse que el Yo se halla desconectado) y que, además, sea físicamente posible una actitud (hacer o no hacer) distinta de la que en concreto se adoptó. Se consigue así contextualizar la acción al margen del Derecho penal, incluyendo tantos comportamientos activos y pasivos[97]. Considero, además, que éste concepto no prejuzga la idea de la omisión en sentido técnico que conocemos para el Derecho penal, ya que la omisión es eminentemente jurídico-normativo. Sin embargo, la necesidad de lo normativo no cambia en nada en los requisitos "mínimos", ya que puede soportar los diferentes contenidos restantes de los elementos del delito –tipicidad, antijuricidad y culpabilidad–, y cumplir así las funciones tradicionales de "clasificatorias" y "negativas" de todo concepto de acción.

---

95 Véase, en este sentido: NAUCKE, Wolfgang; *Derecho penal. Una introducción*, traducción de la 10 edición alemana por Leonardo Germán Brond, Buenos Aires, 2006, pp. 318 y 319.

96 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; "Delitos de acción. La tipicidad (I)", en: Zugaldía Espinar, José M. (Dir.) y Pérez Alonso, Esteban (Coord.); *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2004, p. 422. BACIGALUPO, Enrique; *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 1999, p. 245.

97 GARCÍA RIVAS, Nicolás; *El Poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, 1996, p. 81.



LEGALES EDICIONES

La función de clasificación de la conducta, que indica que si un injusto penal reside en disponer de un concepto de conducta que sea válido para toda forma de injusto penal. Digamos que la función de delimitación establece los requisitos mínimos para que haya una conducta válida, y para establecer dicha validez nos preguntamos: ¿cuáles serían los "requisitos mínimos" que hay que exigirle a la acción?[98] La doctrina ha elaborado ciertos criterios generales a la hora de encarar dicha problemática. Señalamos determinadas condiciones de carácter imprescindibles para verificar una conducta relevante para el Derecho penal, es decir que la ausencia de una de ellas (por algo le llamamos "requisitos mínimos") acarreará la inmediata la negatividad en el sistema de imputación penal.

Sin perjuicio de lo acotado, puede sintetizarse que los requisitos mínimos que debe cumplir toda la definición de acción para el Derecho penal serían las siguientes:

a) En primer lugar, en el plano material, debe poseer una actitud corporal, propia de la *actividad humana.*
b) En segundo lugar, la acción o la conducta tiene que apoyarse en una *voluntad,* y no una voluntad vacía al estilo de la teoría causal, sino que tiene que expresarse a través de un contenido determinado.

### 4.1. Actividad humana

Sólo la actividad humana puede ser objeto de ser objeto de motivación por la norma penal, y los animales no son objeto de comprobación jurídico-penal. Según Muñoz Conde / García Arán dicen que "...sólo la *conducta humana* traducida en actos externos puede ser calificada de delito motivar una reacción penal, pena o medida"[99] (las cursivas son mías). Esta no es una afirmación trivial pues hubo épocas donde se les procesaba a los animales y había ordenamientos jurídico-penales que admitían

98 ZAFFARONI, 1981; p. 75, apunta que "la conducta no ofrece "elementos" sino "aspectos" que con el objeto de analizarlos los dividimos en "externos" e "internos" (actividad y voluntad), que bien pueden identificarse como "manifestación de voluntad" y "voluntad".

99 MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, 2002, p. 210.

LEGALES EDICIONES

la responsabilidad por hechos de terceros, por ejemplo, el tutor respondía por el pupilo, el señor por el siervo.

### 4.2. La voluntariedad

El primer momento externo, pero subjetivo, de la acción se llama actuación voluntaria[100]. La voluntariedad se vislumbra como el primer elemento configurador de la acción para el Derecho Penal. Se trata de un criterio psicológico-motivacional que impulsa a las personas a actuar de determinada forma en la realidad. La voluntariedad es la "guía" por el cual discurre todo el concepto de acción. La jurisprudencia penal peruana ha dicho "...que debe tenerse en cuenta que no existe acción penalmente relevante cuando falta la voluntad, de modo que un resultado fuera del ámbito de protección del Derecho penal cuando ha sido producido fortuitamente..."[101].

Existe consenso en la doctrina respecto a que la persona humana al querer algo dirige finalísticamente su acción hacia dicha meta, con arreglo a un plan previamente trazado. El hombre sobredetermina el proceso causal funcional de sus conocimientos, con la idea de llegar a un fin. En palabras de Welzel, la persona "en virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente".[102]

En otro trabajo Welzel ha dicho lo siguiente en relación a la voluntad: "Recalqué que la voluntad es capaz de "regular de acuerdo con el sentido" su intervención y de "dirigir y encauzar en virtud de un plan" el suceso. La voluntad es el "factor de dirección" que "sobredetermina" el suceso causal exterior y lo convierte, de este, modo, en acción encauzada hacia el objetivo"[103]. "Por eso, la ciencia y la práctica del Derecho Penal han exigido

100 Así, SOLER; 1963, p. 263.

101 Véase: Sala Penal, Recurso de Nulidad N° 3019-98, de fecha 18.de setiembre de 1998 (extraído de ROJAS VARGAS, Fidel; *Jurisprudencia penal*, tomo I, Lima, p. 111).

102 Citado: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; *Derecho Penal. Parte General,* Tomo I, Lima, 2004, p. 87.

103 WELZEL, "¿Un malentendido sin solución (Acerca de la interpretación de la teoría finalista?" *cit.*, p. 56.



LEGALES EDICIONES

unánimemente la "voluntariedad" de la conducta humana como presupuesto esencial del juicio jurídico-penal, sin que pueda limitarse el concepto de voluntariedad a la ejecución efectiva de una acción voluntaria, sino ha de entenderse como la posibilidad de dominio de la actividad o pasividad corporal a través de la voluntad"[104].

Al respecto, Mir Puig dice: La norma preventiva no podría cumplir su función y, por tanto, perdería su fundamento político-constitucional cuando conminase con pena hechos no guiados por la *voluntad humana,* esto es, cuando considerase como delitos hechos carentes del carácter de comportamiento voluntarios (finales). Nótese, en cambio, que un Derecho penal que –como acaso el medieval– se justificase como testimonio de la justicia y como medio de retribución de la injusticia, podría llegar a castigar hechos distintos a los comportamientos humanos, como por ejemplo, de animales, si considerase que también éstos puedan causar males injustos. Más esto sólo sería posible en una concepción propia de un modelo de Estado históricamente ya lejano, "satisfactiva", no "regulativa", del Derecho. En el Derecho de un Estado moderno como es el social, que impone la función de configuración de la vida social, debe perseguirse la regulación de conductas, la cual sólo es posible mediante la motivación propia de la norma respecto a comportamientos humanos voluntarios (finales)"[105].

---

104 WELZEL, Hans; *Derecho Penal. Parte General,* traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yánez Pérez, Santiago, 1970, p. 51.

105 MIR PUIG, Santiago; *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho,* Barcelona, 1994, p. 51. De la misma manera, el mismo: "Los límites del normativismo en Derecho penal", disponible en: *http://criminet.ugr.es/recpc* (*Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología* N° 7 y 8), sostiene que "... el primero de los elementos de la definición clásica de delito, el comportamiento humano voluntario, no es la única forma posible de acción de una persona, sino una exigencia derivada de principios político-criminales actualmente compartidos: no se deriva de una consideración *ontológica* de la estructura lógico-objetiva de la acción, sino de principios *normativos.* Lo mismo puede decirse del resto de elementos de la teoría del delito. Sin embargo, el ejemplo de la acción humana pone de manifiesto que también hay que tener en cuenta los condicionamientos de la realidad. Que sólo se pueden prohibir comportamientos voluntarios tiene que ver con la función de prevención de conductas mediante normas dirigidas al ciudadano y con el principio de culpabilidad, pero es también una consecuencia del hecho

LEGALES EDICIONES

En efecto, Polaino Navarrete sostiene que: "La acción es una manifestación de la voluntad humana, un acto del hombre, un comportamiento regido por la voluntad de la persona. Esta conducta refleja ante todo la capacidad genérica de voluntad de actuación que es propia, en cuanto ser dotado de inteligencia y voluntad"[106]. Así, Muñoz Conde / García Arán sostienen que: "Se llama acción todo comportamiento dependiente de la *voluntad humana*. Sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante y la voluntad implica siempre una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin"[107] (las cursivas son mías).

Por su parte, Donna dice que la acción voluntaria tiene por cualidad específica que la vivencia tendencial no llega a ser directamente acto, sino que es puesta bajo la dirección de la voluntad y llevada a cabo en contra de las resistencias[108]. Aunque para Jakobs en vez de la voluntariedad que sirve –para los finalistas– como pauta negativa para excluir la acción, pregona la evitabilidad, que cumple, igualmente, la función principal de eliminar del ámbito del Derecho penal las conductas irrelevantes, es decir, que no sean evitables.

La voluntariedad de la conducta es central para su relevancia penal ya que es la capacidad de gobierno psico-motor materializada en forma actual y en estado consciente. Núñez define a la voluntad como "...el proceso anímico impulsor o inhibidor de

---

de que el destinatario de una norma sólo puede cumplirla o infringirla mediante algún acto de voluntad y de que, por tanto, una norma que trate de evitar (prevenir) un hecho influyendo en sus destinatarios, sólo puede conseguirlo determinando la voluntad de los mismos".

106 POLAINO NAVARRETE, Miguel; *Derecho penal. Modernas bases dogmáticas* (con la colaboración de Miguel Navarrete Orts), Lima, 2004, p. 368. Similar: CREUS, 1999, p. 126: "El hecho humano es conducta en tanto sea una *manifestación de voluntad*".

107 MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes; *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2002, p. 212.

108 DONNA; 1995, p. 12.

LEGALES EDICIONES

los nervios motores y, así, de la actividad o inactividad corporal de la persona. Si la actividad o inactividad corporal es ajena a la actuación real o posible de ese factor anímico, no representa una acción personal"[109]. La voluntad como elemento de la acción es un estado psíquico-espiritual que posee intencionalidad. Tener intencionalidad significa actuar de una forma determinada dirigido hacia algo[110]. Al conjunto de capacidades que posee un sujeto para guiar su conducta de acuerdo a ciertas representaciones, es decir dotar de un sentido, ya sea a nivel de acción, a nivel de tipicidad (dolo) o a nivel de culpabilidad, a todo ello se le llama capacidad psíquica de delito. Lo rescatable de la concepción causal de la acción es considerar a la acción como voluntaria, esto es, dicha doctrina circunscribió a la acción a partir de nociones voluntarias para causar resultados independientes del contenido de la voluntad, pero en alguna forma representa una primera restricción, lo involuntario no permite fundamentar responsabilidad alguna[111].

Creus es de la opinión que: "El hecho humano es conducta en tanto sea una manifestación de voluntad. El hombre observa una conducta cuando quiere hacer (acción en sentido propio o positiva) o no hacer (acción negativa u omisión) algo. Ese querer hacer o no hacer nos dice, por sí mismo, que la acción - conducta es un querer de finalidad, pero no necesariamente con finalidad. Todo querer es, en sí, una finalidad sin la cual es impensable la conducta, pero esa finalidad sigue siéndolo aunque no trascienda a la previsión de una específica consecuencia del hacer o no hacer (haga para). La negativa a reconocer la acción como final en el sentido expuesto o la insistencia en requerir una fina-

109 NUÑEZ, Ricardo; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 1999, p. 124.

110 ESER, Albin / BURHARDT, Björn; *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá, Madrid, 1995, p. 77.

111 En este sentido: CUELLO CONTRERAS, Joaquín; *El Derecho Penal español. Curso de Iniciación. Parte General. Nociones Introductorias. Teoría del Delito*, 1, Madrid, 1996, p. 196. Por otro lado: JAKOBS; 1997, p. 161, apunta: "Incluso en la actualidad se sigue manteniendo que la acción es un movimiento voluntario sin consideración al contenido de la voluntad".

LEGALES EDICIONES

lidad (pre-propuesta) trascendente al deseo mismo del agente de actuar o no actuar, deforma el concepto de acción-conducta y perturba su exposición teórica. Aunque la palabra no permita expresar perfectamente la idea, puede decirse que para que una acción sea conducta es suficiente como finalidad el querer hacer o no hacer algo, sin que sea indispensable requerir que su autor quiera con ella lograr algo (quien quiera echarse a dormir asume una conducta aunque no se proponga, ni siquiera prevea, una determinada consecuencia de ese querer suyo)"[112].

La motivación de la norma se dirige a la voluntad (finalidad) de su destinatario, para que omita *por obra de dicha voluntad* determinadas conductas, y el sujeto no podría omitir voluntariamente (finalmente) los comportamientos no guiados por su voluntad (finales)[113]. El término imputación que usualmente se utiliza, significa que sólo la conducta voluntaria, en sentido estricto, puede imputarse como infracción de una norma prohibitiva cuya función sea la prevención a través de la motivación. Ni la conducta no querida, ni el resultado posterior, aunque haya sido querido, pueden imputarse como prohibidos por una tal norma.

Las prohibiciones con mandatos reforzados con sanción jurídico-penal no pueden tener eficacia más allá de la capacidad del hecho de influir en los cursos del acontecer por medio de sus acciones. Lo imprevisible o inevitable no se puede prohibir ni exigir[114]. Hay que destacar, sin embargo, la existencia de una finalidad incipiente incluso en los actos reflejos, los actos impulsivos o en cortocircuito, en los que se constata fenómenos de "adaptación regulativa". Así las cosas, la cuestión no es ya cuándo hay voluntariedad, finalidad, consciencia, sino más bien qué grado de las mismas se precisa para afirmar la concurrencia de una acción en sentido jurídico-penal. En tal sentido, no se trata de concluir de modo absoluto (ontológico) si, por ejemplo, los actos reflejos son acciones, sino de si la decisión sobre los

112 CREUS, Carlos; *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 1999, pp. 126 y 127.

113 MIR PUIG; 1996, p. 162.

114 STRATENWERTH, Günter; *Derecho Penal. Parte General I, El hecho punible*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, 2005, p. 113.



LEGALES EDICIONES

límites de concepto de acción –adoptada desde una perspectiva jurídicopenal– los deja dentro o fuera de aquél. Tal decisión reviste, según Silva Sánchez, naturaleza normativa: no aparece en la forma de un juicio descriptivo, empírico, sino adscriptivo, de imputación. Criterio rector de un juicio de adscripción así configurado es la función de concepto de acción en el seno del sistema de la teoría del delito, en general, y en la categoría de la antijuricidad, en particular[115].

Ni el pensamiento ni la mera ideación ni aún la resolución criminal constituyen acto o comportamiento alguno. Sólo si la acción humana lleva implícito el concepto de voluntariedad sirve para "pasar" a la tipicidad. Cuando se presentan los casos de ausencia de acción (por ej. fuerza física irresistible, inconsciencia, embriaguez absoluta, etc.), en realidad, son casos de ausencia de voluntariedad humana. En realidad, la ciencia penal debería preocuparse en indagar si una determinada conducta responde a una voluntad, lo cual gobierna el accionar.

No debe confundirse el elemento volitivo del dolo, con la voluntariedad de la conducta, que es el presupuesto básico y relevante de cualquier infracción penal. Tanto quien conduce un vehículo motorizado en estado de ebriedad de manera consciente o intención, como quien lo hace a consecuencia de una manera descuidada, ambos llevan a cabo un comportamiento voluntario. En cambio, la voluntad como parte integrante del dolo (aspecto conativo o volitivo) toma como pauta central los elementos objetivos que integran el tipo penal. El soporte de la tipicidad –dolosa o culposa– y de la antijuricidad, así como el de la culpabilidad, es el mismo. Siempre se trata de un hecho humano, que será voluntario en el sentido de que se ha resuelto a partir de la utilización de los centros cerebrales en los que se origina la decisión[116]. En consecuencia, no hay que confundir manifestación de la voluntad con el contenido de la voluntad que pertenece a la subjetividad del tipo. La voluntariedad es un concepto genérico y no hay que identificarlo con la voluntad del dolo.

115 SILVA SÁNCHEZ, "Sobre los movimientos "impulsivos" y el concepto jurídico-penal de acción", cit., pp. 26 y 27.

116 TERRAGNI, Marco Antonio; *Delito culposo*, Buenos Aires, 2004, p. 51.

LEGALES EDICIONES

## 5. SOBRE EL DOBLE CONCEPTO QUE DEBE PRIMAR EN LA ACCIÓN: LA BASE ONTOLÓGICA PARA LOS DELITOS DE ACCIÓN Y LA BASE NORMATIVA PARA LOS DELITOS DE OMISIÓN

Establecerse si es dentro del Derecho penal que se debe trabajar con un concepto propio de acción, es decir, si es la propia normatividad (especialmente el tipo penal) la que debe proporcionar los elementos y requisitos para la construcción de la acción, o si es conveniente emplear una noción óntica que siendo extra-jurídica puede en principio ser usada no solamente por el Derecho penal, sino también por las otras ramas del Derecho.

Ahora bien, existe un consenso en la doctrina en cuanto a que la ubicación metódica de la acción *dentro* de la estructura general delito, pero *antes* de la división de los hechos punibles en delitos dolosos y no dolosos, de modo que debe ocupar un lugar *fuera* de la teoría del tipo[117]. En suma, debe respetarse la existencia de "una" acción que es un presupuesto de todo delito; si falta no cabe plantear la pregunta por el dolo o la culpa, ni tampoco acerca de la realización de un tipo concreto de delito[118]. Sería conveniente, entonces, hacer una distinción entre un concepto general de acción y un concepto de acción valorado a nivel de tipicidad. *Esta consideración exigirá estudiar la problemática general del comportamiento humano antes de considerar las distintas clases de tipos*[119].

---

117 Véase, en esta posición: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón / GARCÍA RIVAS, Nicolás; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General,* Barcelona, 1996, p. 111, dicen que: "El comportamiento humano, que comprende acciones y omisiones, es esencialmente un concepto ontológico y por tanto pre-jurídico. Los hombres actúan en la realidad, en la que existen personas y cosas con independencia del mundo jurídico que regula todas esas relaciones". DONNA; 1995, p. 17. "La acción es anterior al tipo y por ende está fuera de él. Pero aquí –dice Donna– se plantean tres problemas: a) Si hay un concepto de acción previo al Derecho; b) Si la voluntad es un factor de la acción; c) Si el resultado de la acción es parte de ella".

118 Véase, en este sentido: MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz; *Derecho Penal. Parte General, 1,* traducción de la 7° edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, 1994, p. 244.

119 MIR PUIG; 1996, p. 153.



LEGALES EDICIONES

Hay dos cosas adicionales ha tener en cuenta: en primer lugar, que la acción demanda como un elemento fundamental: su especificidad, y ésta está dada por el dato final y al menos por la previsibilidad en su accionar. En segundo lugar, la ausencia de ese dato final debe convertirse en una causal de acción. No es un elemento del tipo. El tipo, en lo general, lo que hace es escoger qué consecuencias previsibles son punibles y delimita el riesgo prohibido del que surgen las consecuencias punibles[120].

En síntesis: un concepto óntico-general de acción cumpliría la función de excluir aquellos actos que no son consecuencia directa de la voluntariedad del ser humano (actos reflejos, etc.). Luego de las discusiones que se ha tenido en torno a la teoría causal o teoría final de la acción en la década de los sesenta, y coincidiendo con el declive inminente del sistema finalista, comienza a crecer en la doctrina una tendencia que se ha denominado "concepto negativo de acción", donde el principal problema no era indagar sobre los requisitos mínimos que debe concurrir en la acción, sino en averiguar el lado "opuesto" a la acción, es decir, averiguar la no-acción del sujeto. En tal sentido, había un acuerdo doctrinal en afirmar la preferencia por un concepto de no-acción reducida. Se trata del primer filtro en la estructura del delito, que tiene por función la exclusión de procesos irrelevantes para el Derecho penal[121].

La discusión principal sobre el concepto de acción ha quedado reducida a las causas de exclusión como la fuerza física irresistible, estados de inconsciencia, los denominados actos reflejos y los automatismos, la embriaguez absoluta, etc. Por consiguiente y siguiendo a Jaén Vallejo "...entiendo que el concepto de acción, aunque hoy resulta de menor trascendencia que en anteriores etapas del Derecho penal, puede seguir cumpliendo su función delimitadora. A través de este concepto se podrán seguir excluyendo en la estructura del delito ciertos comporta-

120 Véase, en este sentido: PESSOA, Nelson; "La conducta como elemento de la responsabilidad penal en un Estado de Derecho", en: *Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005, pp. 542 y 543.

121 Véase, en este sentido: JAÉN VALLEJO; 1994, p. 93.

LEGALES EDICIONES

mientos irrelevantes, sobre los que no se podrían apoyar de ninguna manera los juicios de antijuricidad y culpabilidad, luego sin trascendencia jurídico-penal"[122].

Los delitos de omisión tienen su base ontológica, ya que toda omisión jurídico-penalmente hablando es en realidad una acción; una omisión no es meramente pasividad, inamobilidad absoluta del sujeto, por el contrario, dicho sujeto realiza y ejecuta una conducta, sólo que no es la mandada por la norma.

Ahora, la otra distinción es que en el mundo naturalístico solo existen acciones expresadas en comportamientos pasivos (por ej. ver la televisión) resultan carentes de contenido penal. Pero ésta seguirá siendo una conducta. En el supuesto que sean relevantes jurídicamente (por ej. ver como se desangra un familiar), sólo se sabrá si posee contenido penal si se adecua a la hipótesis legal, y esto es entrar al terreno de la tipicidad. El Derecho penal siempre se ocupa de acciones del hombre, desvalorándolas porque el sujeto desarrolla una acción que está expresamente prohibida por una norma.

Por ejemplo, el caso de una persona que es víctima de un ataque epiléptico ha caído sobre otro sujeto produciéndole lesiones graves, la solución no sería nada fácil, pues dependerá de la ubicación sistemática de la conducta en la teoría del delito. Así, si la conducta se considera dentro del estudio de la tipicidad, concluiremos que la conducta epiléptico, ha realizado una "acción típica" por cuanto se ha afectado un bien jurídico y además porque los hechos se subsumen en la descripción legal del delito de lesiones, y no hubo ninguna circunstancia que justifique tal acción, entonces será también antijurídica, y la única alternativa que quedaría, para no aplicar una sanción penal, es a nivel de culpabilidad, lo cual evidencia –independientemente de buscar una forma de inculpabilidad– un injusto penal, factible por cierto de aperturar procesamiento penal a una persona. Si por el contrario, afirmamos que la conducta debe analizarse antes de la tipicidad, tendremos que en el ejemplo planteado, nunca hubo

122 JAÉN VALLEJO; 1994, p. 94.



LEGALES EDICIONES

una conducta (por la involuntariedad) y las lesiones graves (que es el resultado) no debe ser atribuido a un ser humano y que en consecuencia, la acción penal no tendía que formalizarse pues nunca existió *"...el hecho..."* que constituya delito.

Según Silva Sánchez[123] el concepto de acción al menos, existen dos cuestiones que revisten el carácter común a los diferentes modos de realización típica: la primera de ellas, y esencial a nuestro entender, la relativa a qué procesos son ya a *priori* inidóneos como objeto del juicio de imputación típica; y la segunda, derivada derivadamente de la anterior, en la que se obtiene cuál es el contenido de sentido genérico-común a todos los procesos que sí son susceptibles de recibir el juicio de imputación típica. Entonces, hay que considerar que la conducta tiene dos planos diversos: en primer término al relacionado con el nacimiento de la conducta, es decir, nace con actos positivos dirigidos por la voluntad humana; de esta forma la acción existirá ónticamente aún cuando ella no llegue a ser relevante jurídico-penalmente. El criterio óntico de conducta permitirá tener un control más estricto por parte de los que crean y aplican la ley, ya que estaremos en capacidad de conocer los alcances y contenido del concepto de acción y podamos manejar nuestro comportamiento de acuerdo con esa previsión general. Para apreciar este criterio, debemos considerar que la acción debe preceder al de la tipicidad.

## 6. LA CAPACIDAD DE RENDIMIENTO DEL CONCEPTO DE ACCIÓN

Ante todo habrá que advertir que el concepto jurídico-penal de acción esta siendo cuestionado por la doctrina, en tanto una referencia normativa vinculada a la tipicidad resultaría limitada para la comprensión completa de la acción en el Derecho pe-

123 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; "Sobre los movimientos "impulsivos" y el concepto jurídico-penal de acción", en: *Estudios de Derecho Penal*, Lima, 2000, p. 15. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando; *Derecho Penal. Parte General*, Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 353. Este autor sostiene la concurrencia de 3 categorías que explican el actuar humano desde el punto de vista penal: la *causalidad*, la *finalidad* y la *socialidad*. (...) Así las cosas, por conducta el actuar humano (comisivo u omisivo), controlado o susceptible de serlo por la voluntad dirigida hacia un determinado resultado, con repercusiones en el ámbito social.

LEGALES EDICIONES

nal. Sin embargo, la valoración jurídica es algo consustancial a la hora de definir cualquier dato o hecho de la realidad, o de aquellas "estructuras lógico-objetivas" como decía Welzel. La pregunta central sería: ¿La acción necesita nutrirse de valoraciones jurídicas para su existencia? En primer término, hay que tener en cuenta que existen determinadas construcciones dogmáticas donde el grado de intensidad en la valoración jurídica es mucho más fuerte que en otras (por ejemplo, se ha demostrado que los delitos de omisión impropia se necesita un cierto "margen" para la valoración jurídica que en los delitos de comisión, o en el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas). La frase de la "naturaleza de las cosas" que propugnaban los finalistas en el área de los delitos de omisión impropia –como en la imputación objetiva– no calza igual como en los delitos "nucleares" de comisión activa, delitos de resultado lesivo.

Así las cosas, existe un "núcleo duro" en la construcción dogmática que debe ser inderogable por cualquier medio de interpretación ya sea legal o judicial. Es decir, el legislador no puede sustituir por ejemplo la voluntariedad (humana) en la acción por otro tipo de voluntad (mecánica o virtual). Ese núcleo duro sí está dado por la "naturaleza de las cosas". Empero, ésta apreciación tiene que pasar determinados filtros ("prueba de fuego"). A mi juicio, sólo analizaré sucintamente dos temas que me parecen cruciales a la hora de la definición del concepto de acción: los delitos de omisión y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

### 6.1. El delito de omisión

Otro tema donde puede medirse el rendimiento del concepto de acción es en los delitos de omisión, ya que muchas veces no resiste el margen de valoración jurídica que conlleva el delito de omisión impropia, que en puridad, es una modalidad conceptual. La problemática sobre si el concepto de acción (positiva) es suficiente para explicar los llamados delitos de omisión (negativo), según el finalismo, se trataría de un concepto amplio que comprendería no solo los comportamientos activos sino también los omisivos: actuación y omisión no serían sino dos formas

LEGALES EDICIONES

de manifestación de un concepto mucho más amplio de acción, y dicha afirmación traería como consecuencia que el contenido de la voluntad no debe tener en consideración un movimiento corporal y que a través de el se modifica una situación determinada, sino también puede consistir en evitar la modificación de esa situación. Si bien no se trata de una voluntad de realización positiva, debe existir una voluntad de vinculación normativa con el resultado. El segundo aspecto, tiene que ver con los movimientos corporales perseguidos (intencionados, premeditados, pretendidos), sino también las previstas (negligencias, imprudencias, impericias).

En tercer lugar, tiene que verificarse una modificación de una situación que sea objeto de la voluntad. Estos serán los requisitos, que a mi juicio, el operador jurídico deberá comprobar en el juicio de subsunción positiva, de cara a imputar un hecho punible. Es lógico que la conducta, ya sea positiva u omisiva, regulada en los tipos penales, pueda contener más requisitos adiciones o especiales, (como ejecuciones determinadas de una conducta, etc.) pero ello servirá simplemente para captar con mejor precisión la materia prohibida.

En ese sentido, resulta elocuente las palabras de Soler cuando manifiesta que:

> "...lo que el derecho hace con el concepto de acción importa una efectiva desnaturalización ampliatoria de algo natural y neutro. Y se comprende que sea así porque, en definitiva, la norma jurídica crea siempre una relación imputativa, creación en la cual dispone de un amplio margen de posibilidades, dependientes de apreciaciones valorativas propias e impuestas bajo la forma de exigencias. Piénsese en la omisión y en la comisión por omisión, cuya noción natural es directamente imposible sin un presupuesto normativo de algún deber, sea jurídico, moral o hasta de mera urbanidad o cortesía"[124].

124 SOLER, Sebastián; *"Prólogo"* al libro de GRAMAJO, Edgardo; *La acción en la teoría del delito*, Buenos Aires, 1975, p. 12.

LEGALES EDICIONES

En definitiva, asumo una *posición dualista* del comportamiento punible, en contra de quienes sostienen una posición unitaria de acción. Son valoraciones distintas: en la acción se realiza desde ella misma, en cambio, en la omisión se realiza a través del tipo (omisión típica). La voluntariedad es un concepto que debe analizarse desde la acción misma y no desde la tipicidad, si bien al llegar a dicho terreno se tendrá que valorar los requisitos de la faz positiva de la acción, no quiere decir que la acción forme parte del tipo, porque se entiende que al llegar a la tipicidad ya se comprobó que hubo voluntariedad del agente. Además, la tipicidad cumple otras funciones específicas como definir: sujetos activos, pasivos, relación de causalidad, medios empleados, el resultado.

En cambio, para valorar las acciones (o mejor dicho, para que no se consideren acción jurídico-penal) que interesan al Derecho penal debemos hacerlo previamente al examen de la tipicidad, como el caso por ejemplo de la fuerza física irresistible. Pero también en el juicio de la acción, el sujeto desarrolla una acción naturalísticamente considerada y que sólo el posterior juicio de valor, que sobre esas conductas ónticamente entendidas debe hacer el Derecho penal, es lo que permite distinguir entre un concepto de acción y de omisión. En síntesis, la división es el siguiente término: para los delitos de acción debe manejarse a través conceptos ontológicos, porque a nivel pre-típico no habría mayores inconvenientes con la voluntad y su faz negativa. En cambio, para delitos de omisión –propio e impropio– debe partirse de consideraciones normativas expresadas en el marco de la tipicidad.

### 6.2. ¿La persona jurídica tiene capacidad de acción para el Derecho penal?

Generalmente se ha negado la responsabilidad penal de las personas jurídicas porque éstas no tienen capacidad de acción, ella solamente lo tiene la actividad humana, poseedora de la voluntad que guía todo el accionar; así lo ha entendido la mayor parte de la doctrina. Así, por ejemplo el Profesor argentino Fontán Balestra decía que: "*Cuando afirmamos que la acción es ac-*

LEGALES EDICIONES

*tuar humano, limitamos la materialidad del delito a las manifestaciones de la personalidad de un ser humano*. Sujeto de la acción es solamente la *persona física*"[125].

Sin embargo, el esfuerzo es evidente por la búsqueda de ciertas aristas por encontrar la ansiada capacidad de acción de los entes colectivos. Así, puede citarse aquella postura que califica de "psique" y "cuerpo" de la persona humana con "estatutos" y "órganos" de la persona jurídica de Günther Jakobs; las "acciones de la agrupación" donde la persona jurídica actúa externamente por medio de la persona humana, o sea, a través de sus órganos (Hirsch); o la "acción institucional" de David Baigún. A mi juicio, todas estas posturas doctrinales que tienen su validez y racionalidad dentro de la posición que ellos pregonan, y que pueden tener su correlato en una versión legislativa que posibilite la punición expresa de los entes colectivos.

Desde de mi punto de vista, hay dos cuestiones fundamentales que deben resolverse previamente, para luego indagar si efectivamente una persona jurídica o empresa tiene capacidad de acción para el Derecho penal. Estos son los siguientes:

a) En primer lugar, debe dilucidarse si hay ciertos *límites de naturaleza óntica* que el legislador debe respetar, es decir, ¿al legislador –y no interesa de qué nacionalidad sea– está obligado a respetar las estructuras lógico-objetivas tal como pregonaba los finalistas del delito? Si no le interesa, es obvio, que adecuará su legislación a incorporar un tipo de acción colectivo-institucional y con ello decir que hay acción en la persona jurídica. Los finalistas dicen que hay que partir de

125 FONTÁN BALASTRA, Carlos; *Tratado de Derecho penal*, tomo I, Parte General, p. 421. De la misma manera: RODRÍGUEZ DEVESA, José María; *Derecho penal español. Parte General*, (revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez), Madrid, 1985, p. 362, dice que: "La acción es un *acontecimiento previsto en la ley y dependiente de la* ***voluntad humana***. Por consiguiente, es un ***comportamiento humano****, un acto atribuible a un* ***ser humano***". (las negritas son mías). JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; *La ley y el delito. Principios de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1981, p. 211. "Las personas morales no son capaces del conocimiento de los hechos y de su significado injusto, y en consecuencia no pueden ser culpables. Si la culpabilidad es una de las características básicas de la infracción penal, es obvio que las sociedades no pueden perpetrar delitos".

LEGALES EDICIONES

las estructuras lógico-objetivas preexistentes, como realidad "prefigurada", en la que el legislador seleccionará unos aspectos, y no otros. Pero no las creará, sino que las tomará como dadas. Es decir, que estas estructuras cumplirán una función negativa y limitativa de los términos de la creación de los conceptos jurídicos.

b) En segundo lugar, debe indagarse si hay *límites de naturaleza jurídica*; me explico: es cierto que en el Derecho civil los entes colectivos tienen plena capacidad de acción: por ejemplo, ellos pueden contratar con otra persona válidamente, también ellos pueden ser objeto de curatela. Me pregunto: ¿Qué es lo que impide que en Derecho penal no pueda concebirse una capacidad de acción, como la que se concibe en Derecho civil?

Dentro de las funciones de todo legislador está precisamente la de crear normas e incorporar las instituciones dogmáticas dentro de su texto punitivo, de lo que se deduce que su función es eminentemente jurídico-normativo. Creo que no hay duda sobre ello. El problema se presenta cuando el legislador quiere "forzar" los requisitos mínimos que deben de verificarse para la existencia de la acción en el Derecho penal. Los que siguen los límites ontológicos en el sistema del hecho punible hay conceptos que no pueden filtrarse consideraciones "funcionales" o "sociológicos" a la categoría de la acción por ejemplo, porque para ellos sólo la actividad humana es la única que posee la acción final y voluntaria. Por el otro lado, quienes no siguen ésta tendencia, lo que buscan, en cierto modo, es que la mayoría de conceptos jurídico-dogmáticos se *funcionalicen* de acuerdo a los requerimientos que la sociedad actual que exige, y resulta meritorio y correcto que ello sea así. Lo que no estamos de acuerdo es que la dogmática de la acción tal y como fue concebida por la ciencia penal desde el siglo XVIII, XIX y XX pierda cientificidad actualmente y se proyecte hacia consideraciones político-criminales coyunturales.

En definitiva, con estas proyecciones la "acción personal-humana" se pasaría irremediablemente a una "acción colectiva-

LEGALES EDICIONES

institucional"[126]. Pienso que quizás llegaremos –en un futuro no muy lejano– a un acuerdo doctrinal, jurisprudencial y hasta a nivel legislativo sobre si la persona jurídica tiene capacidad de acción; empero, no es lo que va realmente a definir la responsabilidad penal de los entes colectivos, desde que tiene que verificarse las demás categorías de la teoría del delito, no tenemos un sistema de imputación unitario como se concebía hasta antes del siglo XIX, es decir, una *imputatio factum e imputatio juris*. No deja de tener razón Hurtado Pozo cuando dice: "Lo decisivo es saber cuándo un hecho es imputado normativamente a una persona concreta. Esta afirmación hace ver que el legislador tiene una gran libertad para vincular un determinado suceso con una sanción penal. Lo que explica que su proceder no siempre sea correcto y justo. Aquí entran en juego criterios tanto axiológicos como de política criminal que deben ser discutidos"[127]. Aunque si queremos ser eficientes en el tema punir a las personas jurídicas en sede político-criminal y coherente en sede jurídico-dogmático, tenemos que comenzar desde "pórtico" (con la capacidad de acción) en la estructura del delito dando "luz verde" a la capacidad de acción para los entes colectivos.

## IV. LA FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE COMO CAUSAL DE EXCLUSIÓN DE LA ACCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO (ARTÍCULO 20, INCISO 7 CP)

### 1. LA FUNCIÓN NEGATIVA DE LA ACCIÓN POR AUSENCIA DE VOLUNTARIEDAD

Las causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal son las condiciones excepcionales que concurren a la realización de un hecho punible, por las cuales el acontecimiento deja de

126 En nuestra doctrina, véase: MAZUELOS COELLO, Julio F.; "La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica", en: García Cavero, Percy (Coord.); *La responsabilidad penal de las personas jurídicas órganos y representantes*, Lima, 2002, p. 451, dice: "No obstante, la participación de la persona jurídica en el tráfico jurídico con el reconocimiento de derechos y obligaciones necesarios, hace que en ella se reconozca una capacidad de acción".

127 HURTADO POZO; 2005, p. 395.

LEGALES EDICIONES

producir la responsabilidad que es inherente al delito, y ellas están recogidas en el artículo 20 del Código Penal. El fundamento de tales excepciones se halla en que, en sustancia, excluyen o atenúan uno de los elementos del delito, el cual por efecto de tales causas, no existe ya o lo es en forma atenuada.

Durante mucho tiempo, las causas que excluyen la acción fueron tratadas en distintos capítulos de la teoría jurídica del delito, particularmente las que tienen por efecto la declaración de inimputabilidad o de inculpabilidad; es de data reciente su sistematización como causa de exclusión de la acción. Los aspectos negativos del delito son una especie de cesura en la relación que debe mediar entre el cuerpo y el psiquismo, sea porque el movimiento corporal no derive de subjetividad alguna o sea porque no provenga de la subjetividad propia[128].

El principio *nullum crimen sine conducta* es una elemental garantía jurídica[129], en consecuencia la ausencia de un comportamiento hará decaer no solamente la tipicidad (objetivamente), sino también que será irrelevante seguir indagando por toda la construcción imputativa penal como la antijuricidad y la culpabilidad individual. Sola la acción humana será objeto de comprobación jurídico-penal. Por lo tanto, no hay acción cuando lo ocurrido no depende de la voluntad de quien lo realiza, lo contrario sería admitir que la conducta es un puro proceso causal, sin previsión ni dirección final, propio de la concepción del *versari in re ilicita* proscrito por el ordenamiento jurídico peruano (artículo VII del Título Preliminar del Código Penal).

La función de delimitación o negativa de la acción significa excluir *ab initio* de la consideración del Derecho penal aquellos procesos que son meramente *explicables* en términos causalistas naturalísticos y no, en cambio, *interpretables*, susceptibles de una atribución de sentido cualquiera[130]. No pueden evaluarse como antijurídicos aquellos acontecimientos que, si bien han sido

128 Véase: SOLER, Sebastián; *Derecho Penal argentino*, tomo I, Buenos Aires, 1963, p. 268.

129 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Lima, 1994, p. 338.

130 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; "Sobre los movimientos "impulsivos" y el concepto jurídico-penal de acción", *Cit.*, p. 17.

LEGALES EDICIONES

producidos por el movimiento o por la inactividad corporal, no provienen de un proceso reflexivo, sea la motivación normal o no: el Derecho no reprime la simple causación de resultados; prohíbe u ordena acciones que le es posible reprochar a quien las realiza porque, pudiendo hacerlo, no se condujo de la manera requerida por la ley[131].

Debe tenerse en consideración la función delimitadora de la acción para descartar ciertos comportamientos irrelevantes, sin embargo, cuando un acto reflejo o automático no es considerado como acción (por no ser en lo mínimo controlable), aún debe investigarse si existe una acción precedente que suponga una conducta relevante para el Derecho penal (un sujeto que posee una posición de garante y que tenía en ese momento un deber especial de salvación). En resumen, la función negativa cumple su rol de excluir aquellas acciones que no cumplen con las características mínimas de dependencia de la voluntad o, mejor dicho, *por no haber sido dominadas, o no ser dominables por la voluntad del sujeto*[132].

Los casos de ausencia de conducta perteneciente a la faz negativa del delito, son los estados de inconsciencia como el sueño, el sonambulismo, la embriaguez letárgica, por que en estos estados impiden el proceso de formación de la voluntad, de manera que afectan a la misma raíz de la conciencia[133]. La involuntariedad, según Zaffaroni, *es la incapacidad psíquica de conducta, es decir, el estado en que se encuentra el que no es psíquicamente capaz de voluntad*[134]. Sin embargo, y de la misma forma, el con-

131 TERRAGNI, Marco Antonio; *Delito culposo*, Buenos Aires, 2004, p. 48.

132 GOMEZ BENITEZ, José Manuel; *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1988, p. 50.

133 RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GOMEZ; *Derecho Penal español. Parte General*, Madrid, 1992, p. 499; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I 1995, p. 281. MIR PUIG; 1996, p. 193.

134 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Manual de Derecho Penal. I. Parte General*, Lima, 1986, p. 362. Más adelante agrega que en el aspecto positivo del delito, se requiere una capacidad psíquica de voluntad para que exista conducta, una cierta capacidad psíquica para que haya tipicidad y otra para que haya culpabilidad. A la suma de los tres lo llama "capacidad psíquica del delito".

LEGALES EDICIONES

cepto de acción expresará también una función positiva de atribución de procesos que engloben un comportamiento humano, capaz de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos.

En cualquier caso, tres son los casos más comunes en donde se ha visto la ausencia ya sea de acción o de tipicidad (acción típica) donde se ubica un aspecto común: la involuntariedad. Así tenemos los actos reflejos, la inconciencia y la fuerza física irresistible. En esta oportunidad sólo nos centraremos en la fuerza física irresistible como causal de exclusión de la acción, además por ser la causal que está recogida expresamente en nuestro Código Penal.

Habrá que mencionar que los casos de ausencia de voluntariedad pueden ser objeto de un medio de defensa técnica como lo es la Excepción de naturaleza de acción que en tiempos actuales dicho medio no tienen naturaleza restrictiva, por el contrario abarca también aquellos casos, como el caso sub análisis, donde a pesar de existir un tipo penal falta la subsunción de la conducta, tal como lo reconoce con acierto San Martín Castro cuando sostiene lo siguiente: "...a nuestro juicio y sobre esa línea extensiva que tiende a fortalecer el derecho de defensa del imputado, consideramos que los supuestos [de la excepción de naturaleza de acción] pueden ser más numerosos. En efecto, tiene que ver: a) con la voluntariedad de la conducta, que se extiende a todos los tipos penales; b) ...con el juicio de imputación objetiva; c)... la presencia de un error de tipo...; d)...la norma de cuidado y la previsibilidad del resultado...; e)...si...es omisivo... capacidad de realizar esa acción... la posición de garante... la posibilidad de evitarlo; y, f) con los supuestos de atipicidad general"[135].

## 2. LA FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

El Código Penal, en el artículo 20, inciso 7 establece la fuerza física irresistible en los siguientes términos: Esta exento de responsabilidad penal el que "*...obra por una fuerza física irre-*

135 SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Lima, 2003, p. 398.



LEGALES EDICIONES

*sistible proveniente de un tercero o de la naturaleza*". Ante todo habrá que decir que resulta incompleta la regulación de las circunstancias eximentes en la ausencia de acción del Código Penal peruano, ya que la fuerza física irresistible no es la única causal de exclusión de la acción, es la más representativa pero no la única[136], ya que como hemos visto tenemos además a los estados de inconsciencia, embriaguez absoluta, etc. Como es sabido, la causa de ausencia de acción de "obrar violentado por una fuerza irresistible" aparecía expresamente recogida en el catálogo de eximentes del artículo 8 del Código Penal español de 1973; sin embargo, con buen criterio, dado su carácter superfluo, la referencia expresa a esta eximente ha desaparecido en el Código Penal actual[137].

En ese sentido, Muñoz Conde/García Arán dicen que la fuerza irresistible "...fue considerada superflua por la doctrina mayoritaria, ya que iba implícito en el concepto mismo de acción el que, cuando se anula completamente la voluntad, que es lo que sucede en los casos de fuerza irresistible, no puede haber ya acción. Por tanto, se diga o no expresamente, está claro que la fuerza irresistible es una causa de ausencia de acción"[138]. En el derecho argentino está previsto como causa de exclusión de pena en el artículo 34, inciso 2° del Código Penal, juntamente con la amenaza de sufrir un mal grave e inminente.

La fuerza física irresistible en forma mecánica se distingue de la *vis compulsiva*, llamada también violencia moral, la cual es de naturaleza psicológica, y actúa sobre las motivaciones y el proceso de formación de la voluntad. Habrá que advertir que

136 Véase, en este sentido: HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal*, Lima, 2005, p. 389. En sentido contrario: CASTILLO ALVA, José Luis; *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Lima, primera reimpresión, 2004, p. 549, quien opina lo siguiente: "Creemos que un futuro proceso de reforma del C.P. puede prescindirse de dicha formulación, pues basta interpretar correctamente el art. 11 del C.P. que señala: "Son delitos y faltas las acciones u omisiones...", para excluir la responsabilidad penal por fuerza física irresistible, como por las otras causales de ausencia de acción: los movimientos reflejos o los estados de inconsciencia".

137 ZUGALDÍA ESPINAR; "Delitos de acción. La tipicidad (I)", cit., p. 425.

138 MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN; 2002, p. 218.

LEGALES EDICIONES

la violencia moral o la acción, por más intensa que sea, no elimina el carácter voluntario de la acción, aunque sí puede constituir una exclusión de la culpabilidad (por ejemplo, estado de necesidad exculpante, miedo insuperable)[139]. Por ejemplo: no es lo mismo atar fuertemente a una persona a un árbol mientras duerme para impedir que cumpla con su deber, que amenazarle con una pistola con la misma finalidad.

Podemos definirla como aquella fuerza que imposibilita desde todo punto al sujeto para moverse (o para dejarse de mover). La fuerza física irresistible excluye, pues, la acción, porque supone ausencia de voluntad en el forzado[140]. El resultado causado no es producto de su actividad. En realidad la acción no le pertenece. Para que excluya el comportamiento necesario en toda construcción dogmática del delito, la fuerza debe suprimir por completo la voluntariedad. En estos casos, el sujeto forzado actúa como una mera prolongación del brazo de quien ejerce la fuerza, sin intervención de la voluntad del primero. La fuerza irresistible, como supuesto de ausencia de comportamiento, solamente comprende cuando el sujeto se convierte en un simple instrumento.

Algunos autores manifiestan que la fuerza física resistible no excluye la acción y ésta no es susceptible de graduación en la determinación judicial de la pena, sólo será relevante en cuanto se traduzca en influencia moral y provoque miedo en el forzado, el cual, si resulta insuperable eximirá de responsabilidad penal, y si no lo es, podrá motivar una eximente incompleta del artículo 21 del Código Penal. La fuerza irresistible debe ser necesariamente externa, sino se da éste requisito (por ej., se padece internamente el deseo irresistible de hacer u omitir algo, ya nos encontramos ante una acción para el Derecho penal y, por tanto, la eximente para este sujeto habrá que buscarla en otro momento de la teoría general del delito, por ej., en la culpabilidad).

La fuerza física irresistible puede provenir, según el Código Penal peruano, de la naturaleza o de un tercero, Por ejemplo: se

139 CASTILLO ALVA, José Luis; *Código Penal comentado,* tomo I, Lima, 2004, p. 735.

140 MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General,* Barcelona, 1996, p. 185.

LEGALES EDICIONES

produce un terremoto y las personas que viven en un edificio pugnan por salir, al llegar a las escaleras, una resbala y cae sobre otra produciéndole la muerte. En este caso, el sujeto que resbaló actuó a través de una fuerza física irresistible (el temblor), por lo que no hay acción para el Derecho penal. Un caso diferente es si fue una persona la que produjo la fuerza física irresistible, pues ésta sí responde, por ejemplo: si "A" empuja a "B" para que impulse a "C" que se encuentra en el borde de un barco y, efectivamente "C" cae y muere, "A" responde por la muerte de "C", mientras "B" sólo fue víctima de una fuerza irresistible –empujón– producido por "A".

La medida de la fuerza física irresistible ha de contemplarse desde una perspectiva *ex ante* teniendo en cuenta la posibilidad de actuación de un hombre medio en las mismas circunstancias y condiciones que el autor. En la práctica, la fuerza irresistible carece de importancia, salvo raras hipótesis, en los delitos de acción, siendo importante en los delitos omisivos. Por ejemplo: para provocar un choque de trenes, un sujeto ata fuertemente a una silla al responsable del control. Este último, encontrándose atado, padece de una fuerza física irresistible que le impide actuar. La omisión de corregir el trazado de las vías del tren para impedir el accidente no puede atribuirse a su comportamiento[141].

En ese sentido, Castillo Alva dice: "cuando X encierra a Y en una habitación para que no socorra a su hijo Z, que se está ahogando. Mientras la fuerza irresistible en la conducta positiva, que supone un despliegue de energía, elimina la voluntad, en las omisiones anula la capacidad de realizar acciones de salvamento, lo cual no obsta para que el afectado pueda desarrollar otros comportamientos como gritar o pedir auxilio, que son acciones irrelevantes respecto a la conducta esperada, pero no pueden acreditar que se ha cumplido con el deber que impone la particular posición de garantía[142].

141 El ejemplo tomado de: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón / GARCÍA RIVAS; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General,* Barcelona, 1996, p. 114

142 CASTILLO ALVA, José Luis; *Código Penal comentado,* tomo I, Lima, 2004, p. 738.

LEGALES EDICIONES

Esta fuerza física irresistible debe ser absoluta, es decir el sujeto no debe tener la posibilidad de actuar de otra forma. Para la exclusión de la acción la fuerza "extraña" que propaga al sujeto que finalmente "causa" el resultado tiene que ser "irresistible", es decir, con capacidad de no reacción por parte de quien sufre la "agresión" y lo hace actuar en forma mecánica. El parámetro de la "irresistibilidad" constituye, entonces, el límite específico que marcará la exclusión de la acción, y por ende de la responsabilidad penal.

Habrá que advertir que este límite específico se encuentra en la mayoría de causas de exclusión de la responsabilidad ubicadas en la Parte General: así pasa por ejemplo con el miedo que tiene que ser "insuperable" (art. 20, inc. 7); de la misma manera que la anomalía psíquica, con las alteraciones en la percepción o la alteración de conciencia, que tienen que ser "gravemente" (art. 20, inc. 1); asimismo en la legítima defensa la falta de provocación por parte de quien se defiende tiene que ser "suficiente" (art. 20, inc.3, letra c); o en la tentativa inidónea el medio tiene que ser "absolutamente" impropio para consumar el delito (art. 17). En definitiva, no cualquier causa o circunstancia puede alegarse como una exención de responsabilidad penal, por ello el legislador peruano ha puesto parámetros legales bien claros –y a la vez "suficientes"– donde el juez penal en su momento tendrá que verificar en cada caso concreto.

## V. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Las reflexiones finales del presente estudio son las siguientes:

1. El concepto de acción cumple en el Derecho penal dos funciones vitales: en primer lugar, como principio político-constitucional (principio de acto); y en segundo lugar, como categoría del delito que las conocidas funciones de clasificación, de enlace y límite.
2. Sobre las teorías antes aludidas –causal, final, social, funcional– se muestran insuficientes para explicar las diferentes formas de injusto penal, en otras palabras, no cumple la llamada función de "clasificación" porque no han encontrado

LEGALES EDICIONES

ese dato común o requisito mínimo en las diferentes clases de injusto penal (función delimitadora).

3. El concepto de acción debe servir de límite al poder punitivo como expresión más precisa del principio de exterioridad. No se trata de buscar la "esencia" de lo que sea acción (concepto natural, ontológico, etc.) ni tampoco de construir aquello que sólo puede ser imputado si se quiere ser eficaz con los fines del poder punitivo. De tal forma que el hecho de proceder a conceptuar "acciones" para la teoría del delito resulta favorable político-criminalmente a favor de un Derecho penal que se dirige al ciudadano mediante normas que prohíben comportamientos que desean evitarse y que respeta el principio de culpabilidad. En tal sentido, resulta inútil tratar de impedir hechos mediante la motivación normativa si tales hechos no son controlables por la voluntad.
4. Lo decisivo para configurar el sistema de la teoría jurídica del delito no es el concepto de acción, cuyo valor y significado se ha exagerado e hipertrofiado. Los conceptos causal, final, social, personal o significativo de la acción se limitan a subrayar algunas características que le son propias de la acción sobre otras. Creo que la función esencial para establecer una imputación jurídico-penal lo da la función de las normas y del ilícito penal, obviamente con ciertos límites ontológicos que subyace a cada categoría del delito.
5. El artículo 46 Código Penal señala que para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá, entre otros puntos (inciso 1): *"La naturaleza de la acción"*. Cuando el legislador peruano alude a éste primer parámetro legal refiriendo si la conducta del agente se perpetró a través de una "acción", de una "omisión propia" o de una "omisión impropia". En otras palabras, para determinar por un lado, la naturaleza de la acción y la omisión propia se tendrá en cuenta el artículo 11 del Código Penal que dice *"son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas y culposas penados por ley"*; por otro lado, para determinar la naturaleza de la omisión impropia se tendrá en cuenta el art. 13 que dice lo si-

LEGALES EDICIONES

guiente: *"El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado: 1.- Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo,; y 2.- Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada"*. Si la teoría jurídica del delito comienza su análisis estratificado por la acción, es obvio que en la determinación judicial de la pena deba comenzarse por la forma y circunstancias de cómo se ejecutó o tentó el hecho punible. Tenemos, en conclusión, que interpretar por esta ocasión que el Código se alinea a una concepción *amplia* de acción –abarcando los supuestos aludidos– para efectos solamente de determinar y fundamentar una pena, conservando su autonomía cada una de ellas en la Teoría General del Delito.

6. Teniendo en consideración que la conducta o comportamiento (acción y omisión propia e impropia) en Derecho penal, como base sistemática de todas las modalidades de realización típica, es ante todo un acontecimiento de la voluntad del sujeto como acto humano. El concepto de acción necesariamente presupone un comportamiento dependiente de la voluntad, pues el hombre está dotado de voluntad y capacidad humana para dominar las situaciones y dirigir sus comportamientos externos. Esa voluntad que es el elemento indispensable para el surgimiento de la acción siempre es concebida como una fuerza interior materializable encaminada a producir un determinado efecto. Por eso en la causal eximente de la fuerza física irresistible, cuando la fuerza es resistible, es decir no llega a anular totalmente la voluntad o el control de los movimientos por la voluntad, o lo hace pero el sujeto podía haber resistido la fuerza, y aquí algunos proponen apreciar una eximente incompleta. Sin embargo, a mi juicio, si la fuerza irresistible anula o vence la voluntad del sujeto simplemente debe apreciarse una ausencia de acción, o caso contrario, ya hay acción, pero lo que no se puede decir es que existe causas de semi-acción.

LEGALES EDICIONES