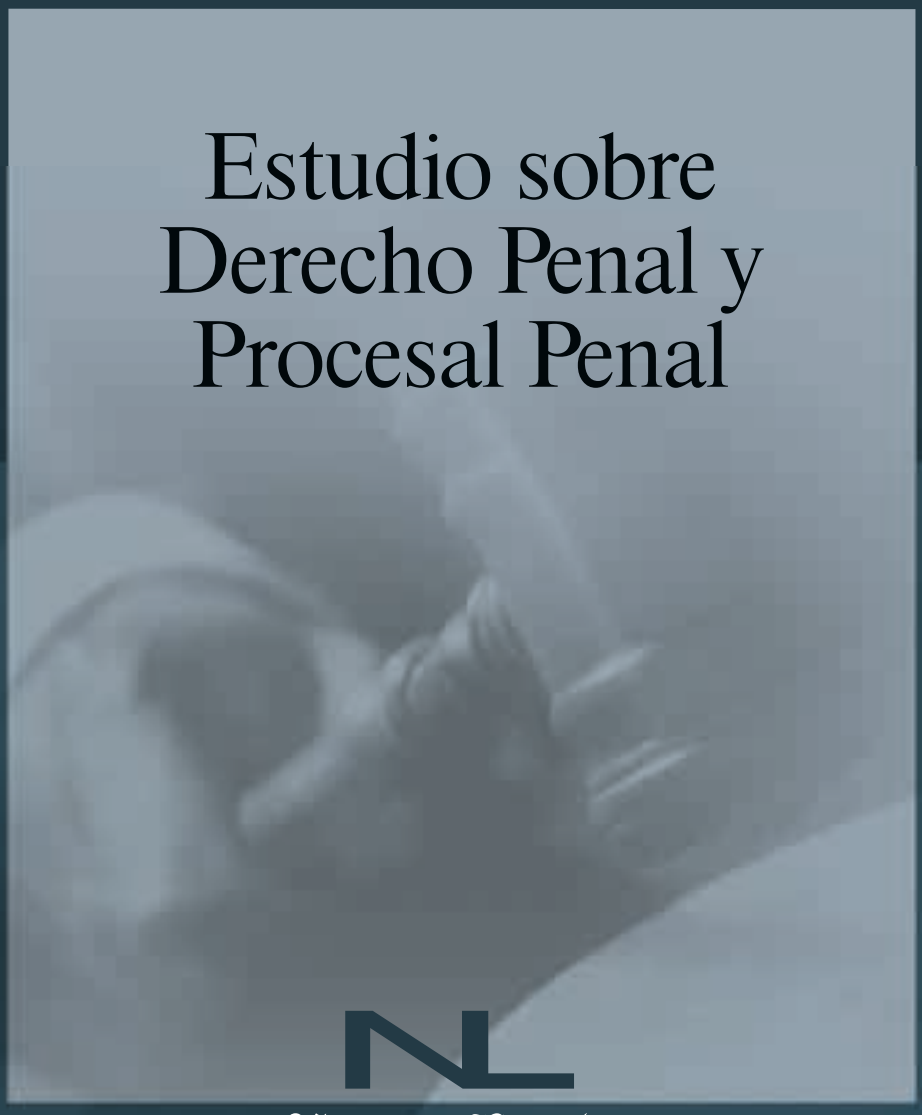
ALONSO PEÑA CABRERA FREYRE

Estudio sobre Derecho Penal y Procesal Penal



Normas Legales

ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

ALONSO PEÑA CABRERA FREYRE

Estudios sobre Derecho Penal y Procesal Penal

GACETA JURIDICA
AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
(01) 710-8900 • TELEFAX: (01) 241-2323
www.normaslegales.pe

ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

PRIMERA EDICIÓN
DICIEMBRE 2013
1,150 ejemplares

© Gaceta Jurídica S.A.
© Alonso Peña Cabrera Freyre

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D. LEG. Nº 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2013-19704

LEY Nº 26905 / D.S. Nº 017-98-ED

ISBN
978-612-311-103-8

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
11501221301048

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Carlos Francisco Hidalgo De La Cruz

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Rosa Alarcón Romero

GACETA JURÍDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
LIMA 18 - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
FAX: 241-2323
www.normaslegales.com

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

Presentación

Una disciplina es con propiedad "científica", en tanto y en cuanto cuenta con un método sistematizador[1] –que con acusada rigurosidad– pueda elaborar una fórmula de resolución de casos, de forma homogénea y racional; en el caso que nos ocupa, el Derecho Penal, se sirve de la dogmática jurídico-penal, como criterio interpretativo, aglutinador de una serie de componentes, de categorías intrasistemáticas, capaces de ofrecer al operador jurídico, criterios de validez general, que llevados de forma deductiva, posibilitan su aplicación al caso concreto[2]. Categorías dogmáticas que no pueden ser llenadas únicamente con contenidos puramente teóricos-conceptuales, sino que han de ser articulados sobre la base de consideraciones político-criminales, esto quiere decir, de procurar garantizar una dogmática capaz de concretizar los fines esenciales del Derecho Penal: **protección preventiva de bienes jurídicos**.

La ciencia jurídico-penal ha ido adquiriendo en la actualidad un incesante desarrollo dogmático, merced a las nuevas proposiciones (teoremas), que los especialistas en la materia, han ido elaborando en los últimos años, definiendo un plano de actuación, abiertamente distinto, a aquella identificable hasta antes de la época de la postguerra[3]. Sin duda, siempre el estudio filosófico[4] ha venido a coadyuvar, en esta evolución epistemológica del saber jurídico-penal. A ello, debemos aparejar construcciones dogmáticas, sostenidas sobre conceptos sociológicos (sistémicos), que vienen a vislumbrar un nuevo Derecho Penal, que no necesariamente se encuentra revestido de legitimidad. Esto lo decimos por la sencilla razón de que estas formulaciones teóricas son arrastradas por coyunturas sociopolíticas, que encaminan al Derecho Penal a un endurecimiento inflexible[5]. Lo importante acá, es el planteamiento

---

(1) Como die Schünemann, "(...) el valor de la sistemática jurídico-penal (...) radica en que conduce, sin rodeos, a una correcto planteamiento de la cuestión, muestra las consecuencias de las soluciones pertinentes y garantiza, así, una ordenación, precisión y canalización de los argumentos y posibilidades de solución relevantes". *Cuestions básicas del Derecho Penal en los umbrales del tercer milenio*. Idemsa, Lima, 2006, p. 19.

(2) La dogmática jurídica, escribe Silva Sánchez, aísla los principios jurídicos implícitos en un orden jurídico, expone los diversos preceptos jurídicos como componentes o consecuencias de estos principios, y permite así entender el orden jurídico o sus partes como una estructura de sentido de carácter concreto con una determinada pretensión de verdad. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Julio César Faira Editor, Argentina - Uruguay, 2010, p. 80; en la doctrina alemana Burkhardt, anota que el fin último de la dogmática es el desarrollo de las reglas jurídicas mediante determinados métodos, es decir, de aquellas proposiciones "con las cuales la ley debe ser completada para que pueda cumplirse una condición imprescindible del principio de igualdad". "Dogmática penal afortunada y sin consecuencias". Traducción de María Gutiérrez Rodríguez. En: *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 121; Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, 4ª edición, Idemsa, Lima, 2013.

(3) Así, Muñoz Conde en la literatura hispana, haciendo alusión, a Alemania en los años 50 y 60, señala que "tras la discusión dogmática, había en aquel momento también una determinada concepción política del Estado y político-criminal del Derecho Penal que tácticamente o expresamente se aceptaba. Una política Mezger y el que, en general, recuperaba la vieja tradición iusnaturalista y una imagen conservadora del ser humano y la sociedad (…)". *Edmund Derecho Penal de su tiempo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 50.

(4) Una purificación del ideario filosófico sostenido fundamentalmente en el reconocimiento de los derechos humanos, como la estructura basilar, sobre la cual ha de erigirse todo el edificio normativo.

(5) Tal como se puede observar de las Leyes Nºs 30055, 30076 y 30777.

justificador de este adelantamiento cada vez más anticipado del derecho punitivo, que a la postre, ha significado una desvinculación latente entre las instituciones fundamentales de un Derecho Penal democrático con las novedosas y extendidas figuras delictivas, que han ido engrosando de forma significativa el listado punitivo.

A nuestro entender, este divorcio de las garantías penales elementales con las tipologías penales de la Parte Especial, tiene que ver con el alejamiento de la ciencia de la norma (la **legislación**), con los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho; es decir, no puede cultivarse ciencia (social) alguna, desvinculada del pórtico de valores consagrados en el texto iusfundamental. De hecho, el Derecho Penal debe modernizarse, pero esta modernización no puede suponer el desmantelamiento de las garantías sustantivas rectoras de un orden democrático de Derecho. Así, van Weezel, acota que "(…) ninguna construcción o deconstrucción normativa de las categorías dogmáticas que tenga como clara consecuencia el cercenamiento de garantías y derechos fundamentales de las personas esta en condiciones de superar los estándares mínimos de plausibilidad que exige el Derecho Penal"(6).

La dogmática, por lo tanto, asume una labor de primer orden, en la coyuntura actual (no como tribuna complaciente del legislador); donde la política penal ha ingresado a un pozo sin salida, a un estado apocalíptico, donde las razones que patrocinan este proceder legislativo, se encuentran desprovistas de la cesura y la razón, que sustentan la verdadera ciencia jurídico-penal.

En este contexto, ante este inflacionismo punitivo, alejada de toda visión sistemática, la dogmática debe procurar elaborar salidas interpretativas, que sin desbordar el marco de legalidad, puedan evitar incriminaciones absurdas, así como de evitar impunidades insostenibles; esto supone rechazar de plano una orientación positivista de la interpretación, todo lo contrario, una consideración "neopositivista", ha de encontrar en la razón la atemperancia que se requiere en la dosificación de la descarga punitiva estatal.

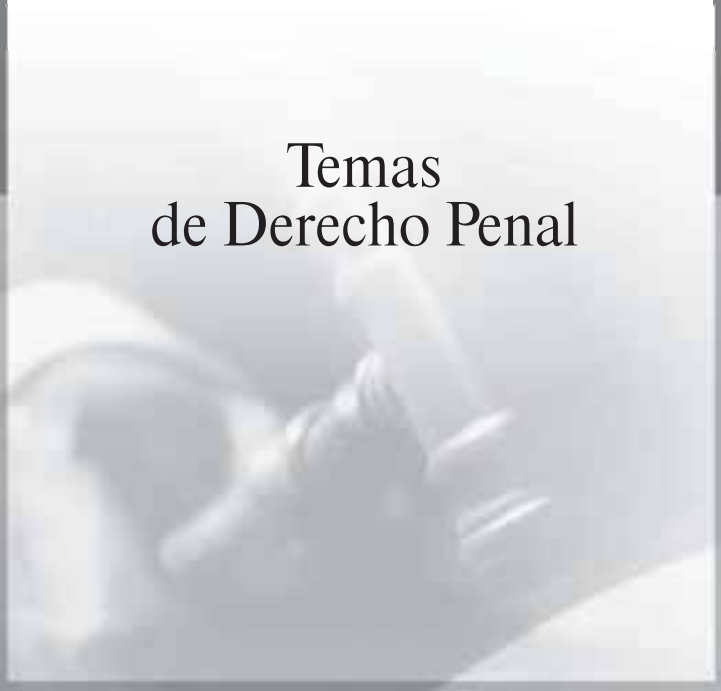
Hoy, el Perú se debate en un gran dilema: avalar esta trasnochada política criminal, pretendiendo justificar lo injustificable, lo cual es rentable, políticamente hablando, debido a la plataforma mediática y populista que la sostiene, o una posición, tal vez menos cómoda, pero en puridad más satisfactoria, de alzar una voz de protesta, pero no solo llevada la crítica, sino también en propuestas de reformas normativas, de hacer del Derecho Penal algo mejor de lo que es y ha sido en tiempos pretéritos.

Dicho lo anterior, en la presente obra, se compila una serie de artículos –tanto del Derecho Penal como del Derecho Procesal Penal–, adaptados a una determinada coyuntura sociopolítica, pues fueron inspirados en concretas reformas normativas, a determinados lineamientos jurisprudenciales, que huelga decir, fueron marcando la orientación política penal en nuestro país; que de recibo, nos confiere permanente trabajo, a quienes nos dedicamos a una labor científica, sin embargo, ello avizora –también–, un rumbo normativo que de cierta forma pone en riesgo las bases fundacionales del Estado Social y Democrático de Derecho. Advirtiéndose así, una encrucijada que asume el Derecho Penal en los albores del tercer milenio. Dedicando esta obra a la razón más importante de mi existencia terrenal, mi hijo Alonso Santiago, y agradecido por la generosa invitación de la editorial Gaceta Jurídica, para sacar a la luz la presente investigación científica.

ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE

(6) Van WEEZEL, A. *Límites de la imputación penal. Estudios 2000-2010*. Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 70-71.

Temas de Derecho Penal



Parte

General

Objeciones a la legitimación del inciso 11 del artículo 20 del CP

A propósito de la STC Exp. Nº 00012-2008-PI/TC

I. ASPECTOS PRELIMINARES

Según los dictados de un Estado Social y Democrático de Derecho, el control constitucional de las leyes es un imperativo categórico, sobre todo cuando los preceptos legales cuestionados son de materia penal (sustantivo, procesal o de ejecución), tomando en cuenta la relevancia constitucional de los intereses jurídicos en juego.

A decir de Ferrajoli, el Estado Constitucional de Derecho se funda sobre esa verdadera invención de nuestro siglo, que es la rigidez constitucional, en virtud de la cual las leyes ordinarias, al hallarse situadas en un nivel subordinado respecto a las normas constitucionales, no pueden derogarlas so pena de su invalidación como consecuencia del correspondiente juicio de inconstitucionalidad(1).

Dicho control "constitucional" es particularmente necesario en nuestro país, donde se advierte que el legislador y el Poder Ejecutivo, en ocasiones, formulan reformas penales abiertamente incompatibles con los valores consagrados en la Ley Fundamental y en el Título Preliminar del texto punitivo.

Con ello queremos poner en discusión el fenómeno del "punitivismo", que cada vez nos acerca más a una imagen apocalíptica del sistema, en el sentido de que esa necesidad irracional por ejercer una intervención más drástica del Derecho Penal está haciendo mella en las bases democráticas que asentaron el *ius puniendi* estatal, según se desprende del Título Preliminar del CP.

Nadie puede dudar de que algo se debe hacer con nuestra delincuencia irrefrenable, que día a día va en aumento y que concita la preocupación de todos los actores involucrados. De seguro que el Derecho Penal debe desplegar una misión importante, pero pretender cargar toda la responsabilidad al aparato punitivo estatal es un despropósito, no solo por motivos principistas, sino también por factores

(1) FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, p. 65.

sociológicos (como si el crimen pudiera ser desterrado de la faz de la tierra con más penas y más delitos). Por otro lado, reducir el delito a márgenes racionales importa diseñar una estrategia que desborda los contornos de la política criminal, para adentrarse a políticas sociales de mediano y largo alcance.

Defensa social y garantismo, tutela de los bienes primarios y garantía de los derechos de los encausados, seguridad frente a los delitos y frente a las penas arbitrarias, se configuran como las dos vertientes no solo esenciales, sino relacionadas entre sí, que legitiman la potestad punitiva(2).

Lo cierto es que la corriente neocriminalizadora encuentra mayores adeptos en coyunturas electorales o en corrientes políticas "populistas", ya que así como abundan las demandas sociales, abundan las ofertas de más Derecho Penal, de más penas, sin que interesen las consecuencias perjudiciales que pueden derivar.

En el caso concreto, cuando el Congreso le delegó facultades al Poder Ejecutivo para legislar en materia penal, a través de la Ley Nº 29009 (del 28 de abril de 2007), lo hizo en temas exclusivamente referidos al tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, crimen organizado, trata de personas y pandillaje pernicioso.

Sin embargo, el Ejecutivo fue más allá de la materia delegada, efectuando reformas en aspectos ajenos a dichos tópicos, propiciando, por ejemplo, la inclusión del inciso 11 al artículo 20 del CP (como una nueva causal de "inimputabilidad"), así como la modificación del artículo 200 del CP (extorsión).

No debe perderse de vista que la reforma penal se efectuó a través de decretos legislativos y no de leyes; no obstante, se supone que los dictados esenciales del Estado de Derecho determinan que la política criminal es una tarea que ejerce exclusivamente el Congreso, donde las fuerzas políticas discuten los proyectos legislativos, escuchando previamente a los actores interesados, lo que no sucede en el caso del Poder Ejecutivo, donde la sanción de los decretos legislativos no viene precedida de un debate democrático.

Como se apunta en la doctrina constitucional, ante esta distorsión en el régimen normal de producción de normas con fuerza de ley (que corresponde genuinamente al Poder Legislativo), se siente la necesidad de prestar una especial atención a las formas de fiscalización aplicables a este tipo de normas(3). Así, los dispositivos penales que provienen de esta forma de producción normativa (decretos

(2) FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., pp. 69 y 70.

(3) GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. "Consideraciones sobre la fiscalización jurisdiccional de los decretos legislativos". En: *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Sebastián Martín-Retortillo Baquer (coord.), Vol. 1, 1991, p. 407.

legislativos) ameritan un control más riguroso, en comparación con aquellos que provienen del Parlamento.

Las bases democráticas de nuestro sistema jurídico-estatal exigen, por lo tanto, un control constitucional de las normas, sea vía control difuso por los órganos ordinarios del Poder Judicial, o control concentrado por el Tribunal Constitucional (TC), conforme a los artículos 138 y 202 de la Ley Fundamental.

Tal como anota Groppi: "La justicia constitucional se considera hoy como elemento cardinal del Estado democrático; su ausencia puede hacer dudar el carácter democrático de un ordenamiento"(4). Este control constitucional se hace más necesario en materia penal, conforme a la orientación político-criminal del legislador, que al seguir una dirección "punitivista", no en pocas ocasiones resulta incompatible con los principios penales de consagración constitucional.

Las inclusiones normativas resultantes originan una serie de cuestionamientos, por quebrantar su marco estricto de legitimación, de validez material (externa), enrostrando, a la vez, incoherencias dogmáticas insalvables.

El asunto es que un control de constitucionalidad no pasa únicamente por fijar criterios interpretativos que tiendan a la aplicación correcta de una norma penal, sino que también implica, por ejemplo, analizar rigurosamente si el precepto se condice con la naturaleza de las instituciones jurídico-penales y si el supuesto de hecho se corresponde con el bien jurídico tutelado.

Si es que se advierte que el enunciado normativo quiebra la sistemática de la institución punitiva o que no guarda coherencia con el ámbito de protección de la norma, dicho precepto debe ser expulsado del texto punitivo, al contravenir preceptos constitucionales. La plenitud, coherencia y sistematicidad constituyen tres principios básicos que deben ser resguardados o tutelados en todo examen de constitucionalidad.

El máximo intérprete de la constitucionalidad normativa debe erigirse en un celoso guardián de los principios antes anotados, sometiendo la norma penal a un análisis pormenorizado, que intente salvaguardar los límites constitucionales del *ius puniendi* estatal, v. gr. los principios de culpabilidad, proporcionalidad, ofensividad, etc.

Tal como lo hemos venido sosteniendo en anteriores trabajos, se requiere de una **legitimidad teleológica y ética de las normas penales**, de que la sanción legislativa de los dispositivos penales tenga vigencia pragmática en la consecución

(4) GROPPI, Tania. "Titularidad y legitimación ante la jurisdicción constitucional. Una perspectiva comparada". En: *Constitución, Derecho y proceso. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Idemsa, Lima, 2010, p. 541.

de los cometidos (**prevención de la criminalidad**)[5], así como de una racionalidad teleológica.

Desde este punto de vista, nos preguntamos, por ejemplo, si es razonable sostener que el hecho de que el personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte, puede ser concebido como una nueva causal de "inimputabilidad".

El análisis de esta norma no solo concierne a determinar los presupuestos que deben concurrir para afirmar que los efectivos policiales y militares actúan en cumplimiento de un deber y emplean sus armas en forma reglamentaria, sino a dar respuesta a la naturaleza jurídica de la institución que se está invocando como causal; de no ser así, se estaría generando una fuerte dosis de inseguridad jurídica, en tanto el juzgador debe remitirse a la institución en cuestión para valorar el caso concreto.

Asimismo, podemos preguntamos si los funcionarios que contravienen el artículo 42 de la Constitución Política cometen el delito de "extorsión" cuando participan en una huelga con el objeto de obtener un beneficio o ventaja.

Responder a todas estas interrogantes no supone solo un ejercicio estrictamente intelectual, sino defender las bases democráticas del Estado de Derecho, a fin de impedir el avance de una corriente "maximalista" y "eficientista", encaminada a socavar los principios fundamentales del Derecho Penal de consagración constitucional, que tanto esfuerzo supuso a sus gestores durante tantos años.

No podemos consentir o avalar el desmoronamiento de todo el edificio de garantías penales que se erigió desde los cimientos de la Revolución Francesa. El hecho de que el TC no esté dispuesto a defender las instituciones punitivas del Estado de Derecho no debe suponer una resignación a tal decisión, todo lo contrario, demanda de nosotros efectuar un análisis desde el sendero de racionalidad y de sana crítica.

Será el primer punto anotado (la modificación del artículo 20 del CP) objeto de estudio en el presente artículo, en el cual se confrontará lo resuelto por el TC en la STC Exp. Nº 00012-2008-AI/TC, desde un plano político-criminal y dogmático.

II. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS VERTIDOS POR EL TC SOBRE LA INCLUSIÓN DEL INCISO 11 AL ARTÍCULO 20 DEL CP

En este punto analizaremos los párrafos más importantes en los que el TC elucubra sobre la nueva causa de "inimputabilidad" prevista en el artículo 20.11

(5) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo IV, Idemsa, Lima, 2009, pp. 11 y 12.

del CP, que fuese adicionado por el artículo 1 del Decreto Legislativo Nº 982, con el siguiente texto:

> "**Artículo 20**.- Está exento de responsabilidad penal:
>
> (…)
>
> 11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte".

Sobre el particular, el TC señala:

> "12. Formalmente cabe señalar que existe un error de técnica legislativa, dado que podría considerarse dicho inciso como subsumido dentro del inciso 8 de la misma norma; sin embargo, este problema de técnica o de redundancia introducida por el legislador no puede acarrear la inconstitucionalidad de dicha norma.
>
> 13. Esto es consecuencia del hecho de que solamente puede ser sancionado aquel comportamiento calificado como reprochable al sujeto que lo realiza".

Sostuvimos en anteriores trabajos –cuando recién se expidió el Decreto Legislativo Nº 982[(6)]– que la inclusión de esta "eximente de responsabilidad penal" era innecesaria, en la medida en que en el inciso 8 del artículo 20 del CP se definían claramente las circunstancias merced a las cuales los agentes de la Policía o de las Fuerzas Armadas no son sometidos a una pena, pese a haber afectado bienes jurídicos personalísimos (como la vida o la integridad física), al estar amparados en la causa de justificación de "obrar en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo".

Nos dice el TC que solo es un error de **técnica legislativa**, dado que este inciso está ya contenido en el inciso 8 del artículo 20 del CP. Esta respuesta nos parece insuficiente por dos razones principales. Primero, al contemplarse una duplicidad de eximentes, más que afianzarse la idea de la exoneración de responsabilidad penal por el ejercicio del cargo, se genera inseguridad jurídica, al mostrarse en forma simultánea dos causales superpuestas, cuya admisibilidad requiere presupuestos marcadamente distintos.

Segundo, completando la idea anterior, el inciso 11 nos señala que dicha circunstancia es una "causal de inimputabilidad", mientras que la prevista en el inciso 8 es una "causal de justificación". La primera es un factor de valoración

(6) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. "La funcionalización política del Derecho Penal enmarcada en el Decreto Legislativo Nº 982". En: *Actualidad Jurídica*. Nº 165, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2007, pp. 13-21.

que incide sobre las características personales del sujeto infractor (capacidad de culpabilidad en sentido estricto), mientras que la segunda es un precepto permisivo, que enerva la antijuridicidad de la conducta.

En esa líneas, para aplicar el inciso 11, el juez tendría que valorar, en concordancia con los requisitos legales previstos, si las capacidades psicofísicas del agente le permitían conducirse conforme a una normal **motivabilidad normativa**, a fin de determinar si era o no inimputable. Lo que no sucede en el caso de la eximente contemplada en el inciso 8, en el que se debe valorar solo si el agente obró justificadamente o en contravención con el ordenamiento jurídico.

No es admisible convalidar la afirmación de que los agentes militares y policiales son individuos **inimputables** cuando, en cumplimiento de un deber, cometen lesiones u homicidios, haciendo uso de su arma reglamentaria.

Se confunden, por lo tanto, dos instituciones jurídico-penales totalmente distintas: las causas de justificación con la capacidad de culpabilidad. Las primeras forman parten del desvalor del injusto, en tanto que la segunda corresponde al juicio de imputación individual. Si es que el hecho típico es declarado como **justificado penalmente**, ya no es necesario efectuar el juicio del reproche personal ("culpabilidad"). Estimamos, por ende, que mantener esa causal en el catálogo punitivo a lo único que va conducir es a propiciar confusión e inseguridad jurídica, así como a eventuales respuestas jurisdiccionales divergentes.

Es lógico que la circunstancia reglada en el inciso 11 solo puede ser aplicada previa comprobación de la tipicidad de la conducta del agente; cuestión distinta es cómo fundamentar la exoneración de responsabilidad penal, pues los presupuestos que deben concurrir para que proceda una causa de justificación no se asemejan a la valoración de la **inimputabilidad**(7) del sujeto infractor de la norma.

En los fundamentos jurídicos 14 y 15, el TC apunta lo siguiente:

> "14. Sin embargo, el Estado puede también determinar en qué casos su acción punitiva puede ser limitada; es por ello que en el artículo 20 del Código Penal se han precisado los casos en los que los autores de un hecho, en principio ilícito, están exentos de responsabilidad, esto es, que su conducta se considera irreprochable.
>
> 15. De modo que lo dispuesto en el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal, añadido por el dispositivo impugnado, no es inconstitucional, tanto más cuando como ha quedado señalado, es una reiteración y hace una precisión al contenido del inciso 8 de la misma norma".

(7) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte general.* Rhodas, Lima, 2007, pp. 529-532.

En el caso que nos ocupa, no está en discusión la legitimidad del Estado para imponer límites al *ius puniendi*, en el sentido de que la base racional del Derecho Penal reposa en la posibilidad de valorar las diversas circunstancias en que puede cometerse un hecho punible a efectos de renunciar a una pena; por ejemplo, cuando se advierta que el hecho fue cometido en defensa de un bien jurídico de mayor preponderancia constitucional o para salvaguardar el ordenamiento legal, o que la conducta es obra de una persona con déficits cognoscitivos o volitivos, que padece de un defecto psíquico o es menor de edad(8).

No se entiende, por ende, cómo se puede afirmar que lo dispuesto en el inciso 11 del artículo 20 del CP es "constitucional" por encontrarse subsumido en el inciso 8 del mismo precepto, cuando ha quedado claro que ambas causales de exoneración de la responsabilidad penal responden a fundamentos distintos. Resulta paradójico expresar que es constitucionalmente válido que la ejecución de conductas típicas, manifestadas en la causación de lesiones u homicidios atribuibles a los agentes policiales y militares, en cumplimiento del deber, hace que estos agentes sean **inimputables**. Con ello, se llega a un evidente plano de confusión entre el injusto y la culpabilidad, que contraviene los principios limitadores del Derecho Penal consagrados en el Título Preliminar del CP.

En el fundamento 16, el TC señala:

> "16. En todo caso se advierte que el legislador ordinario ha considerado conveniente y relevante poner énfasis en la actuación de los agentes estatales encargados de proteger la seguridad ciudadana, el orden público y la defensa nacional, así como el respeto de la ley, del Estado Constitucional y Social de Derecho y los derechos ciudadanos, quienes al utilizar las armas que el Estado les otorga para tales fines, pueden lesionar bienes jurídicamente tutelados, tales como la vida, integridad, etc. En virtud de esta norma corresponde evaluar si su actuación, respecto de los hechos que son materia de investigación, está relacionada con el cumplimiento del deber y el uso de armas de fuego en forma reglamentaria".

No dudamos de que el legislador deba poner **énfasis** a las actuaciones de los custodios del orden, tomando en cuenta la inseguridad ciudadana que cunde en el país, producto de la creciente y alarmante criminalidad, pues se trata de un aspecto esencial para combatirla y reforzar el orden público con sujeción al principio de legalidad. Es legítimo que el legislador emita este tipo de normas penales; pero una cuestión muy distinta es introducir legislativamente instituciones, tipificar

(8) En estos supuestos no se renuncia propiamente a una sanción, puesto que el menor "infractor de la ley penal" es sometido a la Jurisdicción de Familia, donde se le puede imponer una "medida socioeducativa".

conductas y elevar las penas en franca contravención a los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad o razonabilidad.

La lucha contra la delincuencia en su faz **preventiva** no puede implicar un debilitamiento de las garantías penales, propias del Estado Constitucional de Derecho: no se puede enfrentar al crimen con las "mismas armas" que los criminales utilizan para perpetrar delitos.

En realidad, este discurso político-criminal recala en los postulados filosóficos e ideológicos del "maximalismo" y "punitivismo", cuya dirección es superponer la protección de los bienes jurídicos sistémicos sobre los estrictamente individuales, lo cual, en otras palabras, significa alejarnos de las bases de un Estado Constitucional de Derecho para acercarnos a las prácticas de Estados totalitarios, que llevado hasta las últimas consecuencias, puede arrastrarnos irremediablemente a la justificación de sanciones draconianas e inhumanas (como la pena de muerte).

No era necesario introducir el inciso 11, pues la exoneración de responsabilidad por obrar en el "cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo", exige la valoración de todas las circunstancias del hecho concreto: quién y cómo perpetró la conducta típica (v. gr. lesiones u homicidio), incluyendo los medios empleados y su modo de empleo. Y solo si concurren todos sus presupuestos de legitimación la conducta puede ser justificada y sustraída del ámbito de punición[9].

En el fundamento 17, se dice también:

> "17. Ello no importa que el Tribunal Constitucional entienda o interprete que con el dispositivo añadido al artículo 20 del Código Penal se haya creado un marco jurídico que permita o consienta que toda actuación de los efectivos de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional del Perú deba quedar impune, si es que se han cometido delitos".

Coincidimos con el TC en este extremo, pues no toda lesión a los bienes jurídicos fundamentales que sea perpetrada por un agente policial o militar quedará cubierta por la causal de exoneración de responsabilidad penal del inciso 8 (o 20, aunque estimamos este inaplicable por inconstitucional).

Para tal efecto, debe valorarse, como ha señalado un sector doctrinal, la concurrencia de varios elementos:

i) La necesidad racional de la violencia.

(9) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Ob. cit., pp. 462-473.

ii) Su uso proporcional de acuerdo a las circunstancias concretas del caso[10], esto es, el ejercicio de una violencia suficiente para neutralizar la conducta agresiva. No es necesaria la presencia de una "agresión ilegítima" como el caso de la legítima defensa, basta con que se presente un inminente estado de peligro o de lesión (v. gr. para reducir a un delincuente que huye o es sorprendido en delito flagrante).

iii) Solo debe utilizarse la fuerza "racional": debe ser lo suficientemente idónea para restablecer el orden jurídico perturbado, y proporcional a la entidad del hecho que provoca el uso de la fuerza[11].

En tal sentido, resulta plausible que se elaboren criterios de interpretación normativa en cuanto a la aplicación de la causa de justificación "cumplimiento de un deber", sea para evitar situaciones de impunidad o para evitar puniciones arbitrarias.

Finalmente, en el fundamento 18, el TC expone:

> "18. Esta legislación entonces no puede ser entendida como que está dirigida a impedir la investigación y procesamiento de malos policías o militares que delinquen –según se trate de la comisión de delitos de función, comunes o de grave violación de derechos humanos–; por ello, cuando a dichos servidores públicos se les impute la comisión de un ilícito, deben ser denunciados, investigados caso por caso, y si corresponde procesados dentro de un plazo razonable, con todas las garantías que la Constitución ofrece, no solo ellos, sino cualquier persona que se encuentre en similares circunstancias. Dentro del proceso penal, con todas las garantías constitucionales, corresponderá al juez competente evaluar, tanto si concurren circunstancias agravantes o eximentes de responsabilidad, y corresponderá a dicho funcionario, a través de una sentencia motivada, imponer las sanciones previstas o expresar las razones por las que ello, en determinados supuestos, no corresponde, esto es, y en lo que importa al dispositivo impugnado, si la actuación de los efectivos de ambas instituciones ha sido en cumplimiento de su deber y además si sus armas han sido usadas de manera reglamentaria".

Lo reseñado en dicho fundamento nos lleva a la afirmación inequívoca de que la exoneración de pena vía el "cumplimiento de un deber" únicamente opera

(10) Así, CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*. Tomo II, 6ª edición, Tecnos, 2002, pp. 301 y 302; POLITOFF, Sergio et ál. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 235; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal.* Ariel, Barcelona, 1989, p. 227.

(11) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 351-364.

cuando el agente ejerce o desempeña efectivamente la función policial o militar. De modo que si, por ejemplo, un agente policial ocasiona la muerte de su esposa tras una discusión conyugal, o golpea a alguien en razón de rencores personales, no resultará de aplicación esta causa de justificación, sino que estos casos configurarán injustos de parricidio y lesiones, respectivamente.

Es por tales motivos que se alza en imperativo: la articulación de aquellos presupuestos que deben concurrir para que proceda esta exoneración de pena. Ello debe tomar en cuenta que la perpetración justificada de un homicidio o lesiones solo puede admitirse en un contexto donde el agente policial o militar no tenga otra alternativa para salvaguardar la vida o integridad física de ciudadanos. Por ejemplo, en el caso de una toma de rehenes, donde los malhechores anuncian la ejecución de algunas personas si es que no se les entrega una suma de dinero.

Situación distinta se presenta cuando un policía está persiguiendo a un hurtador –que no tiene en su poder un arma de fuego– y sin haber agotado todos los mecanismos de persecución le dispara a matar. Ello será un exceso de la fuerza policial que no puede ser cubierto por el "cumplimiento del deber", constituyendo un injusto punible de homicidio doloso.

Por ello, ratificamos nuestra postura en el sentido de que **no existe un derecho a matar o a lesionar a los ciudadanos por parte de los custodios del orden**(12). Lo que existe es una causal eximente de pena en casos excepcionales, cuando para proteger bienes jurídicos fundamentales, el agente policial o militar no tiene más opción que proceder a la lesión o a la eliminación de la vida humana del presunto delincuente.

Solo si se acredita con suficiente verosimilitud que la muerte del individuo obedeció a un acto propio de la función (policial o militar), en uso del arma reglamentaria y en salvaguarda de bienes jurídicos fundamentales, es que procederá la causa de justificación del "cumplimiento del deber" (y no –como erróneamente se dice– la causal de inimputabilidad prevista en el inciso 11). De lo contrario, resultará punible el agente policial o militar en virtud de los tipos penales de homicidio o lesiones.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

A nuestro entender, el TC dejó pasar una importante oportunidad para poner freno a cierta clase de legislación penal que no se condice con los principios y garantías penales contenidas en la Ley Fundamental y en el texto punitivo.

(12) Así, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Ob. cit., p. 508.

El máximo intérprete de la constitucionalidad normativa tiene el deber de controlar la legitimidad de las normas penales. Esta actividad no es meramente formal o procedimental, sino que implica efectuar un riguroso examen constitucional, desde el punto de vista de los principios limitadores del Derecho Penal, en especial, en armonía con las instituciones que sustentan la racionalidad del *ius puniendi*.

Un logro fundamental de la doctrina penal, y que fue consagrado por las legislaciones, fue la separación del "injusto" y la "culpabilidad". Este logro se echa por tierra cuando se emiten normas que distorsionan sus componentes de configuración, so pretexto de reforzar la tutela de los bienes jurídicos sistémicos.

Cuando un agente policial o militar, en el ejercicio de sus funciones (tutelar el orden público de la seguridad nacional), hace uso de su arma reglamentaria, causando la lesión o la muerte de un individuo en salvaguarda de un bien jurídico fundamental, se halla amparado en una causa de justificación: "el cumplimiento de un deber", tal como se desprende del inciso 8 del artículo 20 del CP. No es jurídicamente admisible afirmar que aquel es un sujeto "inimputable", en la medida en que la "inimputabilidad" constituye un factor de valoración en el marco de la culpabilidad, que nada tiene que ver con la salvaguarda de un interés jurídico preponderante. Esta absurda construcción normativa produce una fuerte dosis de inseguridad jurídica, que no abonan al fortalecimiento del Estado de Derecho.

La defensa de la plataforma basilar de la codificación punitiva importa un deber irrenunciable del abogado y doctrinario, mediante una crítica constructiva del Derecho positivo vigente y de los criterios supuestamente legitimantes del TC sobre el particular, como una forma de coadyuvar a reformas legislativas de *lege ferenda*. Lo contrario significaría avalar y justificar una orientación político-criminal incompatible con un orden democrático de Derecho.

La habitualidad y el principio de proporcionalidad de las penas

A propósito de la modificación del artículo VIII y la incorporación del artículo 46-c al Código Penal

I. APROXIMACIÓN AL TEMA

La reforma penal emprendida por las Leyes Nºs 28726 y 28730 se adscribe en una política criminal orientada a recoger descripciones criminológicas propias del Positivismo que eran recogidas en el Código de Maúrtua. No olvidemos que el tránsito al CP de 1991 significó dejar de lado postulados o principios como la "peligrosidad" propia de un Derecho Penal de autor, pues en un Derecho Penal del acto solo interesa, a efectos de punición, el hecho antijurídico como expresión de disvalor que se materializa en la afectación a un bien jurídico penalmente tutelado.

La necesidad por ejercer una mayor represión en la esfera de libertad de los ciudadanos desencadenó la instauración de medidas predelictivas, es decir, penas sin delitos, irracionalidad incompatible con cualquier régimen en el que impera el Derecho y la justicia. En una monografía reciente[1] expusimos de forma coherente cuáles eran los lineamientos que debía seguir la institución de la reincidencia para legitimarse en el marco programático de nuestro CP. Sin embargo, en el caso de la habitualidad, la historia es distinta, tal como lo demostraremos en el presente artículo.

El Derecho Penal, ora como ciencia exegética, ora como medio de control social, se dirige hacia la colectividad social, a efectos de incidir de forma positiva en los comportamientos de los individuos, conforme al fin teleológico que se desprende de sus principios legitimantes. Son los intereses jurídicos de reconocimiento constitucional que adquieren tutela por parte del orden punitivo, para viabilizar la realización personal del individuo y su concreta participación en los procesos socioculturales.

(1) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. "La ley penal sobre la reincidencia y habitualidad. El retorno a los postulados del positivismo criminológico". En: *Actualidad Jurídica*. Nº 151. Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2006, p. 23 y ss.

La delincuencia es una manifestación fenomenológica que trasciende el ámbito interno del "ser", exteriorizándose a partir de concretos estados de lesión en los bienes jurídicos penalmente tutelados. De tal modo, que la legitimidad de la reacción jurídico-penal es un orden democrático de Derecho que se sostiene en la necesidad de tutela de los intereses jurídicos importantes, por lo que la norma jurídico-penal despliega un importante rol en orden al motivar la realización de conductas socialmente valiosas.

Es el acto socialmente dañino (ofensividad) el que interesa a efectos de imponer una pena al delincuente, es la manifestación concreta de la conducta que se materializa en una afectación significativa al valor protegido. La personalidad del autor, su conducción de vida, sus hábitos, su ideología, su forma de pensar (*cogitatione poena nemo patitur*), etc., no son de incumbencia para el Derecho Penal, mientras no se transformen en estados perturbadores de peligro para la libertad de los ciudadanos.

La redefinición del objeto del Derecho Penal es el umbral que separa a un sistema punitivo autoritario propio de un Derecho Penal de autor (*tätertyp*) de un Derecho Penal liberal inclinado hacia el reconocimiento de una culpabilidad por el acto en correspondencia a un Derecho Penal del hecho. Sin duda, esta fue la orientación político-criminal adoptada por el legislador de 1991, tal como fluye del propio tenor de la Exposición de Motivos del CP.

Empero, debemos hacer una distinción entre los presupuestos legitimantes de la pena (culpabilidad del acto, lesividad, imputación subjetiva, etc.), y aquellos factores u elementos que el juzgador debe tomar en consideración a efectos de graduar la pena, pues esta medición no solo debe responder a razones de justicia, sino de naturaleza preventiva y, sobre todo, de respeto a la autonomía del individuo y a su dignidad. Por consiguiente, escudriñar en la personalidad del autor, conforme a una serie de criterios valorativos, es un imperativo categórico para el órgano judicial, pues el juicio de imputación individual no puede ser reputado como una valoración únicamente normativa, pues es en esencia ontológico.

Un Derecho Penal del acto supone que la reacción jurídico-penal se concretiza como respuesta a una acción u omisión que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados, tomando como baremo el disvalor de la acción (tentativa) y el disvalor del resultado. Mientras que en un Derecho Penal de autor, la valoración se traslada al hombre delincuente (*uomo delinquente*) de conformidad con la personalidad que se revela en su conducta antijurídica.

En este contexto, como señala Stratenwerth, el delito concreto solo puede tener interés en la medida en que pone de manifiesto determinada personalidad del

autor. Tendrá solo una "significación sintomática"[2]. El Derecho Penal de autor no impide, ni tampoco exige que el autor (delincuente) lleve a cabo una acción antijurídica (reputada delictiva), pero pone el énfasis, a la hora de imponer una pena, en el grado de asocialidad del propio autor del delito, más que en su propia acción: la pena es, por lo tanto, acorde al tipo de autor[3].

La revelación de un Derecho Penal de autor es característica de una culpabilidad determinista, es decir, las razones etiológicas de la criminalidad se explican de una forma monocausal, el hombre es delincuente en cuanto posee una serie de particularidades antropológicas y sociológicas que lo describen como un ser antisocial, como un individuo peligroso para la convivencia pacífica de la sociedad. Es una visión fatalista de la criminalidad que condena al hombre por adecuar su personalidad a una determinada tipología glosada en los listados de los criminólogos, en los que la sicología como ciencia humana adquiere una importancia destacada. El hombre es responsable por el mero hecho de vivir en sociedad (responsabilidad social o legal)[4].

El Derecho Penal de autor parte de una personalidad atávica, que respondía a la prevención especial en sus primigenias construcciones, fruto del Positivismo Criminológico (Ferri, von Liszt), en el que el Derecho Penal habría de conducirse represivamente a fin de ejercer la defensa de la sociedad ante los sujetos "socialmente" peligrosos. Por eso, se dice que es un Derecho Penal medicinal de medidas, pues la reacción jurídico-penal no se basa en la culpabilidad, sino en estados peligrosos basados en pronósticos meramente subjetivos.

La pena debía servir para: i) la corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección; ii) la intimidación del delincuente que no requiere corrección; y iii) la inocuización del delincuente que carece de capacidad de corrección[5].

En esta última clasificación comprendió von Liszt a los delincuentes habituales, es decir, a todos aquellos que han hecho del delito un modus vivendi, cuya prosecución delictiva se enfatiza a partir de la repetibilidad de hechos delictuosos similares o análogos: un Derecho Penal de autor basado fundamentalmente en la

(2) STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, 4ª edición totalmente reelaborada, Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2005, pp. 74-75.

(3) POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas*. Grijley, Lima, 2004, p. 373.

(4) CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*. Tomo I, 3ª reimpresión, Editorial Tecnos (Grupo Anaya), Madrid, 2000, p. 96.

(5) BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 3ª reimpresión, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1996, pp. 14-15.

personalidad antisocial del autor reflejada en la carrera criminal. En razón de que aquel factor de la personalidad, según von Liszt, debía tener importancia decisiva para la naturaleza y la medida de pena desde puntos de vista preventivo-especiales, la "intensidad de ánimo delictivo"(6), es decir, antisocial, del autor.

El énfasis en la prevención especial como freno a la criminalidad, supuso una acentuación caracterológica y descriptiva del autor, con la consiguiente pérdida del factor nuclear que legitima la reacción punitiva. La pena, parafraseando a Cerezo Mir, no tiene otro fin que la defensa social, es decir, fines preventivos, de prevención general y de prevención especial, pero los positivistas ponían el acento en esta última, pues al admitir la existencia del delincuente nato, no creían en la eficacia intimidante de la pena(7).

Tomando en cuenta las opiniones de Garófalo, Lombroso y Ferri, si la pena constituye un medio de defensa social y se toma en cuenta la anormalidad de quien delinque, el objeto del proceso será el conocimiento y determinación de los factores antropológicos del delito, precisando los caracteres orgánicos y síquicos del delincuente, y su finalidad estará representada por la defensa social a través de la aplicación de las penas(8).

II. LA HABITUALIDAD COMO ESTADO PELIGROSO DEL SER "DELINCUENTE"

La habitualidad consiste en la perpetración delictiva que el autor ejecuta de forma reiterada en el tiempo, actitud antisocial que revelaría una peligrosidad inherente en su personalidad. La institución de la habitualidad, por lo tanto, no puede desprenderse del concepto de "peligrosidad". Peña Cabrera define a la habitualidad como la reiteración de más de tres delitos, en tiempos diversos e independientes unos de otros, pero que a sus titulares se les declare el estado "especialmente peligroso" es lo que nuestra legislación positiva denomina habitualidad(9). Quiere decir que el reproche recae directamente sobre la persona del autor, quien al incidir de forma reiterativa en la comisión de determinados delitos, manifiesta una particular peligrosidad para los bienes jurídicos de sus congéneres.

De la reincidencia específica, anota León Ortiz, que busca la mayor temibilidad inmanente en el autor, se distingue todavía la habitualidad, que plantea ya con firmeza el problema criminológico que se quería prever a través de la reincidencia;

(6) STRATENWERTH, G. Ob. cit., p. 75; así, POLAINO NAVARRETE, Miguel. Ob. cit., p. 373.

(7) CEREZO MIR, J. Ob. cit., p. 96.

(8) LEÓN ORTIZ, Andrés. "Teoría del delincuente"; vide en: <http: universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/TeorDelinc-Leon.htm>, p. 1.

(9) PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Volumen I, 3ª edición, AFA Editores, Lima, 1988, p. 289.

un problema, si no de anormalidad antropológica que pudiera ser la raíz de esa persistencia inveterada del delito, sí, al menos, de un carácter antisocial formado ya de manera que, tanto por la razón como por la experiencia, deba tomarse como una prueba de incorregibilidad que ya no amerite una pena propiamente, sino una medida de seguridad(10).

La habitualidad, sin duda, es una conducción fenoménica propia del conductivismo, que importa el análisis de ser delincuente, de identificar los factores internos que inciden en esta conducta antisocial. Por lo tanto, su génesis no puede ser explicitada en cuanto al hecho antijurídico que se manifiesta de forma repetida a través del tiempo, sino a partir de una explicación sicológica, que solo puede ser construida del método causal-explicativo de la ciencia criminológica. Parafraseando a Peña Cabrera, diremos que los caracteres esenciales del delincuente hay que observarlos no en la manifestación de la conducta delictiva concretada en el hecho punible, sino en el estudio serio de la personalidad total con miras a precisar su verdadera peligrosidad(11).

El delincuente habitual expresa una proclividad a cometer determinada clase de delitos, muestra una base patológica que, sin necesidad de formar un cuadro clínico, importa la inclinación constante a saciar una necesidad promovida por una determinada intención. El cleptómano es un individuo que de forma reiterada comete delitos patrimoniales (hurto), sin que tenga el apremio por satisfacer ciertas necesidades fundamentales. El agente manifiesta una naturaleza patológica a partir de una conducta antisocial, careciendo de una suficiente facultad para interiorizar los mandatos normativos contenidos en las leyes, y poder determinarse conforme a dicha comprensión legal.

No revelan propiamente un estado completo de inimputabilidad, pero sí un estado incompleto, por lo que lo recomendable en estos casos es una asistencia médica sin acudir al internamiento definitivo. Por consiguiente, no se revela una mayor culpabilidad, sino una culpabilidad disminuida. Empero la descripción realizada no se dará en todos los casos, puede que se trate de un individuo de personalidad normal, por lo que la agravante sería aplicable, sin que ello suponga legitimar la naturaleza inconstitucional de esta institución criminológica.

Resulta a este nivel importante destacar las diferencias que se derivan entre la reincidencia y la habitualidad. Jiménez de Asúa, refiriéndose a la habitualidad, destaca que "es más y menos que la reincidencia. Mas porque no basta con la repetición de infracciones, es preciso que esta insistencia constituya costumbre y se

(10) LEÓN ORTIZ, A. Ob. cit., p. 4.

(11) PEÑA CABRERA, Raúl. *Los personajes delincuentes en la obra de Dostoievski*. Editorial Universitaria San Martín de Porres, Lima, 1983, p. 60.

incorpore al modo de ser o de obrar del sujeto. Es posible caer más de una vez en el delito, sin que este deje de ser ocasional por la renovación de las circunstancias externas que produjeron al estímulo. Menos porque no hace falta para reconocer la habitualidad que se haya dado la hipótesis de la reincidencia o sea la condena ejecutoriada, sino que aquella puede demostrarse por un conjunto de infracciones que constituye el concurso real de delitos"[12].

Mientras que la reincidencia se acerca a una culpabilidad por el hecho cometido, la habitualidad encarna una caracterización propia del autor, incidiendo en su carácter o mejor dicho en su conducción de vida, pues, en este último caso, no interesa la certeza de que este volvió a reincidir, que solo puede emanar de una sentencia condenatoria, sino que basta que varios delitos independientes entre sí puedan ser atribuidos a un solo autor en un determinado lapso de tiempo. Los delincuentes habituales, en sentido estricto, no tienen ningún hábito de un delito determinado o en un grupo de delitos, sino una inclinación a la criminalidad en general[13].

De ahí deriva la problemática, de cómo diferenciar la habitualidad de un concurso real de delitos, pues, en este último, el agente comete una pluralidad de delitos, separables en el tiempo y en el espacio, los cuales son objeto de persecución penal en una unidad procesal, presupuesto que también se cumple en el caso del artículo 46-C (cuestión que dilucidaremos más adelante).

Resultan ilustrativas las palabras de Carlos Mir Puig en 1985, efectuadas sobre el Proyecto Alternativo de 1980 del Código Penal español (CPE), al estimar que la reincidencia debía ser restituida por la habitualidad. Habiendo el CPE de 1995 adoptado la reincidencia específica y rechazado de este modo la multirreincidencia "(...) adopta en parte las consideraciones de la poderosa corriente político-criminal que entiende debería la reincidencia ser sustituida por la idea puramente preventiva de la habitualidad, con asidero o no en la pluralidad material de infracciones o condenas, en cuanto indicio de peligrosidad, a tratar no como objeto de desvalor a través de la pena, sino como presupuesto que hace preciso el tratamiento propio de una medida de seguridad"[14]. Con lo cual, la "peligrosidad" lleva a la consideración de un sujeto inimputable, a quien no se le puede imponer una pena, sino una medida

(12) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito*. 3ª edición, Editorial Hermes, Buenos Aires, 1959, p. 542.

(13) SAUER, Guillermo. *Derecho Penal. Parte general*. Traducción de Juan del Rosal y José Cerezo Mir. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1956, p. 239.

(14) MIR PUIG, Carlos. *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*. Librería Bosch, Barcelona, 1986, p. 286. Así, Díaz Palos, al relatar que la Propuesta de 1983, la sustituye por la habitualidad, la cual atrae, además de la pena, medida de internación en un centro de terapia social por tiempo que no podrá exceder de cinco años, vide DÍAZ PALOS. *La jurisprudencia penal ante la dogmática jurídica y la política criminal*. Editorial Colex, Madrid, 1991, p. 119.

de seguridad, siendo, entonces, un Derecho Penal, en este aspecto, propiamente de medidas curativas y no ligado a la culpabilidad del autor.

Quien comete de forma reiterada delitos, sin interesar su género, manifiesta una personalidad proclive al delito, pues el crimen se ha constituido en su forma de vida; sin embargo, ello no puede llevar a pensar que se trata siempre de un inimputable, sin perjuicio de que en casos particulares se advierta un cuadro patológico. No debemos dejar de mencionar que la habitualidad ha sido siempre considerada como una circunstancia agravante de pena y no como un factor de exención de responsabilidad penal por un juicio de imputabilidad en sentido estricto.

Romeo Casabona realiza una distinción entre los tipos criminológicos de autor (por ejemplo: el usurero, el proxeneta, el receptador, etc.) con tipos criminológicos de estado peligroso predicables a los delincuentes imputables; donde la habitualidad se caracteriza por la realización de una pluralidad de delitos, constituyendo el delito un "hábito" para el sujeto, existe una profunda inclinación al mismo(15). De este modo, se desprende del concepto mismo de "habitualidad" la proclividad al delito, es decir, la predisposición de un sujeto a la comisión de cualquier tipo de criminalidad. En efecto, en estos casos no se trata de un tipo criminológico de receptador, cazador furtivo o usurero, sino de que la comisión profesional o habitual de estos delitos, con independencia de la persona del autor, es mucho más dañosa socialmente que el hecho aislado ocasional y por eso precisa una pena superior(16).

En este orden de ideas, podemos decir, sin reparo alguno, que la habitualidad encarna una reminiscencia a un Derecho Penal de autor, donde la valoración jurídico-penal trasciende el hecho como aspecto nuclear de imputación, y se traslada al hombre delincuente (*uomo delinquente*), penetrando en la esfera profunda de su personalidad, enjuiciando negativamente su conducción de vida en sociedad, al tratarse de un sujeto que revela significativa "peligrosidad" para los intereses sociales comunitarios.

Tal situación implica que esa cualidad, al formar parte de la personalidad del individuo, permanezca a lo largo de un periodo de tiempo de duración indeterminado pero no definitivo(17), basta que se presente en el periodo de tiempo fijado por la ley para determinar esta condición caracterológica y aplicar la habitualidad como circunstancia agravante. La "peligrosidad" como prognosis de comportamiento humano, fue utilizada años atrás a fin de convalidar la imposición de penas sin

(15) ROMEO CASABONA, Carlos María. *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1986, p. 67.

(16) ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Civitas, Madrid, 1997, p. 185; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995, p. 97.

(17) ROMEO CASABONA, C. M. Ob. cit., p. 25.

delito, y de cubrir al Derecho Penal de un tinte medicinal, que, en ciertas posturas, desencadenó la intención de uniformizar la respuesta jurídico-penal en medidas de seguridad, lo cual importa una negación de la libertad como base consustancial del Estado de Derecho.

La habitualidad como circunstancia agravante no tiene cabida en un Derecho Penal Democrático, cuya base de imputación jurídica solo puede basarse en una conducta externa lesiva, que suponga una afectación material a bienes jurídicos penalmente tutelados. Con ello, el principio de culpabilidad por el hecho es rebasado en sus contornos legales, por una culpabilidad por el carácter o por la conducción de vida que evoca formulaciones político-criminales propias de regímenes totalitarios y seudonacionalistas.

La base de la medición de la pena ya no es la gravedad del hecho, sino la manifestación de una particular condición de vida del agente. La remisión a las características personales del autor como fundamento de pena importa una vulneración al concepto mismo de dignidad humana y a su libertad como contenido del principio de culpabilidad; el autor debe ser reprimido punitivamente por lo que ha hecho y no por lo que es.

El legislador, infructuosamente, ha pretendido legitimar la incorporación de esta institución al CP, modificando el artículo VIII del Título Preliminar, pretensión deleznable, pues, en definitiva, no puede conciliarse una culpabilidad por el hecho con una culpabilidad por la conducción de vida.

La habitualidad, como estado de peligrosidad delictiva, nos retrotrae a crónicas leyes como la Ley de Peligrosidad Social (Ley Nº 4891 del 18/03/1924, ampliada posteriormente por el Decreto Ley Nº 11004 del 08/04/1949[18]). Así, en Alemania, la Ley de Delincuentes Habituales de 1933, que prescribía una pena de presidio a la tercera condena si la "valoración global de los hechos pusiera de relieve que el autor 'es un delincuente habitual peligroso'"[19].

El artículo 46-C del CP define a la habitualidad del siguiente modo: "Si el agente comete un nuevo delito doloso, será considerado delincuente habitual, siempre que se trate al menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal".

(18) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. "El control de identidad policial. El retorno a un Estado de Policía y a un Derecho Penal de autor". En: *Actualidad Jurídica*. Nº 131. Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2004, p. 93.

(19) Así, ROXIN, C. Ob. cit., p. 188.

III. REQUISITOS

1. **La comisión de tres hechos punibles**; quiere decir, que el agente debe haber perpetrado una pluralidad de delitos separables en el tiempo y en el espacio, pero unidos por una identidad personal. El legislador no ha señalado expresamente que deba tratarse de delitos reprimibles con pena privativa de libertad, pero esta condición se deduce del segundo párrafo del articulado, por ende, se excluyen la posibilidad de que las penas restrictivas y limitativas de derecho puedan comprenderse en este precepto. A diferencia de la reincidencia, no se exige que sobre los hechos punibles cometidos recaiga una sentencia condenatoria firme y consentida. En tanto se trate de delitos objeto de condena anterior, deberá aplicarse la reincidencia; se excluye la posibilidad de que ambas instituciones puedan aplicarse en forma conjunta, lo que significaría una vulneración al principio del non bis in ídem.

2. **La perpetración de los tres hechos punibles tiene que haber tenido lugar en un lapso que no exceda de cinco años**; de no ser así, la figura aplicable sería la de un concurso real de delitos. Se excluye la posibilidad de fundar la habitualidad delictiva en un delito continuado, pues esta figura parte de una unidad de resolución criminal que no se agota en el tiempo, cuya prosecución material supone una identidad de realización típica. El precepto no lo dice, pero consideramos que puede tratarse en delitos consumados o tentados (tipos de imperfecta ejecución), siempre y cuando la modalidad no acabada sea punible según la particularidad de cada tipo penal en concreto. Al igual que en el caso de la reincidencia, los tres hechos punibles cometidos deben revelar una esfera subjetiva del injusto referida únicamente al dolo, por lo que los delitos culposos no ingresan a este ámbito de valoración, tampoco las faltas.

IV. CONSECUENCIA JURÍDICA

El juzgador podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. En caso de un delito conminado con pena máxima de diez años, el juez podrá imponer una pena de 15 años de pena privativa de la libertad. El máximo legal es el fijado en el artículo 29 del CP, y en caso de que el delito sea sancionado con pena de cadena perpetua, su carácter indeterminado no hace posible sobrepasar su propio contenido limitador.

Ahora bien, la concurrencia de los presupuestos antes anotados daría lugar a la habitualidad como circunstancia agravante, pero, en esta misma línea, estaríamos también frente a un concurso real de delitos. Nos preguntamos, entonces, ¿cuál es la diferencia entre ambas instituciones? Es que acaso el legislador se olvidó de dar un plus de disvalor personal a la habitualidad, que necesariamente habría de remitirlo a la "peligrosidad", será que no reparó en este elemento, o que no quiso incluirlo a fin de no dejar al descubierto la orientación de la reforma penal emprendida.

Lo cierto y concreto es que la habitualidad, tal como se ha previsto normativamente, ingresaría a zonas confusas de delimitación aplicativa con relación al concurso real de delitos. Se necesitaría, por lo tanto, añadir el elemento "peligrosidad" en su composición normativa, que es en realidad el presupuesto necesario para fundamentar esta circunstancia agravante. Como apuntaba Ángel Cornejo, no basta la perpetración de tres crímenes para constituir el hábito al delito, pues se requiere, además, que la naturaleza y modalidad de aquellos, los móviles y el género de vida del delincuente, le den los relieves de un criminal nato e incorregible(20).

No cabe duda de que la conducción habitual delictiva del agente importa una valoración jurídico-penal que va más allá del grado de intensidad de los injustos penales cometidos, pues la aplicación de la agravante no está condicionada a la gravedad del delito en cuestión, sino que penetra en la esfera de la personalidad del autor, reprimiendo con más pena una conducta de vida del autor que pondría en peligro la coexistencia pacífica de los ciudadanos.

Ante este estado de cosas, no cabe más que denunciar la inconstitucionalidad de esta circunstancia agravante, al ser incompatible con las bases fundacionales que el legislador compaginó coherentemente en el Título Preliminar del CP, que de ningún modo puede ser legitimada con la modificación efectuada al principio de proporcionalidad de las sanciones penales. Máxime, si la habitualidad entra en franca confusión con el concurso real de delitos, propiciando así un estado de inseguridad jurídica en la Administración de justicia penal.

V. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS

El principio de proporcionalidad de las penas (artículo VIII), al igual que el resto de principios rectores comprendidos en el Título Preliminar del CP, se constituye en un principio político-criminal de primer orden en un orden democrático de Derecho, a fin de sujetar la reacción jurídico-penal a un mínimo de racionalidad.

Este principio legitimador del Derecho punitivo actúa como un límite contenedor del ejercicio de la violencia punitiva, destinado a tutelar la libertad y la dignidad humanas. Presupuesto de la pena es la comisión de un injusto penal reprochable a un sujeto con capacidad de responsabilidad penal: injusto y culpabilidad se constituyen en la fuente material y espiritual de todo el sistema de punición, que no puede ser vulnerado en aras de afianzar fines político-criminales que no se encuadran en el orden de valores antes anotado.

(20) Citado por PEÑA CABRERA, R. Ob. cit., p. 290.

El principio de proporcionalidad, como principio independiente dentro de los principios de la sanción, recoge la creencia de que la entidad de pena, esto es, la aflicción que ella origina por su naturaleza e intensidad o por los efectos sociopersonales que desencadena, debe acomodarse a la importancia de la afección al objeto tutelado y a la intensidad de la responsabilidad concurrente(21).

Por el principio de proporcionalidad se conectan los fines del Derecho Penal con el hecho cometido por el delincuente, rechazándose el establecimiento de conminaciones penales (proporcionalidad abstracta) o la imposición de penas (proporcionalidad concreta) que carezcan de toda relación valorativa con tal hecho, contemplado en la globalidad de sus aspectos(22).

En el primer ámbito de valoración, se toma en consideración el grado de jerarquización del bien jurídico protegido, en definitiva, la vida es el interés jurídico de mayor valor, seguido por otros bienes personalísimos; por lo que un delito de asesinato debe ser sancionado con más pena que un delito de robo. Precisamente del principio de proporcionalidad se desprende la necesidad de que el bien jurídico tenga la suficiente relevancia para justificar una amenaza de privación de libertad, en general, y una efectiva limitación de la misma, en concreto(23).

En cuanto al segundo elemento, es necesario remitirse a la esfera subjetiva del agente, o, mejor dicho, a su fuero interno, donde la energía criminal desplegada por el agente va a suponer una mayor intensidad antinormativa; el dolo supone definitivamente una desvaloración que importa una mayor pena (con respecto a la culpa).

La proporcionalidad indica una relación con el daño inferido al bien jurídico mismo y con la trascendencia social del hecho (daño social); el Derecho Penal tiene un perfil motivador, formador de conciencia social, que sufre notorio desmedro con la ejecución del delito(24).

El principio de proporcionalidad, en sentido general, significa modular la sanción punitiva, tomando como referencia el grado de afectación producido en el bien jurídico, no solo desde un aspecto material (antijuridicidad), sino también desde la esfera interna del agente (dolo o culpa)(25). Importa la correspondencia

(21) DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Trotta, Madrid, 2003, p. 162.

(22) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1992, p. 260; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *Fundamentos de Derecho Penal*, p. 263.

(23) CARBONELL MATEU, J. C. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 211.

(24) GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 46.

(25) Ibídem, p. 50.

que debe subyacer entre la intromisión en la esfera de libertad individual con la gravedad del delito y el juicio de reproche culpable. De esta forma se limita la intervención del *ius puniendi* al ámbito de libertad en lo estrictamente necesario para garantizar los fines preventivos de la sanción punitiva. En otros términos, la pena (tipo de sanción y su extensión) será proporcional a las condiciones que la hacen "necesaria"; en ningún caso pueden exceder esa necesidad(26).

Al principio de proporcionalidad también se le vincula con los fines preventivos de pena. En efecto, el pensamiento sistemático-racional de tendencia funcionalista impregna las categorías dogmáticas con una fuerte acentuación en las tareas preventivas (general, especial e integración). La teoría moderna de la imputación del delito ha abandonado las posiciones retributivas de la pena (Hegel y Kant), para asumir una posición preventiva en un marco metodológico de alcance teleológico.

En ese sentido, como afirma Bustos Ramírez, si bien el planteamiento de proporcionalidad es puesto de relieve por las teorías preventivas, y por lo tanto la proporcionalidad está con relación a la utilidad (intimidación, reafianzamiento de la conciencia jurídica, o resocialización o reeducación), en la medida en que estas recogen modernamente las categorías dogmáticas tradicionales, se produce una limitación a esta relación con el fin preventivo propiamente tal y entra a jugar también la proporcionalidad con la protección de los bienes jurídicos y la responsabilidad del sujeto(27).

En el marco de la determinación judicial de la sanción punitiva, los fines preventivos juegan un rol preponderante a fin de graduar la penalidad de acuerdo con un baremo de justicia y de utilidad. Y ello, no solo, aunque sí fundamentalmente, por razones de justicia sino, incluso, aunque pueda resultar paradójico, por razones de eficacia(28).

Aquí el fin preventivo general de la pena asume una función agravante de pena, tomando en cuenta el interés protegido objeto de afectación, la jerarquía del bien jurídico, el grado de amenaza de la conducta, la energía criminal del autor, etc.; factores estos que se deben anudar en la intimidación que debe generar la sanción hacia el colectivo, pero que no puede sobrepasar los márgenes legales previsto en el tipo penal en cuestión.

Mientras que el fin preventivo-especial juega un rol específicamente limitador, que no puede ser concebido en una autártica posición de que a mayor pena más posibilidades de rehabilitación social. Más bien a menor pena mejor, cuando el

(26) GARRIDO MONTT, M. Ob. cit., p. 49.

(27) BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1989, p. 44.

(28) CARBONELL MATEU, J. C. Ob. cit., 211.

agente no necesita ser sometido a un mayor tratamiento, la pena se cumplirá en libertad o incluso se le dispensará de ella. Entonces, la prevención especial tiene un rol limitador que juega únicamente a favor del condenado.

En el caso de la prevención general positiva, esta supone la necesidad de pena, en cuanto se reafirma la vigencia misma de la norma, necesaria para mantener la cohesión del sistema jurídico con la ciudadanía, donde la justicia es un imperativo para mantener la fidelidad hacia el Derecho. La desobediencia de los mandatos o prohibiciones atenta al sentimiento de seguridad y a la conciencia jurídica de la sociedad, y esa lesión debe ser tomada en cuenta al determinarse la pena(29); o, como dice Schünemann, la necesidad penal preventivo-general depende de la medida de la amenaza al orden de paz social manifestada por el hecho punible(30). Con lo cual, dentro de una prevención general integradora o positiva, como es lógico, se produce una superposición entre el principio de proporcionalidad y el de justicia propio de la retribución (la sanción como el merecimiento justo –proporcionado– al injusto cometido y a la responsabilidad del sujeto)(31).

En nuestra legislación positiva, la postura neocriminalizadora del legislador significó la exasperación de los marcos penales, por ejemplo, en el ámbito del Derecho Penal patrimonial, concretamente en el delito de robo agravado (artículo 189 del CP), al haberse incorporado la pena de cadena perpetúa en el marco penal imponible. Habiéndose producido resultados, en realidad, irracionales y desproporcionados de haber condenado con penas de quince años de pena privativa de la libertad a individuos por el solo hecho de haber sustraído dinero u otros bienes mediante un empujón a la víctima. Ello resultaba un exceso de punición, que a veces era corregido en las instancias jurisdiccionales supremas, aplicando este principio, que tiene que ver también con el rechazo a penas inhumanas y abiertamente lesivas a dignidad humana. Con todo, el principio de proporcionalidad juega un rol preponderante como interdicción a la arbitrariedad judicial, poniendo en primer nivel los presupuestos que deben concurrir para imponer una pena y fijar su contenido.

Ahora bien, habiendo esbozado la argumentación teleológica del principio de proporcionalidad de la sanción, pasaremos a describir la modificación efectuada al artículo VIII del Título Preliminar del CP, efectuada por la Ley Nº 28730, precepto que ahora señala lo siguiente: "La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. **Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del**

(29) GARRIDO MONTT, M. Ob. cit., p. 50.

(30) Citado por STRATENWERTH, Günter. "¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?" En: *Cuadernos de conferencias y artículos*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofia del Derecho, Bogotá, 1996, p. 28.

(31) BUSTOS RAMÍREZ, J. Ob. cit., 44.

agente del delito. La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes"[32].

Con la modificación producida, el legislador lo que ha hecho, de *lege lata*, es relativizar la vigencia del principio de proporcionalidad de la sanción, cuando aparecen intereses político-criminales que nada tienen que ver con los fines que la Ley Fundamental le asigna al Derecho Penal en un orden democrático de Derecho. Concretamente, la reincidencia y la habitualidad suponen la desvinculación del Derecho punitivo al principio de proporcionalidad, a fin de ejercer una violencia punitiva draconiana, esencialmente sostenida en un Derecho Penal de autor, inclinado a una función exclusivamente represora.

En el caso de la reincidencia, es importante recalcar que, tal como lo sostuvimos en una monografía anterior, esta institución tiene legitimación en cuanto se le liga con un concepto de culpabilidad empírico-normativo, pero con otros matices e ingredientes. Empero, parece que para el legislador la ratio de esta institución radica en un Derecho Penal de autor, pues, si no fuese así, no hubiera tenido la necesidad de incluir a la reincidencia en esta modificación normativa.

Situación distinta acontece en el caso de la habitualidad, donde su fundamento es inobjetablemente la peligrosidad criminológica que se compagina en un Derecho Penal de autor. Lo que ha hecho el legislador es provocar la ruptura del Derecho Penal con el principio de proporcionalidad de las sanciones y con el principio de culpabilidad, despojando a la violencia punitiva de los límites que contienen una descarga irracional y excesiva, donde la ansiedad de la eficacia del modelo penal provoca la configuración de tendencias subjetivas de autor.

Hassemer señala que no es imaginable que se pueda, por ejemplo, renunciar en parte al principio de culpabilidad o al de dignidad humana; cuando esto ocurre en "tiempos de necesidad" perderán toda su importancia para nuestra cultura jurídica[33]. Esta percepción se ha concretado en nuestro Derecho positivo con la modificación producida a este principio fundamental de legitimación del *ius puniendi*. Dicho en otras palabras: la utilización política de la violencia criminal cotidiana por parte del legislador ha significado la desvinculación del Derecho Penal de sus funciones ordenadoras, sometidas a la idea del Estado Social y Democrático de Derecho, como de los principios de subsidiariedad, última ratio y proporcionalidad, para asumir tareas meramente de percepción cognitiva, de afianzamiento de una sensación de seguridad, cuyos alcances puramente simbólicos,

(32) El resaltado es nuestro.

(33) HASSEMER, Winfried. "Los destinos de los derechos del ciudadano en un Derecho Penal eficaz". En: *Persona, mundo y responsabilidad*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y Mª del Mar Díaz Pita, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 96.

por su inevitable ineficacia, a lo único que van a conducir es a su desgaste nominal y a su deslegitimación como medio de control social formalizado.

La maximización de la respuesta jurídico-penal se comprende en un mensaje apocalíptico de la violencia cotidiana, en el que la fuerza de la razón que evocan los principios rectores es avasallada por una política criminal que se dirige fatalmente a hacer del instrumento punitivo un medio receptor de intereses políticos, ideológicos y moralistas. Por lo que se recurre a elementos superficiales, vagos e imprecisos que remueven los cimientos de un Derecho Penal liberal, caracterizado por el principio de estricta legalidad. Las figuras de comportamientos prohibidos han de ser objetivos y empíricamente verificables. No basta, pues, con la simple enunciación legal de la prohibición (mera legalidad); en un modelo garantista, el principio de estricta legalidad exige la reserva absoluta de la ley, que prescribe la taxatividad y la precisión empírica de las formulaciones legales, esto es, la posibilidad de su comprobación y refutación(34).

Con la vulneración del principio de proporcionalidad de las sanciones, la libertad humana pierde su valor en un orden jurídico-estatal que supuestamente debería tutelarla de forma intensa. El Derecho Penal se convierte en una fuente de expectativas sociales que desborda sus propias capacidades para hacer frente a la delincuencia. Como dice Hassemer, un Derecho Penal así concebido no podrá sobrevivir como un instrumento de solución estatal más o menos idóneo de los problemas en el marco del conjunto de los sistemas de control social(35).

No solo se vulnera el principio de proporcionalidad de la sanción, sino también el principio de legalidad material, pues, a partir de su concreción normativa por parte de los tribunales, se impondrán penas que rebasen los marcos penales fijados en los tipos penales, con la consiguiente afectación del fin preventivo especial de la pena.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

La incidencia de la norma jurídico-penal sobre factores que escudriñan la personalidad del autor, son per se construcciones que evocan un Derecho Penal de autor, cuyas raíces son derivadas de la Criminología Positivista, contrarias a un moderno Derecho Penal que legitima su intervención en la esfera de libertad ciudadana por un hecho susceptible de lesionar un bien jurídico penalmente tutelado.

(34) RODRÍGUEZ BARILLAS, Alejandro. "Terrorismo de Estado y Estado de Derecho". En: *Conflicto social y sistema penal*. María del Rosario Diego Díaz-Santos, Laura Zúñiga Rodríguez y Eduardo A. Fabián Caparros (coordinadores), Editorial Colex, Madrid, 1996, p. 125.

(35) HASSEMER, W. Ob. cit., p. 96.

La descripción tendencial del autor, que se manifiesta en una conducta reiterada de perpetración delictiva, es propia de la psicología criminal, cuyo estudio concierne a la ciencia psicológica y no al juez, cuya labor valorativa debe centrarse en el grado de ofensividad provocado por el comportamiento antijurídico.

Sin duda, el legislador en su afán de ejercer una mayor represión en la esfera de la criminalidad, se olvidó de agregar un elemento en el artículo 46-C: la "peligrosidad social" del agente, que se revela cada vez que vuelve a cometer un delito de igual o semejante naturaleza, por lo que debería ser también específica. Por consiguiente, el juzgador tendrá problemas al momento de aplicar esta institución, por advertirse una zona oscura de delimitación con el concurso real de delitos (artículo 50 del CP).

El legislador estimó, de forma ilusa, que modificando el artículo VIII del Título Preliminar del CP, podría legitimar la imposición de penas por habitualidad que sobrepasen el umbral de la lesividad de la conducta y la culpabilidad por el hecho, lo cual en definitiva linda con lo irrazonable, pues no pueden de ningún modo convivir ambas instituciones. Dicho en otras palabras, la habitualidad como signo distintivo de un Derecho Penal de autor es irreconciliable con el principio de proporcionalidad de la sanción, que se fundamenta en un Derecho Penal del acto y en una culpabilidad del acto.

Naturaleza jurídica de la reparación civil *ex delicto*

I. CONCEPTOS PRELIMINARES

El delito constituye una manifestación fenoménica, la exteriorización de una conducta cuyo disvalor reposa en la contravención a los principios elementales de la sociedad jurídicamente organizada. La reprobación social de tal conducta obedece a un juicio de reproche a quien desobedeciendo el mandato y/o prohibición normativa, puso en peligro o lesionó los bienes jurídicos fundamentales.

El injusto penal, por lo tanto, importa una valoración antinormativa, sostenida sobre el disvalor de la acción y del disvalor del resultado. Así, se suele afirmar que el delito no se satisface solo con la infracción de la norma, sino que debe implicar una modificación en el mundo exterior o una mutación del "estado de las cosas", determinando una afectación al bien jurídico, cuya materialidad es la que recogen los preceptos penales al conminar la imposición de una pena. Todo ello, con arreglo al principio de ofensividad o lesividad de bienes jurídicos regulado en el artículo IV del Título Preliminar del CP.

Como se advierte, la idea esbozada emerge del concepto de antijuridicidad material, en virtud del cual todo ilícito penal debe generar un efecto perjudicial sobre la integridad de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal.

Si bien el contenido material del injusto típico constituyó el enfoque principal de la norma desde la perspectiva de los delitos de resultado, el avance dogmático alcanzado por la ciencia jurídico-penal demuestra que el punto central de valoración descansa en el disvalor de la acción, en la medida que con ello el autor expresa ya una desobediencia normativa, colocando en riesgo de lesión al bien jurídico tutelado. A partir de dicho entendimiento es que se justifica la punición del delito intentado, así como la construcción de los tipos penales de peligro (concreto y abstracto)[1].

(1) Vide al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal económico*. Jurista Editores, Lima, 2009, pp. 51-57.

Ello es compatible con la afirmación de que la misión fundamental del Derecho Penal es la protección preventiva de bienes jurídicos, de manera que su intervención no requiere necesariamente de un estado perjudicial, concretado en la efectiva lesión de un interés jurídico tutelado, sino que basta la contravención normativa generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado, de acuerdo a los términos de la moderna teoría de la imputación objetiva.

La "antinormativa material" adquiere, entonces, una nueva percepción y connotación que se traduce en el reconocimiento de valores inmateriales, de bienes espiritualizados que se construyen según la imagen conceptual de los llamados intereses jurídicos supraindividuales, v. gr. la salud pública, la seguridad pública, la tranquilidad pública, etc.

Por otro lado, cabe recordar que la justicia penal no solo se ocupa de las consecuencias jurídico-penales del delito, en cuanto a la imposición de una pena o medida de seguridad al autor o partícipe del delito, o de "consecuencias accesorias" (comiso o medidas contra las personas jurídicas).

La justicia penal ampara también el interés de la víctima (el agraviado u ofendido) con la "reparación civil" de los efectos perjudiciales de la conducta criminal. Esto se explica porque, como anota Raúl Peña Cabrera, el hecho delictivo, además de ser un ilícito penal constituye un ilícito civil(2), aunque no siempre es así, como se verá más adelante.

Bajo la denominación "responsabilidad civil derivada del delito" o expresiones semejantes, se suelen reunir determinadas formas de reparación admitidas tradicionalmente en los ordenamientos continentales: restitución del objeto, indemnización económica, etc.(3).

Debe diferenciarse la naturaleza pública del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal en lo referente al *ius puniendi* estatal y a la promoción y persecución penal del delito, y de las legítimas expectativas de la víctima de verse resarcida económicamente de forma proporcional al daño causado por el hecho delictuoso. Mientras que la **legitimidad activa** de la acción penal recae sobre el representante del Ministerio Público, la **legitimidad activa** de la acción civil es potestad de la víctima, no obstante que la legislación procesal le confiere ciertos derechos al persecutor público.

(2) PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Estudio Programático de la Parte General. 3ª edición, Grijley, Lima, 1997, p. 691.

(3) ROIG TORRES, M. *La reparación del daño causado por el delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 85.

La ley acumula en el proceso penal un doble objeto, pues a la determinación de la responsabilidad penal se une la de responsabilidad civil, salvo que la víctima, que es el titular del bien jurídico dañado, renuncie a exigir la reparación civil (porque no quiere reclamar[4] o porque haya sido reparada extraprocesalmente) o la reserve para discutirla después de terminado el proceso penal[5].

Consecuentemente, en el proceso penal se unifican ambas acciones, que corresponden a una naturaleza distinta: la acción penal corresponde a una "justicia distributiva" (de impartir el castigo punitivo de acuerdo a la culpabilidad del autor), mientras que la acción civil corresponde a la denominada "justicia compensatoria" (de disponer una compensación económica proporcional al daño materializado en el bien jurídico)[6].

El proceso penal versa sobre un hecho delictivo, cuya persecución y sanción se justifica en mérito a un interés público, en cambio la responsabilidad civil tiene que ver con una pretensión de privados, de un particular que busca ser resarcido de los daños causados por el delito en sus bienes jurídicos fundamentales.

La acción civil es privada porque su ejercicio corresponde a la persona lesionada, por ende, es de interés particular, y las relaciones jurídicas que norman su contenido son también privadas[7].

La antijuridicidad penal es una categoría global de la dogmática que define la existencia del injusto penal. Por otro lado, existe una antijuridicidad civil: la contravención de los preceptos jurídicos privados requiere también de una valoración que trasciende la esfera estrictamente típica penal; así se advierte de las causales de "improcedencia de responsabilidad" glosadas en el artículo 1971 del Código Civil.

En tal sentido, se ha construido –normativa y conceptualmente–, la teoría de "unidad del ordenamiento jurídico". Según dicha postura doctrinal, aquello que es ilícito en el campo penal ha de serlo también en el campo del Derecho Privado. No obstante, hemos advertido ciertas fisuras de dicha consideración teórica[8] en otras investigaciones[9], en el sentido de una conducta exonerada de responsabilidad

(4) Así, el artículo 13 del Código Procesal Penal de 2004.

(5) MORENO CATENA, V./ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 123.

(6) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*. T. I, 2ª edición, Rodhas, Lima, 2009, p. 443.

(7) GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 5ª edición, Eddili, Lima, 1976, p. 92.

(8) CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C./ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Comentarios al Código Penal*. Bosch, Barcelona, 2007, p. 768.

(9) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte General*. Rodhas, Lima, 2007, pp. 417-420.

penal puede ameritar aún responsabilidad civil, pues los factores de imputación de una y otra parcela de la juridicidad responden a criterios distintos. Esta posición encuentra asidero legal en el artículo 12.3 del CPP de 2004(10).

Ahora bien, en el tópico objeto de análisis queremos centrar la valoración en la naturaleza jurídica de la reparación civil. Si bien ello debería estar claro tanto por su propia consideración terminológica como por su remisión a las normas extrapenales, parece que subsiste confusión en cierto sector de la judicatura que, sea en sentencias de condena o en acuerdos reparatorios(11), fija sumas dinerarias por concepto de reparación civil en causas penales seguidas por delitos de peligro abstracto (v. gr. conducción bajo la influencia del alcohol o de sustancias psicotrópicas), en los cuales no se advierte la producción de un daño susceptible de ser reparado.

No olvidemos algo muy importante: generalmente quien reclama ante la jurisdicción el pago de una suma indemnizatoria en el proceso penal, es una persona individual directamente afectada.

En el caso del delito tentado, del delito frustrado y del arrepentimiento voluntario, se diría que al no evidenciarse un daño efectivo, dichas acciones han de estar exentas de responsabilidad civil.

No obstante, se advierte que la tentativa de un delito puede producir un daño de naturaleza moral(12), pues la víctima, por ejemplo, que ha estado a punto de ser eliminada o secuestrada, sufre consecuencias en la esfera psicológica. Se dice en la doctrina que todo dependerá de que los primeros pasos del *iter criminis* hayan podido llegar a constituir un ilícito civil, que haya generado consecuencias dañosas que deben ser resarcidas(13).

En palabras de Raúl Peña Cabrera, el hecho de que la reparación civil se determine conjuntamente con la pena no significa en modo alguno que a toda

(10) Vide más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal.* Ob. cit., pp. 307-320.

(11) Así, es de verse en la procedencia de los criterios de oportunidad.

(12) ANTOLISEI apunta que el daño no patrimonial (o moral) es normalmente resarcible, al igual que el económico, mediante una indemnización pecuniaria que, sin embargo, no se orienta a la reintegración del patrimonio sino que pretende proporcionar al perjudicado una satisfacción que le compense el perjuicio sufrido. En: *Manual de Derecho Penal*, p. 586. En la doctrina nacional ESPINOZA ESPINOZA apunta que dentro de la actual sistemática de nuestro Código Civil, la categoría de daño extramatrimonial o subjetivo (concebido como daño no patrimonial a los sujetos de derecho) comprende el daño a la persona, entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas y al daño moral, definido como "el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc.", padecidos por la víctima, que tienen el carácter de "efímeros y no duraderos". *Derecho de la Responsabilidad Civil*, pp. 227-228.

(13) VÁZQUEZ SOTELO, J. L. "El ejercicio de la acción civil en el proceso penal". En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. Mayo de 2004, p. 121.

pena haya que anexársele una reparación civil, pues, no toda persona responsable penalmente de un delito o falta lo es también civilmente(14).

La responsabilidad civil, que también es ventilada en el proceso penal, requiere necesariamente de la verificación de un daño susceptible de ser reparado: este es un elemento nuclear de dicha imputación, un factor material cuya ausencia determina su exoneración.

La responsabilidad civil es propia de los delitos "de lesión", que suponen un ataque consumado a los bienes protegidos. En cambio, la responsabilidad civil puede faltar en los delitos puramente "formales" o "de peligro", o cuando la acción delictiva fue meramente intentada o incluso quedó frustrada(15). La responsabilidad civil, en suma, ha de verificarse sobre realidades y no atendiendo a hipotéticas ganancias y futuros perjuicios(16).

En la ejecutoria recaída en el Exp. Nº 1742-2000-Lima, se dice lo siguiente: "Todo delito acarrea como consecuencia no solo la pena, sino también da lugar al surgimiento de la responsabilidad civil por parte del autor, es así que en aquellos casos en que la conducta del agente produce daño, corresponde fijar junto a la pena el monto de reparación civil"(17).

Cabe señalar que la unidad de procesamiento de la acción penal y de la acción civil obedece sustancialmente a dos factores.

El primero, responde a la necesidad de cautelar la seguridad jurídica en el sistema de justicia, evitando decisiones jurisdiccionales contradictorias sobre un mismo hecho. El segundo, responde, desde el plano de la economía procesal, a la necesidad de evitar el costo que resulta para la víctima incoar por separado el amparo jurisdiccional de la justicia civil(18). Se trata de dos acciones emanadas del mismo hecho delictuoso, con prueba igual que deben ser resueltas por el mismo juez(19).

No es, entonces, que la acción civil que se tramita en el proceso penal adquiera cierta singularidad y especificidad que la distinga de la responsabilidad civil (indemnización) extracontractual, conforme a lo estipulado en el artículo 1969 del Código Civil. No se ha construido normativamente una "responsabilidad civil"

(14) PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal*...Ob. cit., p. 692.

(15) VÁZQUEZ SOTELO, J.L., Ob. cit. p. 120.

(16) RUIZ VADILLO, E. *La responsabilidad civil derivada del delito: daño, lucro, perjurio y valoración del daño corporal.* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 8.

(17) TALLER DE DOGMÁTICA PENAL. *Jurisprudencia Penal*, p. 327.

(18) Vide al respecto, RUIZ VADILLO, E. Ob. cit., p. 5.

(19) GARCÍA RADA, Domingo. Ob. cit., p. 91.

privativa del Derecho Penal, sino que su aplicación en el proceso penal se sostiene sobre los mimos presupuestos regulados en el Derecho Privado, con arreglo a lo previsto en el artículo 101 del CP.

No es que de un mismo hecho derive un doble derecho al resarcimiento, uno por vía penal y otro por vía civil, como si el contenido del derecho a la reparación se transformase según que el hecho sea contemplado o no como delito(20).

Los problemas relativos a la responsabilidad civil procedente del delito pertenecen básicamente al campo del Derecho Privado(21). En todo caso, pese a su naturaleza civil, el hecho de que se exija a través de un procedimiento penal y como consecuencia del enjuiciamiento de un delito, impone condicionamientos específicos que aconsejan una regulación especial(22).

Todo delito ocasiona un perjuicio a la víctima, sea en su persona o en su patrimonio acota García Rada. La sentencia debe repararlo: unas veces podrá devolverse la especie perteneciente a la víctima; otras ello no será posible, como en el delito de lesiones, entonces, procede disponerse el pago de una determina cantidad de dinero por concepto de indemnización por la lesión causada(23).

II. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Corresponde analizar la figura de la responsabilidad extracontractual, que se regula en el artículo 1969 y siguientes del Código Civil, cuando aparecen daños como consecuencia de actuaciones no amparables en convenciones legales, susceptibles de ser reparados.

Cuando se causa un daño atribuible, la consecuencia de tal acción es que se debe responder, anota López Herrera. La forma en que se responde es mediante el pago de una indemnización, la que en la mayoría de los casos consiste en el pago de una suma de dinero(24).

El artículo antes invocado, señala a la letra que: "Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro, está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor".

Se revelan, entonces, los siguientes elementos, para que pueda configurarse la figura de la responsabilidad extracontractual: la infracción de una norma de

(20) VÁZQUEZ SOTELO, J. L. Ob. cit., p. 125.

(21) CURY URZÚA, E. *Derecho Penal. Parte General,* p. 807.

(22) CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C./ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. Ob. cit., p. 768.

(23) GARCÍA RADA, Domingo. Ob. cit., p. 91.

(24) LÓPEZ HERRERA, E. *Teoría General de la Responsabilidad Civil.* Lexis Nexis, Bogotá, 2006, p. 8.

cuidado, la producción de un daño cuantificable económicamente y la atribución de imputación subjetiva a título de dolo o culpa, donde debe mediar una relación de riesgo entre la concreción del resultado lesivo y la conducta infractora de la norma, debiéndose descartar aquellos factores no imputables al agente, por ser imprevisibles e inevitables.

Aparecen en el artículo 1971 *in fine* del Código Civil una serie de causales que importan la improcedencia de la responsabilidad civil extracontractual. Según ellas, si bien puede haberse causado un daño e infringido la norma, la conducta resulta lícita, al ampararse en una causa de justificación:

"No hay responsabilidad en los siguientes casos:

1. En el ejercicio regular de un derecho(25).

2. En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.

3. En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro".

III. LOS FACTORES QUE ABONAN EN LA NATURALEZA PENAL DE LA REPARACIÓN CIVIL

En el modelo procesal acusatorio, el ofendido era quien daba inicio a la persecución penal. Es decir, conforme a una visión privada de la justicia penal, la potestad de instar un proceso penal recaía sobre el agraviado. En tal sentido, se confundían las pretensiones punitivas y resarcitorias en una sola persona.

(25) En el Exp. Nº 163-97 del 12 de junio de 1997 se señaló que: "(…) que si bien existe impunidad frente a los daños autorizados por ley, siendo una de las hipótesis para ello el ejercicio legítimo de un derecho de denunciar a quien creemos que ha causado un delito en nuestro perjuicio, siempre que ese ejercicio sea ejercido regularmente; (…) que la denuncia es indemnizable cuando el ejercicio del derecho a denunciar se hace irregular, el mismo que conforme lo previsto en el artículo mil novecientos ochentidós del Código Civil es irregular cuando se hace a sabiendas de la falsedad de las imputaciones o cuando no existía motivo razonable para denunciar; (…) que en el caso de autos habiendo existido otros procesos judiciales entre las partes originados del contrato de mutuo que la demandante suscribiera con el esposo de la demandada en la que esta no interviniera acredita que los hechos expuestos por la demandada no eran falsos y que sus motivos eran atendibles, aunque no ameritaran la existencia de un proceso penal en su contra (…)".

Un modelo así concebido generaba consecuencias indeseables, pues no siempre la víctima tenía interés en promover la acción de la justicia, ya sea por desidia o por su interés en una negociación de la persecución. Conforme a dicha estructura, no podía garantizarse un sistema capaz de prevenir y sancionar adecuadamente los hechos socialmente negativos.

Con el florecimiento de la Ilustración y del Iluminismo, traído a más por la consolidación de los Estados como instituciones reguladoras de la vida comunitaria, se asienta la doctrina de que el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal tiene como fundamento la soberanía estatal, esto es, en el *ius imperium* que legitima al Estado para imponer penas a todos aquellos que desobedecen los mandatos y prohibiciones normativos, generando con ello una acción penal de orden pública.

A partir de dicha consideración se edificó el modelo inquisitivo, fuertemente vinculado a una visión monopolizadora del poder penal por parte del Estado. Desde un aspecto sustantivo este ejercicio de poder se justifica a través de la teoría retributiva de la pena, que exalta la reacción punitiva frente a los hechos delictivos, sobre la mera idea de justicia. Por consiguiente, aquí la víctima es reemplazada, sustituida y relegada por el sistema penal.

El proceso inquisitivo desempeñó en ese sentido el papel de uno de los más poderosos medios de afianzamiento de la autoridad como señala Vásquez Rossi. Lo que se había iniciado en la Edad Media adquiere en la modernidad su cabal culminación y encuentra plenitud lógica dentro del esquema estatal de las monarquías absolutas(26).

Señala Roig Torres que la creencia en el hecho de que tanto la responsabilidad civil como la penal estaban presididas por un fin retributivo común favoreció la regulación de la responsabilidad privada, a falta de un Código Civil, en el texto punitivo(27).

La justicia penal debe manifestar una actuación estatal contraria a la idea de venganza pública. Por el contrario, el Derecho Penal aparece como una manifestación razonada y ponderada de la violencia punitiva, evitando su extralimitación respecto a los márgenes de humanidad y proporcionalidad que toda intervención estatal debe observar en un orden democrático de derecho.

Ruiz Vadillo expone que las víctimas y los perjudicados por una infracción penal sienten, sin duda, el afán de justicia pero también el deseo del inmediato resarcimiento económico(28).

(26) VÁSQUEZ ROSSI, J. E. *Derecho Procesal Penal.* Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1997, p. 130.

(27) ROIG TORRES, M. Ob. cit., p. 87.

(28) RUIZ VADILLO, E. Ob. cit., p. 2.

La entrada en vigencia del modelo mixto, supuso el reconocimiento de una serie de derechos y garantías del imputado, quien dejó de ser un objeto de derecho, para convertirse en un sujeto de derechos, definiendo la consagración de una serie de principios fundamentales. Es decir, el centro de atención se enfocó en el imputado, en el agente agresor; la víctima, por su parte, fue dejada de lado, como si su derecho indemnizatorio resultara accesorio de la pretensión punitiva.

Dicha degradación procesal, propulsó, años más tarde, el desarrollo teórico de la "victimología" y de la "victidogmática", esto es, el redescubrimiento de la víctima en el sistema penal. La redefinición de los procesos de atribución de la etiqueta de "criminal" y el poder definitorio que decide el proceso de tipificación, incide también en la víctima, y en los procesos de interacción social que producen el comportamiento "socialmente negativo"[29].

El nuevo sistema procesal introduce el principio de debida protección[30], tal como se desprende del Título V del Libro Segundo del Código Procesal Penal de 2004. La tutela jurisdiccional efectiva, como principio omnicomprensivo de una serie de garantías para los sujetos procesales[31], no puede ser entendido desde un plano reductor y parcial sino como la vía legitimada a través de la cual las víctimas deben recibir una indemnización por el daño causado por el delito y de ser el caso, de ser sometidas a un proceso de rehabilitación social en aquellos delitos excesivamente violentos.

Conforme a lo anotado observamos que la víctima, ya sea como sujeto ofendido o como actor civil, cuenta con una serie de derechos y garantías en el sistema penal, que deben ser cabalmente respetados por los operadores jurídicos. Empero, dicha reivindicación normativa no puede suponer de ningún modo trastocar la naturaleza de la reparación civil, con base en orientaciones punitivistas y retributivas, que en nada coadyuvan a la consolidación de un Derecho Penal democrático.

En la doctrina, se sostiene que los defensores de la naturaleza punitiva de la reparación civil obedecen a tres razones: i) la regulación de dicha obligación en el Código Penal; ii) el origen delictivo de la obligación de reparar el daño; y, iii) la necesidad de que el Derecho Penal restaure la totalidad del orden jurídico perturbado por la infracción[32].

Sobre el primer punto, debe decirse lo siguiente: el ordenamiento jurídico tiene como principales características su unidad, plenitud y coherencia sistemática.

(29) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal.* Ob. cit., p. 445.

(30) Vide al respecto, Ibídem, pp. 442-454.

(31) Artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004.

(32) ROIG TORRES, M. Ob. cit., p. 91.

Cada esfera jurídica debe regular las diversas situaciones humanas, conforme a su naturaleza jurídica. Al Derecho Privado le corresponde regular aquellas consecuencias jurídicas derivadas de una conducta humana generadora de un daño a los intereses jurídicos de los ciudadanos, mientras que al Derecho Penal se le asigna la función de prevenir los comportamientos más perturbadores de los valores elementales de la sociedad, cuando aparezca la culpabilidad del autor.

El hecho de que en el texto punitivo se haya regulado lo concerniente a la responsabilidad civil (vide artículos 92 al 101 del Código Penal) obedece a un planteamiento legislativo de adecuar los conceptos privativos del Derecho Civil al Derecho Penal y no a la inversa, esto es, a la finalidad de crear normativamente una reparación civil en el proceso penal distinta a la indemnización extracontractual contenida en el Código Civil.

Como se señala en la doctrina, el primer argumento señalado es puramente formal: el encuadramiento sistemático de una norma no prejuzga en absoluto la naturaleza de su contenido sustantivo(33).

Debe hacerse hincapié en que el legislador en su proyección político-criminal, muchas veces incluye instituciones procesales y de ejecución penal en la codificación punitiva, lo que no las convierte en instituciones sustantivas.

La acción civil no pierde su naturaleza por el hecho de ejercitarse en un proceso penal, de tal forma que esto no afecta sus propias y específicas características(34).

Por otro lado, el sujeto pasivo del delito muchas veces no coincide con el sujeto perjudicado por los daños civiles. Así, por ejemplo, cuando se produce el robo de un vehículo, quien es objeto de la violencia es el chofer, mientras que la sustracción del bien tiene como agraviado al dueño del automóvil.

Conforme al segundo planteamiento, cabe decir que la responsabilidad civil perseguida en el proceso penal tiene su causa en un hecho delictuoso, un comportamiento humano (acción u omisión) constitutivo de un injusto penal que debe haber lesionado un bien jurídico. Sin embargo, dicho dato no resulta fundamento valedero para argumentar a favor de una naturaleza penal de la reparación civil, en la medida que constituyen ámbitos de responsabilidad per se independientes y autónomos(35), cuyos criterios de imputación además obedecen a distintas razones. En tal sentido, puede existir responsabilidad civil sin

(33) Ibídem, pp. 91-92.

(34) RUIZ VADILLO, E. Ob. cit., p. 13. Además, vide CALDERÓN, A./ CHOCLÁN MONTALVO, J. C. *Derecho Procesal Penal*, p. 126; RIFÁ SOLER, J. M. y otros. *Derecho Procesal Penal*, p. 57.

(35) Vide al respecto VÁZQUEZ SOTELO, J. L. Ob. cit., p. 122.

responsabilidad penal[36], como se desprende de las diversas manifestaciones de responsabilidad civil, glosadas en el artículo 1969 y siguientes del Código Civil.

Por citar un ejemplo, el hecho de que se produzca un daño por la caída de un edificio, sin que medie una actuación dolosa y negligente, no desencadena automáticamente una responsabilidad penal. Así también, puede haber responsabilidad penal y no responsabilidad civil, en tanto el hecho delictivo no hubiera propiciado una lesión material a un bien jurídico. Puede entonces, existir un delito sin daño civil[37].

En ese sentido, el hecho de que la responsabilidad civil tenga como origen un evento delictuoso no constituye un elemento suficiente para argumentar su naturaleza penal. No se advierte interdependencia entre una y otra esfera de la juridicidad. La inclusión del derecho indemnizatorio en el proceso penal obedece, como señalamos *supra*, a motivos distintos. La acción civil no es por tanto una acción accesoria, sino plenamente independiente a tal punto que puede ser encauzada en un proceso judicial autónomo del penal.

Recapitulando, diremos que una misma conducta puede ser simultáneamente un injusto penal y un injusto civil, sin embargo su calificación como uno u otro se construye sobre la base de elementos de diversa naturaleza.

El tercer elemento, a saber, es el concerniente a la misión del *ius puniendi* estatal, esto es si al ámbito del Derecho Penal le corresponde asumir todas las consecuencias (jurídico-penales y jurídico-civiles) derivadas del hecho delictuoso.

Es sabido que la misión fundamental del Derecho Penal es la protección preventiva de bienes jurídicos, de restablecimiento de la paz y la seguridad jurídica alterada por un ilícito penal, la garantización de una convivencia pacífica entre los integrantes de la sociedad, reprimiendo con penas aquellas conductas de mayor perturbación a los valores primordiales de la persona humana y de la sociedad.

La doctrina penal ha permanecido en un constante debate acerca de los fines de la pena y del Derecho Penal, cuya orientación ha ido cambiando conforme la evolución del Estado y de la sociedad. Las primeras posturas apuntaban hacia un fin retributivo, que hace referencia la reacción penal como forma de erradicación de todo comportamiento delictivo, es decir la actuación de la pena sobre un hecho (pretérito) sin reflexión sobre sus consecuencias al futuro.

(36) Así, RUIZ VADILLO, E. Ob. cit., p. 14.

(37) Vide COBO DEL ROSAL, M./ VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General*. pp. 967-968; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte General,* pp. 620-621.

Una visión así concebida deja de lado al sujeto infractor así como los compromisos con la sociedad: evitar la reiteración de los comportamientos socialmente negativos. La pena de todos modos supone la retribución del Estado por el mal causado por el delito, de ahí que se diga que una cosa es la naturaleza de la pena y otra muy distinta su finalidad (¿cuál es la finalidad de la sanción punitiva?).

Sin entrar en detalles, resulta claro que mi posición es asignar a la pena fines esencialmente preventivos, sentar las bases de una sociedad de incluidos, donde la sanción punitiva tenga por finalidad evitar que los ciudadanos delincan, tanto desde la perspectiva individual de la prevención especial positiva como desde un plano colectivista según la prevención general negativa. Esto, no significa negar la necesidad de reafirmar la defensa y confianza de la comunidad hacia el orden jurídico, en términos de la prevención general positiva.

Dicho lo anterior, nos preguntamos lo siguiente: ¿acaso la reparación de los daños causados por el delito se refunden en la idea de prevención del Derecho Penal? En definitiva, la respuesta debe ser negativa. La reparación civil de las consecuencias perjudiciales del hecho punible tiene que ver con la necesidad de reparar, resarcir aquellos daños causados de forma antijurídica y no con ejercer una comunicación disuasiva a los comunitarios ni con rehabilitar a quien incurrió en el delito, máxime, si la responsabilidad civil puede recaer sobre personas (naturales o jurídicas) que no intervinieron en la infracción.

La responsabilidad civil cumple una función compensatoria. El derecho de la responsabilidad civil interviene después (*ex post*) de que el ilícito ha ocurrido para restablecer las cosas a su estado anterior (*ex ante*)[38].

En la ejecutoria recaída en la Ejecutoria Suprema en el Exp. Nº 268-2000, se expone lo siguiente: "Que el monto de la reparación civil debe estar en función a la magnitud de los daños y perjuicios ocasionados, debiendo existir proporcionalidad entre estos y el monto que por dicho concepto se fija, (…) que la indemnización cumple una función reparadora y resarcitoria de acuerdo a lo establecido por el artículo noventa y tres y artículo ciento uno del Código Penal"[39].

No se puede hablar de una posibilidad de resarcimiento y/o de reparación, ante la naturaleza de los bienes jurídicos de naturaleza penal. La vida privada por un homicidio así como la integridad sexual del menor ultrajado no pueden ser restaurados a su estado anterior a la comisión del hecho delictuoso, en tanto esto es fáctica y jurídicamente imposible. En cambio, la pérdida del patrimonio, los daños provocados a un bien mueble sí pueden ser resarcidos, reparados e

(38) LÓPEZ HERRERA, E. Ob. cit., p. 41.

(39) TALLER DE DOGMÁTICA PENAL. *Jurisprudencia Penal*. Ob. cit., p. 316.

inclusive restaurados a su estado anterior, máxime, si los elementos intrínsecos de la reparación civil, son el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral. En rigor, solo este último puede tener cabida en ciertos eventos penalmente antijurídicos, cuyo fin axiológico no se corresponde con la naturaleza reparadora sino más bien compensatoria.

El denominado daño criminal y el daño civil constituyen dos círculos secantes, que coinciden en algunos casos (normalmente, en los delitos contra el patrimonio). Sin embargo, señala Antolisei(40) que en otros casos coinciden solo en parte o no coinciden en absoluto.

Como bien apunta Hirsch, la reparación no representa ni una sanción penal ni una consecuencia jurídico-penal independiente, ni algo similar(41); solo provoca un efecto mediato a favor del ofendido, esto es, la imposición de una suma dineraria por concepto de reparación civil(42). La pena se dirige esencialmente a la tutela de un interés público o social, mientras que el resarcimiento se orienta a la tutela de un interés privado(43).

La reparación civil no constituye pues un nuevo fin del Derecho Penal (*ein dritter Zweck*(44)), sino que se muestra como una acción que se refunde en el proceso penal, con la finalidad de instaurar en dicho procedimiento un concepto lato de la tutela jurisdiccional efectiva, en cuanto es legítimo derecho de las víctimas ser resarcidas por los daños causados como consecuencia de la conducta criminal.

El Derecho Penal, configurado como última ratio del ordenamiento jurídico, tiene por objeto los ataques más graves contra los bienes más importantes para el desenvolvimiento de la vida social. Los demás efectos que puedan derivar del hecho delictivo, es decir, la lesión de otros intereses jurídicos, deberán enjuiciarse conforme a las diferentes ramas del ordenamiento jurídico (Derecho Civil, Derecho Administrativo, etc.(45)).

IV. EL DAÑO COMO LESIÓN REAL Y CONCRETA Y LAS PRESCRIPCIONES NORMATIVAS APLICABLES

Como bien explica Vázquez Sotelo, para que sea resarcible el daño o perjuicio (que son conceptos equivalentes) es preciso que sea un daño real o actual y no

(40) ANTOLISEI, F. Ob. cit., p. 589.

(41) HIRSCH, H.J. "Acerca de la posición de la víctima". En: *Derecho Penal. Obras completas. Libro Homenaje*, p. 179.

(42) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*. Ob. cit., p. 446.

(43) ANTOLISEI, F. Ob. cit., p. 587.

(44) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*. Ob. cit., p. 447.

(45) ROIG TORRES, M. Ob. cit., p. 99.

meramente hipotético o posible, es decir, ha de ser un daño causado y directo, es decir, derivado inmediatamente del hecho delictivo y que tenga en él la única causa de producción(46).

Por eso podemos decir, que el daño es el centro de gravedad y el primer elemento de la responsabilidad civil(47). En tal sentido, solo habrá lugar a declarar la responsabilidad civil cuando nos encontremos ante una infracción que produzca daños, y la reparación, sea *in natura* o se convierta en indemnización, debe ser íntegra(48).

Si es que el actor civil renuncia a la calidad de parte o actor civil en el decurso del proceso penal, se encuentra plenamente legitimado para interponer la acción de indemnización extracontractual en la vía privada. Por consiguiente, nos preguntamos si algún juez civil podrá determinar la procedencia de dicha petición, cuando el actor no acredita la causación antijurídica de un daño en la esfera de sus bienes jurídicos. Creemos que eso no es posible, tanto por aspectos sustantivos como probatorios(49) de manera que no nos explicamos como en el proceso penal sí podría obtener una reparación civil, no obstante que la conducta delictiva no hubiese causado daño alguno, como en el caso de los delitos de peligro abstracto. Nótese que aquí no estamos frente a una tentativa de homicidio o de secuestro, donde sí podría admitirse la procedencia de la indemnización al existir un daño moral evidente, sino ante casos como la tenencia ilegal de armas, por ejemplo.

Asimismo, cabe agregar que la prescripción de la acción civil se determina conforme a las normas del Derecho Privado. Cuestión distinta es que esta ya no pueda perseguirse en el proceso penal al haberse extinguido la acción penal, tal como se colige del artículo 100 del Código Penal.

Siguiendo la línea argumental esbozada, estimamos que resulta fáctica y jurídicamente improcedente la imposición de una condena de reparación civil ante hechos delictivos, cuya entidad sustantiva no supone la exteriorización de un daño susceptible de resarcimiento. Es decir, resulta jurídicamente inconsistente insistir en una indemnización en los delitos de peligro abstracto, en tanto no se cumplen a cabalidad los presupuestos exigibles para la configuración de la responsabilidad civil conforme la a la normativa del Derecho Privado.

Como bien se expone en la doctrina, la responsabilidad civil resulta inherente a los delitos de lesión con resultado material, en los que se hayan producido daños o

(46) VÁZQUEZ SOTELO, J. L. Ob. cit., p. 150.

(47) LÓPEZ HERRERA, E. Ob. cit., p. 119.

(48) DE FUENTES BARDAJÍ, J. *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 233.

(49) Así, el artículo 196 del Código Procesal Civil.

perjuicios resarcibles a través del cauce del proceso seguido para la determinación de la responsabilidad penal(50). Hechos con estas características comportan una obligación extracontractual, lo que propicia consecuencias distintas a las jurídico-penales.

En tal sentido, rechazamos también la postura que defiende el pago de la reparación civil como una regla de conducta, sea en el marco de los sustitutivos penales o en el ámbito de los beneficios penitenciarios. Cuando se rechaza la procedencia de la libertad condicional por ejemplo, por no haberse cumplido con abonar el íntegro de la indemnización *ex delicto*, se vulnera la proscripción constitucional de prisión por deudas.

En el precedente vinculante emitido por las Salas Penales de la Corte Suprema recaída en el Acuerdo Plenario Nº 6-2006/CJ-116, Fundamento 10, se dice puntualmente lo siguiente: "(…). Como se ha dicho, el daño civil lesiona derechos de naturaleza económica y/o derechos o legítimos intereses existenciales, no patrimoniales, de las personas. Por consiguiente, aun cuando es distinto el objeto sobre el que recae la lesión en la ofensa penal y en el daño civil, es claro que, pese a que no se haya producido un resultado delictivo concreto, es posible que existan daños civiles que deban ser reparados".

Según la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil (extracontractual), los daños susceptibles de ser reparados pueden ser vistos desde una consideración material (v. gr. el daño causado en la integridad de un bien mueble por un incendio), por otro lado, aparecen daños inmateriales, espiritualizados, morales, esto es en el plano psicológico de la persona humana. Así, el artículo 1984 del Código Civil, al sostener que el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

En la doctrina civilista, se define al daño moral como una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho(51).

En la ejecutoria recaída en la Casación Nº 949-95-Arequipa, se expresó lo siguiente: "Que si bien no existe un concepto unívoco de daño moral, es menester considerar que este es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al

(50) CALDERÓN, A./ CHOCLÁN MONTALVO, J.C. *Derecho Procesal Penal*. p. 126; Así, RIFÁ SOLER, J. M. y otros; *Derecho Procesal Penal*. p. 57; de otra postura, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido y otro. Ob. cit., p. 769.

(51) LÓPEZ HERRERA, R. Ob. cit., p. 168.

de la realidad económica; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual".

Los daños morales son los únicos que pueden encontrarse en este rubro, que pueden tomar lugar en el ámbito del delito tentado, en acciones delictivas violentas donde pueden producirse daños psíquicos de consideración en la víctima, como una tentativa de violación.

Empero, cuestión distinta ha de verse en el caso de los delitos de peligro, pues bajo esta hipótesis no existen víctimas identificables. Aquí, el sujeto pasivo es la sociedad en su conjunto en tanto se tutela un bien jurídico supraindividual. ¿Cómo podría estimarse, cuantificarse y acreditarse daños inmateriales en sujetos abstractos e indeterminados? Ello constituiría un total despropósito.

En el precedente vinculante citado *supra*, se señala además que: "(…) se produce una alteración del ordenamiento jurídico, con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal –que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual–".

Sin duda, toda infracción delictiva como generadora de una perturbación social significativa, produce una alarma social y una afectación a un bien jurídico. En el caso de los delitos de peligro abstracto como la conducción bajo la influencia de alcohol y sustancias psicotrópicas[52], importa una lesión a normas, a entidades abstractas.

Sin embargo, ello no justifica una reacción punitiva, en tanto lo que sustenta la pena es la lesión de bienes jurídicos. La responsabilidad civil, como se ha venido sosteniendo, ha de justificarse cuando se exterioriza una conducta productora de un daño susceptible de resarcimiento. La infracción estrictamente normativa no resulta un dato suficiente para legitimar el derecho reparador.

V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL DERECHO PROBATORIO

Es sabido que quien alega hechos tiene el deber de probarlos, tal como se desprende del artículo 196 del Código Procesal Civil. Esta es una exigencia probatoria imposible de eludir por quien pretende que el órgano jurisdiccional le ampare en su pretensión.

(52) Vide al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte Especial.* Ob. cit., pp. 525-550.

Lo mismo sucede en el proceso penal, tanto respecto a la propia petición del sujeto damnificado (agraviado) como del representante del Ministerio Público, que solicitan una suma determinada de dinero por concepto de reparación civil. A la par que la pretensión punitiva, la pretensión resarcitoria requiere también que los aspectos que la comprenden estén debidamente individualizados y cuantificados, a partir de una valoración que ha de tomar lugar de forma independiente.

A efectos de una adecuada reparación civil, el demandante debe individualizar y fundamentar exactamente los daños, cuya indemnización pretende(53).

El artículo 93 del Código Penal dispone que la reparación comprenda la restitución del bien o, si no es posible el pago del valor del bien y la indemnización de los daños y perjuicios. Este último apartado a su vez refunde lo que se conoce como daño emergente, lucro cesante y el daño moral. Así, el Código Civil señala que la indemnización comprende la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

Conforme a lo anotado, cada uno de dichos aspectos ha de estar debidamente sustentado tanto respecto a los hechos como a las normas jurídicas, y el juzgador, en su decisión, deberá justificar por qué la suma es proporcional o no a cada uno de dichos aspectos. Ello, a efectos de una correcta administración de justicia en beneficio de las partes y de la misma sociedad. Una cosa es que el juez, en virtud del aforismo *iura novit curia*, aplique el derecho que corresponda y otra distinta es que se convierta en adivino de las pretensiones de las partes en el proceso(54).

Siguiendo la línea argumental esbozada, la pretensión resarcitoria que se pretenda incoar en una causa penal seguida por un delito de peligro abstracto, obliga al peticionante fijar con exactitud los fundamentos del daño moral, pues este sería el único que podría invocarse bajo esta hipótesis. Para ello, debe tenerse en cuenta que el agraviado es la sociedad.

Consecuentemente, no es suficiente sostener la posibilidad resarcitoria en los delitos de peligro abstracto, sino que debe señalarse correctamente dicha pretensión, que en rigor, según los principios y criterios fundamentales que explican la responsabilidad civil en el Derecho vigente, resulta inaplicable.

(53) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. cit., p. 254.

(54) Ídem.

La aplicación de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas

I. INTRODUCCIÓN

El hecho punible es atribuido a un sujeto infractor –penalmente responsable–, por haber lesionado y/o puesto en peligro bienes jurídicos fundamentales, dando lugar a una reacción jurídica legitimada: una pena en caso de los imputables y una medida de seguridad en caso de los declarados inimputables.

La pena se dirige a fines estrictamente preventivos (generales y especiales), mediando el despliegue de una comunicación sociopedagógica, dirigida esencialmente a evitar la comisión de delitos en el futuro (*punitur ne pecetur*). Empero, la política criminal que ha de perfilar el Estado contra la delincuencia no se agota en la sanción que recae sobre el sujeto infractor, sino que debe aparejar también otras instituciones sancionadoras que coadyuven a neutralizar la comisión de las conductas prohibidas.

La imputación jurídico-penal presupone dos aspectos a conocer: primero, el conjunto de reglas (prescripciones: prohibiciones y mandatos), que se plasman en los directivos de conducta contenidos en los enunciados penales (tipicidad penal) y, segundo, los sujetos capaces (destinatarios) de comportarse (motivarse normativamente) según los modelos conductivos a que hacen alusión los tipos penales.

Concretamente, anota Sánchez-Ostiz, si se imputa se parte de un sujeto que no se encuentra predeterminado, sino abierto a vincularse mediante reglas (de conducta); es más, que la persona se determina y determina el proceso que "acontece". Y, en igual medida, esa persona, como sujeto de conductas, no puede concebirse sin la existencia de un conjunto de reglas de imputación[(1)].

La previsión de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, importó la inclusión de una figura novedosa en el CP de 1991, entendiendo el

(1) SÁNCHEZ-OSTIZ, P. *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*. BdF, Buenos Aires-Montevideo, 2008, pp. 395-396.

legislador que en ciertas ocasiones los sujetos infractores se valen de las empresas o corporaciones, para perpetrar injustos penales.

Esto sucede cuando los órganos societarios que representan a estas unidades orgánicas, toman decisiones que contravienen la ley e inciden en la comisión de conductas delictivas.

Puede decirse que la imputación delictiva ya no puede ser vista desde la imagen de un sujeto singular e individualizado, sino como una imputación sistémica o "corporativa", cuando se emplea la fachada legal de la persona jurídica para incurrir en ilícitos penales(2). Se dice así, que la *societas* ha de ser neutralizada –como foco criminógeno–, para evitar que se siga instrumentalizando con el fin de perpetrar o encubrir conductas delictuosas.

La imputación jurídico-penal fue creada sobre la base de la visión de las personas psicofísicas, a individuos portadores de capacidades cognitivas y volitivas, necesarias para adecuar sus conductas conforme al sentido motivador de las normas jurídicas. Dicho plano ontológico de la imputación ha sido redefinido según las nuevas manifestaciones criminológicas, que han dado paso a nuevos rumbos de la política criminal, tomando en cuenta los medios de los que se valen los sujetos infractores para cometer delitos, redefiniendo posturas, en puridad, normativistas.

Así, en el caso de la criminalidad empresarial se avizora una perspectiva más amplia del régimen sancionador, determinando un doble plano: la sanción que ha de recaer sobre el sujeto infractor de la norma jurídico-penal y la aplicación de consecuencias accesorias contra la persona jurídica(3).

Es el propio funcionamiento de la corporación empresarial el que permite a sus órganos decisorios generar ciertas situaciones que son aprovechadas para cometer una serie de ilícitos, que lesionan intereses jurídicos dignos de tutela penal. Por ello, las consecuencias jurídicas no pueden agotarse en el sujeto infractor, sino que deben repercutir en el instrumento delictivo, como una vía reforzada de la prevención del delito, así como para garantizar las sanciones indemnizatorias.

Hoy en día, la criminalidad desarrollada al amparo de las sociedades es vasta y de un potencial criminógeno nunca antes visto, v. gr. mafias, carteles, criminalidad

(2) Así, Zúñiga Rodríguez, al sostener que los delitos cometidos en el ámbito de la empresa o en sistemas organizados, en realidad conllevan dos injustos: por un lado está el injusto de la empresa, el injusto de la organización, donde puede haber una actitud criminal de grupo o defecto en la propia organización y, por otro, el o los injustos de los individuos concretos que realizan conductas delictuosas dentro de la organización, aprovechándose de ella (dolo) o con imprudencia; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. "Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal". En: *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*. Ferré Olivé y Anarte Borrallo (coord.), 1999, pp. 230-231.

(3) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal económico*. Jurista Editores, Lima, 2009.

organizada, redes de tráfico de armas o drogas, etc. Se estima que su desarrollo tan espectacular se debe precisamente a la irresponsabilidad penal de las sociedades, pues muchas organizaciones criminales utilizan sociedades ficticias o de fachada para perpetrar sus ilícitos(4).

Sin duda, la lucha contra la delincuencia empresarial tiene como herramientas importantes las denominadas "consecuencias accesorias" aplicables sobre las personas jurídicas. Sin embargo, constatamos que aquellas han pasado a engrosar el ámbito del "Derecho Penal simbólico" o meramente decorativo, en tanto su aplicación es casi nula en sede judicial.

La judicatura penal, pese a contar con la base legal y los elementos de convicción suficientes para imponer esta clase de sanciones, no lo hacen, impidiendo que el régimen sancionador del Derecho Penal se materialice en toda su extensión, y provocando una merma en las finalidades preventivas.

II. MODELOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

En un nuevo modelo de **prevención delictiva**, a las sanciones penales tradicionales (la pena y la medida de seguridad), se suman otras basadas en la responsabilidad de una persona jurídica, que desde un plano formal es sujeto de derechos y obligaciones, tal como se desprende desde el ámbito del Derecho Público, nos referimos al Derecho Administrativo Sancionador, al Derecho Tributario y al Derecho Laboral.

En el campo estrictamente penal la persona jurídica es vista como un instrumento que es empleado por las personas físicas que ejercen sus órganos de representación, para la perpetración de hechos delictivos, desnaturalizando los fines sociales para los cuales fue creada.

Bajo tal contexto, el Derecho positivo, fijado desde las normas jurídico-penales, trata de abordar –desde una visión totalizadora– la forma como enfrentar esta criminalidad, sumando sanciones que no necesariamente pueden ser explicadas desde los derroteros de la política criminal. Con ello queremos fortalecer la idea –propuesta en otras investigaciones(5)– de que, según nuestro CP, las personas jurídicas no son pasibles de responsabilidad penal (*societas delinquiere non potest*), por motivos de estricta imputación individual y de acción, al margen de posiciones en puridad dogmáticas que se alejan de las prescripciones legales o de una visión de *lege lata*.

(4) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. Ob. cit., pp. 202-203.

(5) PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte general. Teoría general del delito, teoría de la pena y de las consecuencias jurídicas del delito*. Editorial Rodhas, Lima, 2009, pp. 1190-1196.

Un aspecto es proponer fórmulas dogmáticas para poner freno a la criminalidad empresarial y, otra muy distinta, interpretar la ley penal con arreglo a los dictados del principio de legalidad.

El papel de la doctrina es el de desentrañar en el propio Derecho positivo (penal y administrativo), mediante la hermenéutica correspondiente, los tipos de infracción sujetas a sanción, así como señalar al legislador la vía por la que debe discurrir en la tarea de tipificar nuevas conductas(6).

La naturaleza jurídico-administrativa de las consecuencias accesorias que recaen sobre la persona jurídica, se desprende del listado de sanciones glosadas a lo largo del artículo 105 del CP, como la clausura de locales, la prohibición temporal de actividades, la disolución y liquidación de la sociedad o de la asociación, etc., las cuales responden a consecuencias jurídicas privativas del Derecho Administrativo sancionador y del Derecho Comercial.

De ahí que su inclusión en la codificación punitiva responda a una unidad del modelo de prevención y de sanción, a una integración de la respuesta jurídica del Estado ante conductas desvaliosas infractoras de las normas, conforme al conjunto del Derecho sancionador.

El modelo de atribución de responsabilidad que incide sobre las personas jurídicas, al tener un carácter **administrativo**, es esencialmente **objetivo**, por lo que se configura al margen de la responsabilidad penal de los sujetos físicos que han de ser identificados como individuos responsables de la conducta delictiva. La Ley Nº 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General) y otras normas especiales siguen dicho modelo de atribución de responsabilidad, sea para una persona natural o jurídica.

El hecho de que las consecuencias accesorias sean dictadas por tribunales penales, no es un dato contradictorio; no olvidemos que es el juez penal quien también fija la indemnización extracontractual de naturaleza civil, conforme al artículo 92 del CP.

Cuestión muy aparte es que la imposición de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas, en el proceso penal, está condicionada a la responsabilidad penal de las personas que ejercen sus órganos de representación, acreditada, previo debido proceso, a través de una sentencia condenatoria: solo podrán imponerse

(6) BAJO FERNÁNDEZ, M. "Modelo para un Derecho Penal de las personas jurídicas". En: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. García Valdés et ál (coord.), volumen 1, 2008, p. 726.

cuando se haya declarado la culpabilidad de alguna persona por el hecho cometido y se haya impuesto una pena(7).

Lo anotado determina incidencias jurídico-materiales y jurídico-procesales importantes, en el sentido de que la no acreditación de responsabilidad penal de los órganos de representación en el procedimiento criminal, no anula la posibilidad de que la persona jurídica pueda ser sancionada en un procedimiento extrapenal (comercial, laboral, administrativo, etc.).

De este modo, se supera el obstáculo que plantea el principio del non bis in ídem desde el plano del sujeto de actuación: mientras que en el proceso penal son los individuos que representan a la empresa los que son sancionados, en el proceso administrativo es la persona jurídica la que es objeto de consecuencias jurídicas, por lo que no concurre la identidad del sujeto exigida en la garantía acotada(8).

Quienes postulan por la naturaleza jurídico-penal de las consecuencias accesorias(9) y parten del modelo de responsabilidad por "atribución", se encuentran con el escollo del principio material del non bis in ídem, pues no pueden explicar con suficiente solvencia cómo puede sancionarse dos veces a una misma persona, en lo que respecta a la sanción penal convencional y a las consecuencias accesorias.

Como explica Silva Sánchez, el modelo de responsabilidad por atribución a la persona jurídica presupone la comisión de un hecho delictivo por una de las personas físicas integradas en su seno, normalmente por alguna de las que integran sus órganos o la representan. Según tal modelo, la responsabilidad por el hecho delictivo se **transfiere** a la persona jurídica, en la medida en que se considera que los actos de dichos órganos, en virtud de la relación fundacional existente entre estos y aquella, son también, de esta última(10).

Es mediando el modelo de la **transferibilidad** que se aplica la responsabilidad penal a las personas físicas que asumen la dirección de los órganos de representación

(7) RAMOS GANCEDO, D. et ál. *Comentarios al Código Penal*. Volumen 2, Conde-Pumpido Tourón (dir.), López Barja de Quiroga (coord.), Bosch, Barcelona, 2007, p. 856.

(8) Así, Silva Sánchez, al anotar que parece dominante la postura que entiende compatible la sanción penal a las personas físicas con la sanción administrativa a la persona jurídica, con base en el argumento de la divergencia del sujeto activo; SILVA SÁNCHEZ, J. M. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal español". En: *La responsabilidad de las personas jurídicas, órganos y representantes*. ARA, Lima, 2002, p. 173.

(9) Así, Zulgadía Espinar, para quien las consecuencias accesorias del artículo 129 son auténticas penas; ZULGADÍA ESPINAR, J. M. *Las "consecuencias accesorias" aplicables como penas a las personas jurídicas en el CP español*, p. 3.

(10) SILVA SÁNCHEZ, J.M. Ob. cit., p. 161.

de la persona jurídica, según la cláusula del "actuar en lugar de otro", contenida en el artículo 27 del CP[11].

Empero, lo que se propone con la postura de responsabilidad por "atribución" es lo contrario de transferir los elementos de imputación (objetivos y subjetivos) de las personas físicas a la persona jurídica. Así, Silva Sánchez señala que mientras la transferencia de los aspectos **objetivos** que fundamentan tal responsabilidad podría no plantear problemas, no parece fácil fundamentar una transferencia de los elementos **subjetivos** de las personas físicas actuantes a la persona jurídica, que compense los déficits subjetivos de esta última[12].

El modelo de responsabilidad por el hecho propio no requiere de una transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad de las personas naturales que se integran en la estructura organizativa de la empresa. Es una responsabilidad de estructura "anónima" en cuanto a la intervención individual, aunque, de todos modos, resulte compatible con la atribución de responsabilidad individual a las personas físicas que realizaren directamente la actuación delictiva[13].

Como se ha sostenido, la persona colectiva constituye un centro de atribución de derechos y obligaciones, según una serie de prescripciones normativas contempladas en varias esferas del ordenamiento jurídico, importando un ente distinto a sus miembros, tal como se desprende del artículo 78 del Código Civil y de la Ley General de Sociedades.

Por ende, la responsabilidad administrativa y/o comercial en la que pueda incurrir es independiente de la responsabilidad penal que pueda atribuirse a las personas físicas, que la representan o integran sus órganos societarios.

III. COMENTARIOS AL ACUERDO PLENARIO Nº 7-2009/CJ-116

En el Acuerdo Plenario Nº 7-2009/CJ-116 (fundamento 8), se dice cuáles son los factores que explicarían la actitud de los jueces nacionales de inaplicar las consecuencias accesorias contra las personas jurídicas.

En primer lugar, la ausencia de reglas específicas de determinación y fundamentación en el CP, que solo enumera las sanciones aplicables y señala de modo muy general los presupuestos generales para su utilización concreta. Y, en segundo lugar, la carencia de normas procesales precisas en el C de PP, que guarden armonía con las exigencias de la ley penal material, para emplazar e incorporar procesalmente a las personas jurídicas involucradas en el hecho punible.

(11) PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte general.* Rhodas, Lima, 2007, pp. 240-243.

(12) SILVA SÁNCHEZ, J. M. Ob. cit., p. 169.

(13) Ibídem, p. 165.

En cuanto a los criterios para su aplicación, disentimos de los señalados por la Corte Suprema, pues parten de premisas o presupuestos que se refunden en todo el ámbito del Derecho Público sancionador, y se derivan de aquellos glosados en los artículos 45 y 46 del CP[14], debiéndose agregar otros en virtud de la naturaleza jurídica de las cosas.

Sobre su naturaleza jurídica, siguiendo a Zúñiga Rodríguez, se dice que no son penas accesorias como la de inhabilitación. No son pues un complemento dependiente o accesorio a una pena principal que se imponga al autor del delito. Su calidad accesoria, vicaria o paralela deriva, más bien, de un requisito o condición esencial que implícitamente exige la ley para su aplicación judicial, cual es la necesaria identificación y sanción penal de una persona natural como autora del hecho punible en el que también resulta conectada, por distintos y alternativos niveles de imputación, un ente colectivo.

Las sanciones a ser adoptadas en el seno de la persona jurídica no tienen que ver con el sujeto pasible de imputación; la orientación de la política criminal de las consecuencias accesorias detentan su propia finalidad, sin embargo, su aplicación sí está condicionada a la verificación del injusto atribuible a los agentes del delito y es complementaria de las sanciones personales.

Para Hurtado Pozo, su naturaleza permite pensar que se trata de sanciones impuestas a las personas jurídicas de manera simulada[15], pero no con el objetivo de encubrir su reconocimiento como portadoras de responsabilidad penal. Como bien acota Peña Cabrera, la imposición de las consecuencias accesorias en modo alguno conducen al reconocimiento que las personas jurídicas poseen responsabilidad penal[16].

Son, entonces, accesorias, no porque acompañen siempre a una pena o medida de seguridad, sin necesidad de su previsión específica, sino porque su imposición no es posible al margen de aquellas[17], con la finalidad de evitar la continuación

(14) La Corte Suprema en el fundamento 16 ha propuesto los siguientes criterios: A) prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas. B) La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible. C) La gravedad del hecho punible realizado. D) La extensión del daño o peligro causado. E) El beneficio económico obtenido con el delito. F) La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible. G) La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica; y, H) La disolución de la persona jurídica se aplicará siempre que resulte evidente que ella fue constituida y opera solo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

(15) HURTADO POZO, J. "Personas jurídicas y responsabilidad penal". En: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Hurtado Pozo (coord.), 1997, p. 150.

(16) PEÑA CABRERA, R. *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general*. Grijley, Lima, 1995, p. 696.

(17) GUINARTE CABADA, G. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 666.

de la actividad delictiva desarrollada por medio de dichos entes sociales[18] (los fines criminológicos se encuentran latentes en dicha institución).

IV. ALCANCES Y LIMITACIONES DEL ARTÍCULO 105 DEL CP

El Tribunal Supremo, tomando en cuenta las modificaciones producidas al artículo 105 del CP, ha definido ciertos presupuestos y/o criterios para la imposición de las consecuencias accesorias, entre los cuales destaca:

A. Que se haya cometido un hecho punible o delito. El injusto típico perpetrado en su faz subjetiva, puede ser atribuido a título de dolo o de imprudencia, pudiendo abarcar un delito de resultado o de peligro.

Según un entendimiento estricto de este criterio habría que negar la imposición de consecuencias accesorias ante la hipótesis de un **delito tentado**; máxime si la lesión concreta de intereses jurídicos parece ser un dato fundamental para la adopción de estas sanciones jurídicas[19].

En lo referente al **título de participación delictiva**, consideramos que el hecho de que el sujeto infractor haya sido condenado a título de autor o de partícipe (instigador o cómplice) no determina, por sí misma, la validez de la consecuencia jurídica; lo que interesa acá es que el agente se haya servido de la persona jurídica para la comisión del hecho punible, al margen de la intensidad del título de participación.

B. Que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito. Este presupuesto es elemental, tomando en cuenta el factor criminógeno de la corporación. Podemos hablar así de un vínculo societario de imputación, cuya no verificación imposibilita la imposición de las consecuencias accesorias a la persona jurídica.

C. Que se haya condenado penalmente a la persona individual y específica por el delito. Este presupuesto exige una resolución de condena con la calidad de cosa juzgada, en mérito de la cual se haya acreditado fehacientemente la responsabilidad penal del autor o partícipe del hecho punible. Debe acreditarse, asimismo, que el acusado se valió de la corporación para la comisión del injusto penal, lo que importa una vinculación personal que condiciona la adopción de estas consecuencias jurídicas en el proceso penal. Tal como lo aseveramos líneas

(18) SALAS CARCELLER, A. "Consecuencias accesorias". En: *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996, p. 395.

(19) Vide, al respecto, SILVA SÁNCHEZ, J. M. Ob. cit., pp. 194-195.

atrás, la absolución del imputado no es óbice para que en la vía administrativa la persona jurídica pueda ser pasible de una sanción.

Punto importante es el efecto que irradia el principio de **proporcionalidad** en la aplicación de las consecuencias accesorias, como regla fundamental que prohíbe la arbitrariedad jurisdiccional, a lo cual debemos adicionar el principio de **necesidad** y de **adecuación**, que requieren de una debida motivación en la sentencia. La adopción de la consecuencia jurídica no solo debe estar prevista en ley pertinente (principio de legalidad), sino que esta debe ser necesaria para lograr los fines propuestos en la norma, debe ser indispensable y no existir un mecanismo menos lesivo que pueda garantizar aquellos.

En el fundamento 17, el Acuerdo Plenario acotado señala: "(…) el órgano jurisdiccional deberá evaluar en cada caso la necesidad especial de aplicar una consecuencia accesoria en los niveles de equidad cualitativa y cuantitativa que correspondan estrictamente a las circunstancias del suceso sub júdice y según los criterios de determinación anteriormente detallados. Ello implica, pues, que excepcionalmente, el juez puede decidir omitir la aplicación de tales sanciones a una persona jurídica cuando lo intrascendente del nivel de intervención e involucramiento del ente colectivo en el hecho punible o en su facilitación o encubrimiento, hagan notoriamente desproporcionada su imposición".

No basta solo con atender al principio de proporcionalidad, sino que además la medida debe estar orientada a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de esta[20]. Debe hacerse aquí una ponderación entre los riesgos de futuro y los daños que se han de causar con la intervención penal a la empresa afectada[21].

V. CONSECUENCIAS ACCESORIAS Y PROCESO PENAL

Como toda sanción jurídica, la efectiva adopción de consecuencias accesorias no puede escapar de las garantías del Estado Constitucional de Derecho, que establece un procedimiento que ha de velar por los derechos fundamentales de las partes involucradas.

Primero, como se tenido la oportunidad de acotar, la imposición de las consecuencias jurídicas se encuentra supeditada a una sentencia de condena, donde los sujetos infractores sean sancionados con una pena o medida de seguridad. Segundo, las consecuencias accesorias recaen sobre una persona jurídica distinta a las personas naturales que ejercen sus órganos de representación.

(20) RAMOS GANCEDO, D. Ob. cit., p. 856.

(21) SILVA SÁNCHEZ, J. M. Ob. cit., p. 202.

Por consiguiente, si hemos convenido en la no atribución de responsabilidad penal de la *societas*, las sanciones que puedan imponerse sobre ella inciden en una situación jurídico-procesal diferente que da lugar al reconocimiento de un sujeto procesal distinto a los imputados, a quienes se les atribuye haber cometido un injusto penal.

Así, aparece la figura del tercero civil responsable, que puede ser una persona natural o una persona jurídica, pues no se exige para tal efecto los mismos requisitos para ser considerado sujeto **penalmente responsable***,* sino criterios de responsabilidad civil, es decir, el cumplimiento de presupuestos derivados del Derecho Privado.

El tercero civil responsable es una persona que no ha participado de forma alguna en la realización del evento delictivo, pero que en razón de estar vinculado legalmente con el imputado –directa o subsidiariamente–, posee responsabilidad de naturaleza civil(22).

Entonces, la persona jurídica puede ingresar al proceso penal, visto desde un doble plano: para garantizar el pago por concepto de reparación civil, cuando los bienes del condenado no sean suficientes para cubrir la suma indemnizatoria a favor de la víctima; y como sujeto pasivo de las consecuencias accesorias, según lo previsto en el artículo 105 del CP.

Como toda norma sustantiva, el CP no regula el procedimiento de ingreso de la persona jurídica al proceso penal, ni las garantías y derechos procesales que se le debe reconocer. El C de PP, de vetusta formación, no contempló nada al respecto; situación que cambia con el nuevo CPP, que prevé en su artículo 90 lo siguiente: "Las personas jurídicas, siempre que sean pasibles de imponérseles las medidas previstas en los artículos 104 y 105 del Código Penal, deberán ser emplazadas e incorporadas en el proceso, a instancia del Fiscal".

Se necesita, pues, de un requerimiento formal por parte de la administración de justicia (a solicitud del persecutor público) hacia la persona jurídica, la cual a tales efectos, ingresará al procedimiento penal a manera de un tercero civil responsable(23).

La imposición de consecuencias jurídicas requiere que la persona afectada (persona jurídica), pueda hacer valer sus derechos, comprendidos en los supraconceptos de debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva. Lo que se quiere

(22) PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal.* Tomo I, Rhodas, Lima, 2009, p. 476.

(23) Ibídem, p. 439.

evitar, en todo caso, es un probable estado de indefensión, desdeñable según los axiomas que construyen el modelo acusatorio-garantista.

Así como el imputado tiene el derecho de refutar o desvirtuar las aseveraciones fácticas que propone el fiscal en su escrito de acusación (teoría del caso), asimismo, la persona jurídica, a través de sus representantes y/o apoderados, tiene también el derecho de proponer una argumentación fáctica y jurídica, tendiente a contradecir la necesidad de que su representada sea pasible de las consecuencias accesorias, alegando, por ejemplo, que la empresa no fue el medio que empleó el imputado para perpetrar el delito, que a pesar de su utilización como foco criminógeno no resulta indispensable su adopción con arreglo al principio de proporcionalidad, etc.

En tal sentido, el artículo 93 del nuevo CPP establece: "La persona jurídica incorporada en el proceso penal, en lo concerniente a la defensa de sus derechos e intereses legítimos, goza de todos los derechos y garantías que el Código concede al imputado".

En el fundamento 20 del Acuerdo Plenario precitado, se expone al respecto lo siguiente: "En lo que atañe a nuestro sistema jurídico las consecuencias accesorias, por su efectividad sancionadora, deben, también, aplicarse en el marco de un proceso penal con todas las garantías. La persona jurídica, entonces, tiene que ser emplazada y comparecer ante la autoridad judicial por su apoderado judicial con absoluta capacidad para ejercer plenamente el conjunto de los derechos que dimanan de las garantías de defensa procesal –derecho de conocimiento de los cargos, de asistencia letrada, de defensa material o autodefensa, de no autoincriminación y al silencio, de prueba, de alegación y de impugnación– y de tutela jurisdiccional –en especial, derecho a una resolución fundada y congruente basada en el derecho objetivo y derecho a los recursos legalmente previstos–".

Sabedores que la aplicación del nuevo CPP es de naturaleza progresiva, pues no todos los distritos judiciales cuentan aún con dicha herramienta procesal, resultaba importante fijar criterios operativos a ser tomados en cuenta en aquellas circunscripciones territoriales, donde aún esta vigente el C de PP. Es así que la Corte Suprema ha considerado los siguientes:

"A.El Fiscal Provincial ha de incluir en su denuncia formalizada o en un requerimiento fundamentado en el curso de la etapa de instrucción a las personas jurídicas involucradas en el hecho punible imputado, incorporando en lo procedente los datos y contenidos a que alude el artículo 91.1 del NCPP, necesarios para su identificación y el juicio de imputación correspondiente a cargo del Juez Penal.

B. La persona jurídica denunciada ha de ser comprendida en el auto de apertura de instrucción o en auto ampliatorio o complementario en condición de sujeto pasivo imputado. En esta resolución, que deberá notificársele a la citada

persona jurídica, el Juez Penal dispondrá que ella designe un apoderado judicial en iguales términos que los referidos en el artículo 92 del NCPP".

Consideramos acertado que se incluya en el procedimiento penal a la persona jurídica desde la formalización de la denuncia –como sujeto pasivo de consecuencias accesorias–. Sin embargo, puede suceder que en algunos casos el fiscal no pueda acopiar las evidencias necesarias en el marco de la investigación preliminar, y estas aparecer recién en el decurso de la instrucción. En tal caso, será el juez penal el que, a solicitud del fiscal o de oficio, incorpore a la persona jurídica al proceso penal; máxime, si según las estipulaciones legales comprendidas en el C de PP, el juzgador cuenta con funciones investigativas.

En consecuencia, la inclusión de la persona jurídica por parte del fiscal en la formalización de la denuncia penal, no puede ser vista como una condición indispensable para poder comprenderla como sujeto pasivo de las consecuencias accesorias.

Lo acotado tiene también repercusión en el caso del nuevo CPP, en el sentido de que el fiscal, que formaliza la investigación preparatoria, tiene la potestad de solicitar al juez la inclusión de la persona jurídica al proceso como sujeto pasivo de imputación, a pesar de no haberlo solicitado conjuntamente con la comunicación de su decisión formal de continuar con las investigaciones preparatorias, conforme lo dispone el artículo 336.3 del NCPP; situación que genera la necesidad de ampliar la denuncia por parte del persecutor público.

Conviene subrayar, a este respecto, que los representantes legales de la persona jurídica no tienen por qué coincidir con las personas físicas a quienes se les imputa la comisión del delito(24). En definitiva, si a estos últimos se les atribuye una imputación criminal, lo más adecuado es que comparezcan en juicio personas ajenas a dicha atribución de disvalor antijurídico.

C. La persona jurídica procesada tiene, en lo pertinente, los mismos derechos y garantías que la ley vigente concede a la persona imputada durante la instrucción y el juicio oral. El derecho de impugnación, de ofrecimiento de prueba, de contradecir la imputación, de no autoincriminación, de mantenerse en silencio, etc., constituyen el abanico de garantías que deben ser respetadas por la Fiscalía y la judicatura.

Un aspecto que podría ser controvertido es si la declarada "rebeldía" de la persona jurídica, pese a haber sido incorporada formalmente al proceso penal, sería o no obstáculo para que el órgano jurisdiccional imponga las consecuencias accesorias pertinentes. De una lectura integral del artículo 93.2 del NCPP, se infiere que no existe impedimento para ello. No se pueden asimilar las incidencias

(24) SILVA SÁNCHEZ, J. M. Ob. cit., p. 202.

jurídico-penales de la pena privativa de libertad, que afecta la libertad locomotora de un ciudadano, con la privación de ejercer una actividad empresarial.

D. La acusación fiscal, si correspondiere, debe pronunciarse específicamente acerca de la responsabilidad de la persona jurídica. En su caso, solicitará motivadamente la aplicación específica de las consecuencias accesorias que corresponda aplicar a la persona jurídica por su vinculación con el hecho punible cometido(25). En todo caso, corresponderá al órgano jurisdiccional el control de la acusación fiscal en orden con la intervención en el juicio oral de la persona jurídica.

El fiscal es quien ejerce la pretensión punitiva, y con ella también las demás pretensiones: la resarcitoria y aquella que se dirige a la imposición de consecuencias accesorias (administrativas), de forma que ha de sustentar debidamente, en su escrito de acusación, las pruebas que acreditan que la persona jurídica fue el medio que se sirvió el imputado para la comisión del hecho punible, y que de acuerdo a la gravedad del hecho y de los deberes infringidos, resulta necesaria la imposición de una particular consecuencia accesoria (principios de proporcionalidad y necesidad).

Todo ello sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional, en sede de control de la acusación, pueda verificar la concurrencia de los presupuestos que reglan la inclusión y posible sanción de la persona jurídica en lo que respecta a las consecuencias accesorias. Los aspectos a ser analizados en el control de la acusación, se encuentran detallados en el Acuerdo Plenario Nº 6-2009/CJ-116(26).

E. La persona jurídica deberá ser emplazada con el auto de enjuiciamiento, pero su inasistencia no impide la continuación del juicio oral. El juez o sala penal competente, de ser el caso, impondrá la consecuencia accesoria que resulte pertinente al caso con la debida fundamentación o la absolverá de los cargos. Rige en estos casos el principio acusatorio y el principio de congruencia procesal o correlación.

El debido emplazamiento de la persona jurídica, como sujeto pasivo de imputación, no debe ser entendido como una mera formalidad, sino como la vía

(25) De igual forma, su acogimiento por parte del Tribunal de instancia, amerita su debida **motivación**, debe explicar en detalle los motivos en que funda su decisión, tanto en los hechos, el derecho y el material probatorio, así como el porqué de la gravedad de la medida, en consonancia con los principios de **proporcionalidad** y de **razonabilidad**; vide GUINARTE CABADA, G. Ob. cit., p. 667.

(26) Así, se dice en el fundamento 9 que dicho control en el ámbito del C de PP, ha de incidir en aquellos aspectos circunscriptos a los juicios de admisibilidad y procedencia, sin que sea dable realizar análisis probatorio alguno ni emitir pronunciamientos sobre el fondo, salvo expresa autorización legal y en la medida que no genere indefensión material en perjuicio del acusador; asimismo, puede incidir en los presupuestos procesales, referidos al órgano jurisdiccional –la jurisdicción y competencia penales– y a la causa –excepciones procesales–. Desde luego, se dice en el fundamento 11, el órgano jurisdiccional puede instar de oficio el trámite de su decisión, pero antes debe conceder a las partes la oportunidad para que se pronuncien al respecto.

arbitrada que permite garantizar la defensa material y técnica de la corporación involucrada, así como su debida identificación en el juzgamiento.

En la doctrina española (y respecto al artículo 129 del Código Penal español), se señala que la solución a adoptar –una vez formulados los escritos de acusación o calificaciones provisionales que contengan la solicitud de imposición de alguna de dichas consecuencias– habrá de partir de dar traslado de los mismos a los titulares o representantes interesados a fin de que puedan comparecer en la causa con la correspondiente representación procesal, formulando escritos en defensa de su posición jurídica acerca de los hechos que se discuten y la procedencia de la medida solicitada, asistiendo a juicio como una parte más –asimilada a la figura del tercero responsable civil– con posibilidad de recurrir la resolución que imponga tales consecuencias perjudiciales a su derecho(27).

Si la pretensión punitiva es una potestad de la cual se encuentra investido el persecutor público, también lo serán todas aquellas pretensiones que presupongan un estado de coerción o de afectación a derechos subjetivos, en este caso, las consecuencias accesorias, que pueden privar de derechos societarios y comerciales a la *societas*.

El juzgador, en estricto respeto al principio de congruencia no puede imponer una consecuencia accesoria distinta a la peticionada por el fiscal, no solo por respeto al principio acusatorio, sino por la afectación directa de los principios de defensa y contradicción(28); de lo contrario, estaríamos ante una sentencia sorpresiva y con afectación al principio acusatorio(29), puesto que el juzgador cumpliría las funciones del persecutor público.

(27) SALAS CARCELLER, A. Ob. cit., p. 400.

(28) Vide, más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. Ob. cit., pp. 408-418.

(29) Así, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. Ob. cit., pp. 6-7.

Los casos Barrios Altos y La Cantuta
El delito de homicidio agravado en el marco de la autoría mediata en las estructuras organizativas de poder

I. A MODO DE APROXIMACIÓN

La violencia institucionalizada que importa el Derecho Penal solo será legítima en cuanto se oriente a la tutela de los bienes jurídicos fundamentales. No constituye ello una proclamación lírica cargada de puro simbolismo, sino la afirmación del contenido esencial de los derechos humanos, de conformidad con una consagración *ius* constitucional. El CP de 1991 se corresponde con una función teleológica y preventiva a la vez, conforme se desprende de sus principios rectores, anclados en su Título Preliminar. El Derecho Penal, entonces, no se dirige a cautelar la reserva moral de un pueblo, ni tampoco a la preservación política del régimen de turno, sino a la protección de aquellos intereses jurídicos que, por su relevancia en el orden de valores comprendidos en la Ley Fundamental, merecen protección punitiva, a fin de mantener una coexistencia social pacífica, en cuanto a un orden social reglado por la justicia y el Derecho. En este contexto, la función básica del Derecho Penal de protección de bienes jurídicos debe asumir hasta sus últimas consecuencias la "secularización del instrumento punitivo del Estado", en este sentido la plena asunción de los principios de libertad y tutela, propios del Derecho Penal del Estado Democrático de Derecho, debe comportar la superación de concepciones jurídico-penales ancladas en principios de moralidad o eticidad de las respuestas punitivas(1).

En efecto, la intervención del Derecho Penal solo será lícita mientras se identifiquen concretos estados de lesión y/o una conducta con aptitud seria de lesión a un bien jurídico de relevancia para con el individuo o la sociedad; ello apunta a identificar el contenido material que debe acreditarse cuando hablamos de

(1) MORALES PRATS, F. "Las formas agravadas de homicidio: problemas de fundamentación material y cuestiones técnico-jurídicas". En: *Delitos contra la vida e integridad física*. Director: José Luis Díez Ripollés, pp. 255-256.

antijuridicidad material, que se divide en dos planos, a saber: primero, el desvalor de la acción, la realización de un riesgo no permitido que pueda crear un estado real de aptitud de afectación (tentativa, delitos de peligro) y, segundo, el disvalor del resultado, expresando una determinada magnitud de afectación en el contenido esencial del interés protegido (estados de perfecta realización típica); en tal medida, las bases materiales acogidas por el legislador en el texto punitivo de 1991, dan lugar a un Derecho Penal del acto en correspondencia con una culpabilidad por el acto. Dicho de otra manera: el disvalor de la acción y el disvalor del resultado, que suponen la imputación de riesgos y de resultados, constituyen la base material que legítima la intervención del Derecho Penal en un orden democrático de Derecho, por lo que su intervención en meras desobediencias administrativas o en ámbitos revestidos por la ideologización ética implica su deslegitimación, a su vez su desgaste nominal, de acuerdo a la posición adoptada.

La postura tomada se engarza con los ideales *ius* filosóficos de un Estado Social y Democrático de Derecho, tal como se desprende de sus dispositivos legales de relevancia; por lo tanto, los valores que se contemplan en sus primeros numerales, ameritan una tutela decidida por parte del Estado, sobre todo, por el Derecho punitivo, de acuerdo a los principios de subsidiariedad, de última ratio y de mínima intervención; entre dichos bienes jurídicos, la vida se constituye en el sillar edificativo de toda la pirámide normativa, conforme a un planteamiento humanista. Qué duda cabe que la vida humana se erige como la plataforma esencial del individuo para que pueda lograr el desarrollo del resto de sus bienes jurídicos más importantes; "(…), constituye como afirma Peña Cabrera, la fuente de los demás derechos del hombre"[(2)]. Supone la piedra angular de todo el sistema jurídico-estatal en su conjunto, tal como lo ha consagrado el legislador en el artículo 1 de la Constitución Política del Estado. *Conditio* sine qua non para que el ciudadano pueda alcanzar su autorrealización personal y, a su vez, pueda participar en concretas actividades socioeconómicas-culturales.

La vida ha sido elevada desde siempre como el valor preponderante de los bienes jurídicos; se sitúa en el umbral de la jerarquía normativa que ha de guiar toda la política jurídica del Estado; pues su debida protección no es privativa del Derecho Penal, conforme se desprende del resto de parcelas del ordenamiento jurídico[(3)], de común idea con el principio de unidad sistemática. En tal virtud, su tutela penal ha sido la constante en los textos penales, que se han construido en los últimos siglos de la era moderna; por ello, los delitos de homicidio y sus derivados reciben, por lo general, la mayor severidad en la respuesta punitiva.

(2) PEÑA CABRERA, Raúl. *Estudios de Derecho Penal. Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*. Editorial San Marcos, Lima, 1997, p. 59.

(3) Así, GRANADOS PÉREZ, C. "Objeto material en los delitos contra las personas". En: *Delitos contra las personas*. Consejo General del Poder Judicial, p. 244.

Las únicas posibilidades en que puede resultar legítima la muerte de una persona se comprenden el marco de los preceptos autoritativos, v. gr., la legítima defensa, el estado de necesidad justificante y, en casos extremos, el ejercicio de un oficio[4] o cargo[5], más inaceptable en cuanto a la obediencia debida; así también, cuando el hecho sigue siendo típico y antijurídico, pero exonerado de responsabilidad penal, al concurrir un estado de inexigibilidad (estado de necesidad disculpante y miedo insuperable). El caso de la pena de muerte es un punto aparte, pues si bien nuestra Ley Fundamental señala que dicha sanción punitiva es aplicable en el caso por el delito de traición a la patria en caso de guerra exterior, no es menos cierto que dicha proclamación no ha tenido un desarrollo legal que pueda legitimar su imposición, máxime, cuando en casos de terrorismo no resulta factible tampoco concretar dicha pena, de acuerdo a las previsiones legales vigentes del CP, así como de sus principios rectores, de común idea con los tratados y convenios internacionales sobre la materia que han sido suscritos y ratificados por el Estado peruano, legislación de Derecho Internacional Público, que se adscribe, qué duda cabe, en una corriente abolicionista, tal como se concibe en el constitucionalismo social que se adopta en la Constitución Política. Por consiguiente, reincorporar la pena de muerte en el Derecho positivo nacional constituye un real despropósito, tanto por factores preventivos como por razones *ius* fundamentales[6].

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. Es de recibo que la denominada "sociedad de riesgo" (*Risikogesellschaft*) ha desencadenado la construcción de técnicas de intervención penal que se traducen en dos puntos fundamentales: la herramienta de los delitos de peligro abstracto y la conformación de bienes jurídicos supra-individuales, de acuerdo a una modernización del Derecho punitivo, que se condice con las nuevas estructuras de la sociedad moderna. Legitimidad que se determina por las funciones esencialmente preventivas que debe desplegar la norma jurídico-

(4) De conformidad, con los principios de proporcionalidad y prohibición de exceso. PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. "Derecho Penal. Parte General", pp. 471-474.

(5) En el caso del consentimiento, solo podría admitirse que dicha causa de justificación elimina la antijuridicidad penal de la conducta, si es que se reconoce a la vida humana como un bien jurídico "disponible", para su titular; empero, la *lege lata* impide dicho reconocimiento, pues de no ser así, no se explicaría por qué el homicidio a ruego y la ayuda al suicidio, si bien son figuras atenuadas, reciben de todos modos una respuesta punitiva. Ibíd, p. 486. Como expresa GONZÁLEZ RUS, aunque el sujeto cuente con la autorización de la víctima, el delito se comete, pues el consentimiento no determina ni la exclusión de la tipicidad ni de la antijuricidad; "Del Homicidio y sus formas", p. 43.

(6) Ver más al respecto en mi artículo "La pena de muerte. Expresión acabada de todo un proceso de degradación del sistema penal". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 144, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2005, pp. 265-272.

penal a fin, precisamente, de evitar la comisión reiterada de conductas delictivas; basado, claro está, en datos sociológicos, lo que permite la integración entre la norma y la sociedad, lo cual no puede ser concebido como un "maximalismo" del Derecho Penal o como un pretendido "eficientismo", cuyas coordenadas de política penal pueden dar lugar a corrientes irreflexivas e inconsecuentes con los principios rectores –antes anotados–; por lo tanto, la legitimidad de un Derecho Penal moderno es incuestionable, pues ante la aparición de nuevos riesgos, sobre los bienes jurídicos preponderantes no queda más opción que el *ius puniendi* intervenga, a fin de contenerlos, a partir de una consideración "preventiva".

Ahora bien, esta política criminal, o mejor dicho, la creación normativa de bienes jurídicos supraindividuales, no tiene una justificación autonómica, como se podría pensar, en el sentido, de que la aparición de estos intereses colectivos debemos relacionarla con los bienes jurídicos privativos de la persona humana. Es que el medio ambiente, la salud pública o la seguridad pública revelan una íntima vinculación con la vida, el cuerpo y la salud, pues la necesidad de un orden ecológico adecuado y sostenible adquiere concreción material en cuanto plataforma esencial para la realización plena de los intereses jurídicos personales. Asimismo, cuando se tipifica penalmente conductas como la conducción en estado de ebriedad, así como la tenencia ilegal de armas en el fondo se está anticipando la barrera de intervención del Derecho Penal a estadios previos de lesión, a efectos de prevenir su real afectación y, si esto se produce en realidad, puede que la tipificación penal preponderante sea la del delito convencional, ante un conflicto aparente de normas. Mas lo importante a todo esto es que se dice que dichos intereses colectivos son bienes jurídicos "intermedios", en tanto no tienen una función propia, sino que se legitiman en cuanto identifican estados de tutela hacia los bienes nucleares. Los bienes jurídicos supraindividuales deben valorarse conforme a una visión funcional y personalista del individuo, esto es, estos intereses jurídicos merecen protección punitiva en la medida que tienen una referencia individual(7).

Por otro lado, cabe destacar otra orientación político-penal, referida a la profusa neocriminalización que ha seguido el legislador en las últimas décadas; cuestión que da lugar a los fenómenos del "punitivismo" y del "inflacionismo penal", postura que se expresa en la incorporación de nuevos tipos penales, la introducción de nuevas circunstancias agravantes y en la exasperación de los marcos penales. Proyección normativa que ha terminado por socavar el principio de jerarquización de los bienes jurídicos a tutelar, pues resulta ahora que la libertad personal, la intangibilidad sexual y el patrimonio son más importantes que la "vida humana",

(7) PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. "La política criminal en la sociedad de riesgo". En: *Modernas Tendencias de Dogmática Penal y Política Criminal.* Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez. Director: José Urquizo Olaechea. Ideosa, Lima, 2007, p. 693.

pues como se advierte de las continuas reformas que han tomado lugar en tiempos recientes, desde la dación de los denominados "delitos agravados" hasta el Decreto Legislativo Nº 982 de julio del 2007, los marcos penales de dichas tipificaciones legales suponen una mayor pena con respecto a los delitos de homicidio y sus derivados, lo que contraviene los principios de lesividad, de proporcionalidad y de culpabilidad. Estado de la cuestión que ha de explicarse conforme a la utilización funcional y política que hace el legislador del Derecho Penal, sobre todo en coyunturas de especial conmoción pública, es decir, la actuación criminalizadora del Parlamento tiene que ver con una respuesta inmediata que se descarga ante la demanda punitivista de la población, lo que ha conducido al fenómeno de la "irracionalidad penal".

II. LOS DELITOS DE HOMICIDIO EN EL CP DE 1991

En lo que respecta a los delitos contra la vida, que se encuentran regulados en el Título Primero del Libro Segundo de la Parte Especial del CP, caben las siguientes precisiones: primero, el tipo base se encuentra previsto en el artículo 106, que importa la modalidad simple del homicidio, cuya realización típica viene determinada por la acción de matar que ejecuta el autor, eliminando al sujeto pasivo del delito[8], cuando cesan irreversiblemente sus funciones cerebrales, esto desde un aspecto objetivo y desde un aspecto subjetivo, el dolo directo y/o dolo eventual[9], quiere decir que el autor debe dirigir su conducta, conociendo de forma virtual el riesgo concreto que esta entraña para la vida de la víctima y que finalmente se concretiza en el resultado lesivo; no es necesaria la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto ajeno al dolo, el denominado *animus necandi*[10], que parte de una consideración subjetivista del injusto, ajeno al principio de legalidad material[11]; segundo, el legislador ha construido las figuras agravadas conforme a un doble baremo, a saber: en cuanto a un mayor contenido del injusto, que se revela en el disvalor de la acción, cuando el agente utiliza ciertos medios

(8) Así, CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC. "Derecho Penal. Parte Especial", p. 49; MEZGER, E. "Derecho Penal. Parte Especial". Traducción de la 4ª edición alemana por el Dr. Conrado A. Finzi, p. 33.

(9) Así, CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC. Ob. cit., p. 54; GONZÁLEZ RUS, J.J. "Del Homicidio y sus formas", p. 47.

(10) Así, BLANCO LOZANO, C. *Tratado de Derecho Penal español*. Tomo II, Vol. I, p. 95.

(11) El bien jurídico tutelado, señala BLANCO LOZANO, es la vida humana independiente; *Tratado de Derecho Penal español*. Tomo II, Vol. I, p. 91. CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, entienden que el objeto de tutela es un valor procedente del derecho a la vida (…). Ob. cit., p. 46. Al respecto, GONZÁLEZ RUS estima que la calificación de la vida como humana y como dependiente o independiente depende de criterios de valor, pues la simple aproximación biológica y naturalista es incapaz de explicar suficientemente por qué se considera sin vida digna de protección penal lo que todavía mantiene actividad fisiológica y por qué la protección del embrión y del feto es menor que la del nacido. Ob. cit., p. 16.

comisivos, que le otorgan una mayor peligrosidad objetiva a la conducta criminal (por fuego, explosión, veneno, alevosía y con gran crueldad); sobre esta última circunstancia, una postura apuntaba a relacionarla con el juicio de imputación individual (reproche culpable), mas estos elementos se manifiestan en el momento de ejecución del hecho típico(12); y, segundo, en cuanto a una mayor desvaloración en el resultado típico producido.

Tales elementos de la actitud interna (criticables o no), explica Luzón Peña, no tienen que ver con la culpabilidad, sino que cofundamentan, agravan o disminuyen el desvalor subjetivo (a veces subjetivo-objetivo) de la acción y determinan la clase y gravedad del tipo: son, por lo tanto, también elementos subjetivos del tipo o del injusto(13). En este plano de valoración, como apunta Morales Prats, la fundamentación material de la figura delictiva encontrará su explicación en el plano *ex ante* del desvalor de acción, porque determinadas formas de comisión del delito comportan una peligrosidad objetiva de la acción, que hacen que la conducta se muestre altamente capaz para llegar a afectar al bien jurídico protegido (…)(14).

En lo que respecta a la construcción de agravantes que incidan en un mayor desvalor del resultado, cabe mencionar al homicidio que es cometido por fuego, explosión o por cualquier medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas. Si bien el autor, al momento de desplegar la conducta típica, demuestra una peligrosidad subjetiva de más intensidad, el mayor acento antijurídico se devela en el disvalor del resultado, cuando el autor en la concreción de su comportamiento típico pone en peligro concreto la vida o salud de otras personas y si se desencadena finalmente la muerte de aquellas, concurrirá un concurso ideal de delitos.

Así también aparecen figuras agravantes, que tienen que ver con una profesa intencionalidad del autor en cuanto se utiliza el homicidio para facilitar y/o ocultar otro delito, lo que revela un mayor desprecio de la vida humana, en cuanto la considera un obstáculo para sus fines estrictamente "criminales", que se expresa en el factor final que impulsa la perpetración del hecho por parte del agente. La agravante se da en atención al aspecto subjetivo de la conexión, ya que el hecho no se subsumiría en este tipo legal si el agente no tuvo el propósito conexivo en el momento de matar(15).

De otro lado, surgen otras circunstancias que manifiestan una determinada actitud subjetiva, los móviles deleznables y/o fútiles, que pueden haber motivado al autor la eliminación de su congénere, que por su especial naturaleza evocan un

(12) PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. "Derecho Penal. Parte General". Ob. cit., p. 327.

(13) LUZÓN PEÑA, D.M. "Curso de Derecho Penal…", p. 395.

(14) MORALES PRATS, F. Ob. cit., p. 257.

(15) PEÑA CABRERA, R. *Estudios de Derecho Penal*... Ob. cit., p. 102.

particular juicio de imputación individual, que más que recoger una "peligrosidad objetiva", importan en realidad escudriñar en un análisis caracterológico, propio de un Derecho Penal de autor, que de cierta forma, determina términos de inimputabilidad, cuando se habla de homicidio por "placer" o por "ferocidad", que si bien pueden estar presentes en el momento del injusto, pueden resultar ajenos a un sistema de punición basado en el acto; dice Morales Prats "(…) en este caso la impugnación político criminal y valorativa de la figura típica es más controvertida, pues en principio la precisión típica abstracta de elementos propios del juicio de reproche personal no pugna con la propia esencia de la culpabilidad por el hecho"[16].

Ahora bien, el legislador, a pesar de reconocer la separación estricta entre el Derecho Penal y la moral, siguió con la tortuosa perspectiva política criminal de construir una figura agravada basada en criterios moralizantes; en efecto, en el caso del delito de parricidio, resulta evidente que la agravación del marco penal aplicable no puede explicarse ni en el ámbito del desvalor de la acción ni menos en el desvalor del resultado, sino en una reprobación ético-social de mayor intensidad en relación con el homicidio simple. Es que la vida vale igual, sea de un pariente o de un extraño, según el orden de valores de un Estado de Derecho[17]; el mantenimiento de esta figura criminosa en el catálogo de conductas típicas tiene que ver más con la preservación de una cultura de antaño que con criterios de imputación acorde a la moderna teoría del delito, por ello, es que en varios CP ha sido finalmente extraída del ámbito de punición. A través de esta se da entrada a **criterios éticos y morales**, de corte atávico y simbólico en el juicio de culpabilidad, que queda desvirtuado en cuanto a la función sistemática que debe desempeñar constreñido al juicio de reproche jurídico que toma por objeto el acto injusto previo[18]. Máxime, si su pervivencia en el CP genera toda una confusión, al momento del juicio de adecuación típica, cuando se comete un parricidio alevoso, propiciando resultados político-criminales insatisfactorios. A lo más, si se pretende aún conservar estos criterios etizantes de mayor pena, el "parentesco" debería estar ubicado como una circunstancia a tomar en cuenta al momento de la determinación judicial de la pena[19], desplazándolo a los artículos 45 o 46 del CP.

Mas no podemos dejar de mencionar, a una figura que se comprende en un ámbito de mayor desvaloración, por cuanto produce una desvaloración del resultado sumamente intenso, cuando se da muerte a un grupo nacional, étnico, social o

(16) MORALES PRATS. F. Ob. cit., p. 259.

(17) Crítica extensible al inciso 5) del artículo 108 del CP, incorporado por la Ley Nº 28878 del 17 de agosto de 2006.

(18) MORALES PRATS, F. Ob. cit., p. 268.

(19) Así, GONZÁLES RUS, J.J. Ob. cit., p. 14.

religioso, dando lugar a la tipificación penal del delito de genocidio, previsto en el artículo 319 del CP - Título XIV-A.

De forma inversa, cuando aparecen circunstancias atenuantes del juicio de imputación individual que dan lugar a un particular estado de motivabilidad normativa por parte del autor, cuando se encuentra significativamente perturbado en su psique por motivos de orden excepcional, se habla entonces de un homicidio por emoción violenta; o ante la madre, que como consecuencia del estado puerperal sufre una afectación en su estabilidad emocional, dando así muerte a su menor hijo (recién nacido; infanticidio); o, quien, por motivos de solidaridad humana da muerte a otra persona que se encuentra sufriendo y/o padeciendo de dolores incurables; en este último caso, la motivación que da lugar al dolo de matar aminora de forma sustancial el juicio de imputación individual, pero no de forma completa, pues de ser así, su concurrencia daría lugar a una exoneración de responsabilidad penal. Todos estos responden a la idea de un homicidio atenuado.

Cabe destacar también que la forma por la cual puede concretizarse el homicidio y/o asesinato no puede ya basarse en criterios excesivamente formales, en cuanto al marco de interpretación de los tipos penales. Nos referimos a la imputación como autor de estos injustos penales, en el sentido de desechar –por inútil e inconsecuente para con las tareas del Derecho Penal–, la teorías subjetivas y la teoría formal-objetiva, cuya aplicación a toda consecuencia, no permiten al intérprete fundamentar la autoría con base en criterios de orden material, pues de aquellas, sobre todo de la segunda de ellas, la autoría queda reducida a un plano causal-naturalístico; v. gr., cuando el autor de propia mano genera la muerte de su víctima, es decir, solo el que se mancha las manos de sangre puede ser reputado "autor" a efectos penales, lo cual resulta incompatible con el contenido material que sostiene la teoría del "'dominio del hecho'; entonces, realiza como autor el tipo penal, aquel que sin ejecutar de propia mano la descripción típica, es quien con su voluntad domina materialmente el hecho"[20]. Siendo así, las nuevas estructuras materiales que toman cabida en el marco de la autoría y participación permiten extender la imputación delictiva a sujetos que sin participar naturalísticamente en la perpetración del hecho, ostentan el dominio de la acción; en el caso de un aparato de poder organizado, el "dominio de la voluntad de la estructura criminal", tal como se desprende del caso *in examine*.

Conforme es de verse de los casos Barrios Altos y La Cantuta, la imputación delictiva no solo estriba con respecto al delito de homicidio agravado, sino que se extiende a la figura delictiva de lesiones graves. Al respecto, cabe precisar dos puntos: que ambos injustos penales pueden ir en un concurso real de delitos, siempre

(20) PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. "Derecho Penal. Parte General". Ob. cit., p. 339.

y cuando la infracción de cada uno de los tipos penales en cuestión responda a una pluralidad de "hechos", que se hayan producidos en tiempos distintos, generando a su vez una pluralidad de lesiones a dos tipos penales(21); sin embargo, cuando se trata de una unidad de hecho a efectos penales no podrá darse un concurso ideal de delitos, puesto que entre ambos injustos se advierte un conflicto aparente de normas que ha de dilucidarse sobre la base del principio de consunción, puesto que los actos constitutivos del tipo de lesiones se encuentran ya comprendidos en el tipo penal de homicidio calificado (asesinato); v. gr., quien mata a otra persona propinándole varios golpes certeros en la cabeza. La relación de consunción toma lugar, cuando la realización de un determinado tipo penal supone ya la configuración de otro, al constituir un estadio previo a aquel o un medio para llegar a su concreción(22).

Cuestión aparte, importa delimitar los ámbitos de incidencia típica de ambos delitos cuando no se ha producido la muerte del sujeto pasivo, en el sentido de si estamos ante una tentativa de homicidio calificado o ante unas lesiones graves dolosas, en cuanto al resultado producido(23). Ante ello, la posición que apunta al factor subjetivo ha de señalar que todo dependerá de la intención (factor final) del autor al momento de haber generado la realización del riesgo no permitido, que se concretizó en el resultado lesivo; por lo que si su intención solo fue de lesionarlo estará incurso en el delitos de lesiones graves, pero si su intención fue de matarlo la forma de imperfecta ejecución de homicidio calificado será la resolución adecuada. Mas no olvidemos, que el homicidio, en cuanto a la esfera subjetiva del injusto, puede cometerse a título de dolo directo y/o dolo eventual, en tal medida la

(21) Así, también resulta relevante destacar cuando una supuesta unidad del "hecho" ha dado lugar a una pluralidad de resultados, en este caso, cuando con varios disparos, separados en tiempos excesivamente cortos, producen la muerte de varias personas; tiempo atrás la doctrina, estimó que en dichos supuestos toma lugar un concurso ideal de delitos, pero en definitiva, se deja de lado que cada disparo implica una renovación del dolo de "matar"; el autor, se manifiesta nuevamente contra el orden jurídico, por ello, la resolución correcta es el concurso real de delitos; Así, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. "Derecho Penal. Parte General". Ob. cit., p. 638; algunos someten dicha resolución a la pluralidad de bienes jurídicos afectados, de este modo, CARBONELL MATEU y GÓNZÁLEZ CUSSAC, al señalar que si se coloca una bomba para matar a 50 personas, lo que efectivamente sucede, habrá que apreciar un concurso real sometido, lógicamente, a las reglas por las que se rige tal institución. Ob. cit., p. 70.

(22) PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. "Derecho Penal. Parte General". Ob. cit., p. 669.

(23) Debemos hacer también mención a la figura preterintencional de las lesiones graves seguidas de muerte; construcción delictiva denominada "preterintencional", que da lugar cuando el autor dirige su conducta (r.n.p), a la producción de un determinado resultado lesivo, pero acaece un resultado más grave que el buscado por el agente, pero al ser "previsible", es atribuido a título de culpa. Dicha posibilidad en realidad importa un concurso ideal de delitos, es decir, comprendiendo una tentativa por la acción tentada (homicidio doloso) con un homicidio culposo por el resultado se debe la pena del delito más grave, mas puede ajustarse aún más la penalidad, de acuerdo a la modificación producida en el artículo 48 por la Ley Nº 28726 del 9 de mayo del 2006; ver más al respecto: "Derecho Penal. Parte General". Ob. cit., pp. 665-666; CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC. Ob. cit., p. 58; Para GONZÁLEZ RUS, se trata de casos que son más que un homicidio culposo, puesto que hubo dolo inicial de lesionar, y menos que un homicidio doloso, porque el sujeto no quería matar. Ob. cit., p. 49.

esfera subjetiva, en cuanto a su análisis jurídico-penal no la podemos aislar de su correspondiente esfera objetiva, por lo que el ámbito de representación cognitivo[24] determinará la calificación delictiva; en definitiva, quien golpea duramente en el cabeza a una persona con un objeto contundente, de forma directa y alevosa, no podrá alegar de ningún modo que su intención solo era de lesionarlo. Como pone de relieve Mapelli Caffarena, frente a un resultado de muerte puede concurrir solo dolo de lesionar, de la misma forma que frente a unas lesiones leves puede haber intención de matar[25]. Máxime, habrá que agregar que la prueba del dolo en el proceso penal no es empresa fácil, inclinando nuestra postura a un dolo "cognitivo", en todo caso. Por consiguiente, debemos apelar a un criterio mixto (objetivo-subjetivo) a fin de diferenciar ambos delitos.

III. ANTECEDENTES FÁCTICOS - FALLO DEL PROCESO DE EXTRADICIÓN

De acuerdo a la demanda de extradición, se atribuye al reclamado "haber tenido el condominio en la planificación y ejecución de los crímenes y matanzas de Barrios Altos y La Cantuta, ejecutados materialmente por miembros del Grupo de exterminio denominado Colina –a continuación Grupo Colina–. Condominio que se traduce en su participación activa como Jefe de Estado y Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas en la implantación, como respuesta al incremento del fenómeno terrorista, de una política de guerra sucia, que implicaba la violación permanente, sistemática y selectiva de los derechos humanos, para lo cual tomó la decisión política de organizar desde el Poder Ejecutivo una estructura de control y sometimiento de los demás poderes y organismos del Estado al Servicio de Inteligencia Nacional –a continuación SIN–. La naturaleza criminal de su plan requirió de un interlocutor y ejecutor de sus decisiones, función que cumplió el ex asesor de la Alta Dirección del SIN, Vladimiro Montesinos Torres, quien por esa misma condición de ser la voz del Jefe de Estado adquirió en el caso concreto sobre distintos órganos de las Fuerzas Armadas un poder de decisión y mando superiores, al punto que en los hechos era el verdadero jefe del SIN desde el cual y a través del denominado Grupo Colina, conformado por efectivos en actividad de unidades militares como la Dirección Nacional de Inteligencia del Ejército, el Servicio de Inteligencia del Ejército y el SIN, dirigió las llamadas "operaciones especiales de inteligencia", verdaderas acciones criminales que incluían ejecuciones extrajudiciales aprobadas y supervisadas por el reclamado, como en los horrendos crímenes de Barrios Altos y La Cantuta.

(24) Ver al respecto, BLANCO LOZANO, C. Ob. cit., p. 96.

(25) MAPELLI CAFFARENA, B. "Entre el Homicidio y las Lesiones". En: *Delitos contra la vida e integridad física,* p. 45.

Se atribuye al requerido el codominio con los ejecutores materiales – Grupo Colina del asesinato de Barrios Altos y del atentado de La Cantuta, de allí la atribución fáctica y jurídica de coautoría a su intervención y de responsabilidad por el resultado muerte de los hechos ocurridos el 3 de noviembre (Barrios Altos) y el 18 de julio de 1992 (La Cantuta), donde murieron varios de nuestros ciudadanos, algunos de ellos, luego de ser torturados.

IV. IMPUTACIÓN DELICTIVA Y EXPOSICIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA EN ESTRUCTURAS ORGANIZATIVAS DE PODER

Los hechos descritos de acuerdo al pedido de extradición configuran en la legislación del país requirente los delitos de homicidio calificado del artículo 108 y de lesiones graves del artículo 121 párrafos 1, 2 y 3 ambos del Código Penal peruano, y de desaparición forzada contemplada en el artículo 1 del Decreto Ley Nº 25.592.

En el considerando nonagésimo sexto, se expone lo siguiente: "Que, la doctrina actual del Derecho Penal ha dejado de discutir con tanta severidad el concepto del autor mediato. Para efectuar la descripción típica no es indispensable una ejecución directa, pudiendo satisfacer tal cometido con una actuación mediata, lo que no es incompatible ni aún con una concepción restrictiva de autor, a menos que se identifiquen incorrectamente la realización del tipo con la ejecución física del mismo". Se estima que la base del concepto restrictivo de autor la constituye la idea de realización y no de ejecución física de la correspondiente figura delictiva; "la autoría mediata presenta un elemento común con la autoría directa: el dominio del hecho" (José Hernández Placencia *La autoría mediatas en Derecho Penal*, Editorial Comares, Granada, 1996, página 88). Así, sin desconocer la teoría del dominio del hecho, es autor mediato quien reúne los elementos personales o especiales de la autoría exigidas por el tipo, y cumplen el resto de los elementos de este y, a través de otro que utiliza como instrumento, domina el hecho, esto es, determina objetiva y positivamente el curso del suceso.

Precisamente, la teoría del dominio del hecho, en cuanto a una estructura material-objetiva, toma lugar para desplazar una teoría formal-objetiva, incapaz de generar estructuras lógicas de imputación delictiva, más allá de una descripción literal del tipo penal; pues en definitiva para matar a alguien, no es necesario apretarlo del cuello o descargar sobre él una detonación explosiva, ello importa una visión naturalista de los verbos típicos, comprendidos en las tipificaciones penales, en tanto que en una perspectiva material incide en una interpretación teleológica de los tipos penales, que supone a su vez la extensión de autoría a sujetos que sin haber participado directamente en la realización típica, asumen responsabilidad penal, pues el delito es una obra que se le atribuye a su esfera de dominio, en

cuanto se aprovecha de algún defecto y/o desconocimiento de los hechos que dan lugar a la configuración típica, por parte del "hombre de adelante"; el "hombre de atrás", es en definitiva quien tiene el dominio del hecho. A decir de Radbruch, los conceptos naturalistas sufren una transformación teleológica cuando son asumidos por la ciencia jurídica. El entendimiento cabal de los tipos penales importa su deducción a partir de un sentir normativo.

El autor no necesita cumplir por sus propias manos –señala Welzel– el hecho en cada una de sus fases, sino que se puede servir para ello no solo de instrumentos mecánicos, sino también poner para sus fines el actuar de otro, en cuanto solo él posee el dominio del hecho respecto de la realización del tipo. Se habla en estos casos, tradicionalmente, de autoría "mediata"[(26)]. Autor mediato es el que admite que otra persona, de la que se sirve como instrumento, realice para él mismo, total o parcialmente, el tipo de un hecho punible[(27)]. Dicho así: la autoría mediata supone la intervención de dos sujetos: uno que ejecuta formalmente el tipo penal, sin saberlo o incurso en una forma de inculpabilidad y, el otro que sin realizar de forma fáctica el hecho en sí típico, tiene el dominio del hecho pues solo de él y no del instrumento depende la concreción típica. El autor mediato tiene el dominio del hecho porque consigue la instrumentalización de una persona, mediante la utilización de unos medios ante situaciones que inciden directa o indirectamente sobre aquella, cuya actuación determina la comisión del delito[(28)]. La autoría mediata se caracteriza como "dominio de la voluntad": alguien realiza un tipo penal, pero no de propia mano, sino mediante otra persona que le sirve a estos fines, que no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del hecho del otro y, por lo tanto, es designada como "herramienta" en manos de este[(29)].

En las estructuras criminales que se constituyen al margen del Derecho y en aquellas que se gestan de las propias entrañas del poder estatal, se manifiestan elementos criminológicos muy complejos, que hacen de estas organizaciones un iceberg muy duro de enfrentar para la política criminal de los Estados. La historia –ya de forma repetida– nos muestra como dictadores o jefes de Estado, aprovechando la posición de dominio que le confiere la estructura de gobierno, forman todo un aparato criminal –paraestatal– dedicado a cometer una serie de delitos, desde injustos que afectan el erario público hasta los crímenes más atroces contra la humanidad. Descripción criminológica que no es ajena a las organizaciones subversivas, quienes propagan el terror sobre los bienes jurídicos

(26) WELZEL, H. *Derecho Penal alemán. Parte General*. 2ª edición castellana. Traducción del alemán por Juan Bustos Ramírez y Serio Yánez Pérez. Editorial Jurídica de Chile, p. 144.

(27) MEZGER, E. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de la 6ª edición alemana por Dr. Conrado A. Finzi. Cit, p. 309.

(28) HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. "La autoría mediata en Derecho Penal".

(29) ROXIN, C. "Sobre la Autoría y Participación...", p. 483.

de la sociedad civil, que nada tienen que ver con sus demandas supuestamente reivindicativas, organizaciones delictivas que no dudaron en cegar vida de inocentes y de propiciar el atraso socioeconómico que actualmente enfrenta nuestro país. De igual forma, sus mandos superiores jerárquicos no se manchaban los manos de sangre, pues quienes ejecutaban los crímenes eran los órganos ejecutores, mientras los primeros impartían las órdenes desde su escritorio, por lo que la decisión de cometer el plan criminal estaba asegurado de antemano.

Fue Roxin, que a fin de resolver los casos del nacionalsocialismo, el que estructuró esta variable de autoría mediata, (...) tercera forma de ejecución del tipo que no es de propia mano, y que designaremos –dice el autor– como "dominio de voluntad mediante un aparato de poder organizado". Se trata del caso en que alguien sirve a la ejecución de un plan de ejecución de para una organización jerárquicamente organizada(30). El dador de la orden puede renunciar a coaccionar o a engañar al autor ejecutante inmediato(31), pues el aparato, en caso de un incumplimiento, tiene suficientemente a otros sujetos a disposición que pueden asumir la función de tal ejecutante –explica Roxin–. Por ello también es característica de esa forma de autoría mediata que el hombre de atrás mayormente ni siquiera conozca personalmente al ejecutante inmediato(32). En este aparece el "autor de escritorio", quien si bien no participa por sí mismo en la ejecución del hecho, es el verdadero señor del acontecer, en la medida en que las estructuras de organización que él utiliza le aseguran que sus disposiciones serán llevadas a cabo por "instrumentos" sustituibles a discreción(33).

Por lo expuesto, quienes tienen el dominio del acontecer típico, no son los autores ejecutores (materiales) de la realización típica, sino aquellos que se sitúan en los niveles de mayor jerarquía de la organización, esto quiere decir, quienes ostentan el verdadero poder de la red criminal, que a partir de sus propias estructuras internas tendrán como seguro que sus órdenes serán cumplidas, conforme a la cadena de mando que se desprende de aquella; por ello, los autores de "adelante", que si bien actúan con dolo (instrumento doloso) no tendrán nunca el dominio del hecho pues en su esfera de organización individual no está nunca dicha potestad, sino en la "voluntad suprema", que guía su quehacer delictivo, en otras palabras, solo en los líderes y/o jefes superiores de dichas organizaciones. El dominio sobre el ejecutor, que permite considerar al sujeto de detrás autor mediato, no es un dominio directo –y no puede serlo desde el momento en que el hombre de detrás

(30) Ibídem, p. 484.

(31) Así, CURY URZÚA, E. *Derecho Penal. Parte General*. 8ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 606.

(32) ROXIN, C. "La autoría mediata por dominio en la organización", p. 223; Así, BACIGALUPO, E. "Derecho Penal. Parte General", p. 479.

(33) STRATENWERTH, G. "Derecho Penal...". cit, p. 394.

ni conoce a quien domina–; sino uno indirecto, pero suficiente, tan igual al que se tiene sobre los restantes elementos de la maquinaria, que se logra a través del dominio directo sobre el aparato(34).

Como ha puesto de relieve Castillo Alva, en la doctrina nacional, los delitos ya no son obra de autores individuales o de personas que actúan en concierto y ejecución de un plan común más o menos delineado. Esta visión tradicional ha variado por la aparición de nuevas organizaciones, grupos o estructuras que de manera colectiva y buscando una finalidad común perpetran diversas infracciones con la pretensión de alcanzar mayores cuotas de poder con base en el delito, facilitando a su vez la impunidad de quienes ocupan los puestos de dirección y mando. Por su dimensión, capacidad, disposición de medios, estrategias y recursos, nivel de adaptación y cobertura estas organizaciones se encuentran en condiciones de cometer delitos graves y de consecuencias devastadoras, como de lograr el cumplimiento de sus objetivos de modo más eficiente y rápido(35).

En resumidas cuentas, la ejecución de la orden se asegura por su propia estructura interna (vertical) y de acuerdo a las propias reglas que rigen la vida orgánica de estas estructuras criminales; no habría tampoco infracción alguna al principio de legalidad, pues el artículo 23 del CP para nada exige que el hombre de adelante obre responsablemente. La objeción más clara refiere a los órganos ejecutores especializados, esto es, determinados individuos que por sus conocimientos especiales sobre cierta materia (*know how*), no pueden ser reemplazados fácilmente por la organización, por lo que tendrían en su manos la posibilidad de frustrar el plan criminal; en este caso habría que dar cabida a una coautoría. Al respecto señala airosamente Roxin, que el dominio de la organización tampoco ha sido elaborado para tales casos singulares, sino para los hechos que se basan en situaciones que se repiten de manera parecida y que son ejecutables por personas fungibles, tal como es el caso de los asesinatos por los nazis en campos de concentración y los disparos en el Muro de Berlín(36). En virtud de ello, se señala en la sentencia que: "(…) podemos concluir que será de vital importancia en materia de autoría mediata la existencia de una estructura organizada de poder, ello por cuanto un superior conservará el dominio de la acción usando para tales fines dicha estructura. De esta manera es claro que el autor mediato será aquel que tenga el poder de ordenar y conducir el sistema sobre una voluntad indeterminada, ya que cualquiera sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho se producirá".

(34) MEINI, I. "La autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización". En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales.* Nº 4, Año 2003, Grijley, p. 286.

(35) CASTILLO ALVA, J.L. "Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización". En: *Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo,* p. 579.

(36) ROXIN, C. "La autoría mediata por dominio de organización". p. 232.

Dicho así: la autoría mediata en las estructuras organizativas de poder, permite acentuar la naturaleza material y normativa del hecho de la responsabilidad penal, desplazando de forma definitiva a la naturaleza formal-objetiva de faz naturalista, cuyos alcances restrictivos propiciaban un estado flagrante de impunidad, sobre todos aquellos, que sin participar físicamente en la realización típica son, qué duda cabe, responsables de los delitos que se cometen en el aparato criminal, pues ellos tienen el dominio de la organización, únicamente en su decisión está pues, la posibilidad de que se ejecute el delito, de forma contraria, la frustración de la realización típica, donde los ejecutores materiales del delito, son más que esbirros ejecutantes, que pueden ser sustituidos y/o reemplazados en cualquier momento(37), en tal virtud, estos últimos nunca tendrán el dominio del acontecer típico, por lo que no se puede tratar de una inducción ni tampoco de una coautoría, como han pretendido sostener en otras tribunas de la doctrina internacional.

Conforme es de verse, la autoría mediata en estructuras organizativas de poder, no es un tema que recién haya entrado en la discusión jurídico-penal, producto del fallo de extradición, pues los tribunales peruanos ya han aplicado esta teoría en un caso reciente. Nos referimos a la sentencia emitida en el Exp. Acumulado Nº 560-03 (Caso Abimael Guzmán Reinoso y otros) – Sala Penal Nacional, en cuyo considerando décimo tercero (bases de imputación individual), luego de un profundo análisis doctrinario sobre el esquema teórico del "dominio de la organización", señalan lo siguiente: "Sin duda alguna, ha quedado debidamente comprobado que el Partido Comunista del Perú, conocido públicamente como Sendero Luminoso, es una organización clandestina que practicó el secreto tanto del colectivo como de sus integrantes, sean estos militantes, cuadros o dirigentes, jerárquicamente estructurados y fuertemente cohesionados sus miembros mediante su llamada base de unidad partidaria, con una clara distribución de funciones,

(37) De posición contraria VILLAVICENCIO TERREROS, para quien, en estos casos se presentaría la figura de la coautoría, pues el hombre de atrás (quien domina la organización) tiene el codominio del hecho, dándose el carácter común de la decisión delictiva por el hecho de la pertenencia a la organización. Solo se aceptaría autoría mediata si al ejecutor no se puede considerar autor plenamente responsable; "Autoría y Participación". En: *Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera.* Tomo I, ARA, 2006, pp. 685-686; Se opone también, CURY URZÚA, en su opinión, en estos casos el "hombre de escritorio" es más bien un coautor o, en todo caso, un instigador al cual, por lo demás, puede castigarse con tanta o más severidad que al ejecutor; *Derecho Penal. Parte General*, p. 606; Dicha postura tendría reparos en cuanto a la concepción que se tiene de una coautoría, pues en esta forma de autoría, el dominio del hecho se reparte forma plena entre los coautores, por lo que ambos tienen el codominio del hecho, lo que incide en la imputación recíproca del hecho de forma "global", de forma tal que cualquiera de ellos puede desencadenar la frustración típica y, en el caso en comento, el hombre de adelante, quien ejecuta formalmente el delito, no tiene dicha posibilidad, pues si se niega e ejecutarlo aparecerán otros del mismo rango, predispuestos a cumplir la orden dada en las estructuras supremas del poder criminal; como expone TASENDE CALVO, lo verdaderamente definitorio es que los coautores tengan el dominio del hecho, asumiendo por igual la responsabilidad de su realización, mediante un reparto funcional de roles; "Problemas de autoría y participación en relación con los delitos de homicidio y asesinato". En: *Delitos contra las personas*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 103.

pudiéndose identificar claramente los niveles de decisión, la programación de sus actividades ilícitas y el control de la organización, todo lo cual nos permite inferir que se trata de un verdadero aparato organizado de poder".

Con todo, la autoría mediata en estructuras organizativas de poder constituye un paso fundamental a la construcción de criterios de imputación en realidad "normativos", de contenido esencialmente "material", dejando de lado posturas excesivamente "formalistas", cuya rigidez conceptual no permite extender la imputación delictiva a quienes, sin haber cometido de propia mano la realización típica, son quienes asumen el dominio del hecho, tal como se desprende de la autoría mediata; en este caso, quienes valiéndose de la posición privilegiada que le confiere la posición de mando, controlan la ejecución de los planes criminales que han de dirigirse desde la cúpula de la organización. Entendiendo con ello toda una cadena de mando que se manifiesta en las diversas estructuras jerárquicas que la componen, por eso, no habrá de advertirse una vinculación subjetiva y/o decisoria, entre quienes ejecutan los planes criminales y los dadores de la orden. Se erige, entonces, una fórmula de imputación delictiva, de naturaleza individual (autoría), que permite cerrar paso a la impunidad, a quienes se escudan en el manto que cubre los altos estamentos del poder político y militar, para eludir su responsabilidad penal, para con el Estado y la sociedad.

Por último, es preciso señalar que el presente análisis, se ha limitado estrictamente a la fijación de criterios de imputación delictiva conforme a una sustentación esencialmente jurídica; pues, en definitiva, nosotros solo podemos esbozar una aproximación del estado de las cosas, sin poder ingresar a un campo de valoración de responsabilidad penal. En el sentido de que la condena penal solo puede ser fruto de un análisis probatorio, realizable en un juicio oral, público y contradictorio y revestido del derecho irrestricto de defensa, para con el acusado. Dicha tarea es exclusiva de los Tribunales de Justicia, que serán competentes para juzgar los casos Barrios Altos y La Cantuta, donde el juicio de intelección será solo jurídico, desprovisto de cualquier dosis de corte político que pudiese empañar su legitimidad para con el colectivo. De lo que estamos hablando en todo caso es de justicia y no de vindicta pública, presupuesto indispensable para el mantenimiento de la paz y seguridad jurídica de cualquier sociedad que se diga "civilizada".

El uso de menores de edad e inimputables en la comisión de delitos como circunstancia agravante: ¿Autoría mediata o instigación?

I. CONCEPTOS PRELIMINARES[1]

Es sabido que las "circunstancias de agravación" se construyen normativamente a partir de un doble baremo. Primero, en orden a identificar un mayor contenido en el injusto típico, sea por el desvalor de la acción o por el desvalor del resultado, de acuerdo al principio de "lesividad"; y segundo, conforme al grado de reproche culpable atribuible al autor o partícipe.

Es así que se ha previsto el glosario definido como "criterios para la determinación e individualización de la pena", conforme se desprende de los artículos 45 y 46 del CP, al que el legislador ha aparejado otras circunstancias agravantes: una basada en la cualidad funcional del autor (artículo 46-A) y dos en mérito a la proclividad personal del agente a cometer hechos punibles (artículos 46-B y 46-C sobre reincidencia y habitualidad: "Derecho Penal de autor").

(1) "**Artículo 46-D. Uso de menores en la comisión de delitos**

Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal, si el sujeto activo utiliza, bajo cualquier modalidad, a un menor de dieciocho años o a una persona que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión para la comisión de un delito, en cuyo caso el juez puede aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado en el tipo penal.

En caso de que el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le otorgue particular autoridad sobre el menor o le impulse a depositar en él su confianza, el juez puede aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Si el agente ejerce la patria potestad sobre el menor, el juez suspende su ejercicio, conforme a lo dispuesto en la ley de la materia.

Si durante la comisión del delito o como consecuencia de este el menor sufre lesiones graves, incapacidad permanente o muere, y el agente pudo prever el resultado, el juez puede imponer una pena de hasta el doble del máximo legal fijado para el tipo penal.

En ningún caso la pena concreta puede exceder de treinta y cinco años de pena privativa de la libertad.

No es aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando la circunstancia agravante se encuentre prevista al sancionar el tipo penal" (artículo incorporado por la Ley N° 30030, del 4 de junio de 2013).

Es de verse así que el listado contemplado en los artículos mencionados puede no colmar las diversas situaciones que toman lugar en el mundo fenoménico y que, de hecho, develan factores o circunstancias que ameritan ser catalogados como "agravantes".

Junto a ellas, otras agravantes se encuentran fijadas en el marco normativo de las figuras delictivas en particular, tal como se advierte en las composiciones típicas agravadas de los delitos convencionales, como el hurto, el robo, el secuestro, la violación sexual o el tráfico ilícito de drogas, cuya inclusión en la codificación penal ha obedecido en la mayoría de los casos a coyunturas de conmoción pública, a la masiva difusión de determinados delitos por parte de los medios de comunicación, que genera como inmediata respuesta del legislador el uso de la función política y simbólica del "Derecho Penal".

Ahora bien, nuestro país se ha visto afectado por una oleada insospechada de criminalidad, registrándose una gran cantidad de homicidios cuyos protagonistas son, en gran medida, menores de edad, es decir, personas que no son reconocidas como "adultos" por el orden jurídico Se habla, en tal sentido, del "sicariato" perpetrado por adolescentes, que es en realidad un homicidio por lucro, conforme a los términos del inciso 1 del artículo 108 del CP(2).

En este contexto criminológico, aparece el interés de las autoridades políticas de prevenir y combatir eficazmente dichas formas de criminalidad, caracterizadas porque los agentes no dudan en cegar una vida humana por una cantidad ínfima de dinero; discutiéndose si la reacción jurídico-penal debe focalizarse en quienes cometen formalmente el hecho delictuoso, es decir, en el menor de edad, o en quienes se aprovechan de la inmadurez psicológica de estos para cometer el delito.

Conforme al recientemente incorporado artículo 46-D, se ha dirigido el Derecho Penal hacia el adulto que instrumentaliza al adolescente para que este lesione o ponga en peligro un bien jurídico protegido.

El fundamento de esta "agravación" de la pena residiría en el hecho de que se emplea para la comisión de hechos punibles a personas que, por su inmadurez, no están aún en la capacidad de comprender cabalmente la naturaleza delictuosa del hecho o de las consecuencias que se pueden derivar de su perpetración. Lo que supone identificar a una persona "vulnerable" de la que, precisamente, el agente se vale para involucrarla en sucesos delictivos.

(2) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo I, Idemsa, Lima, 2012, pp. 60-62.

II. ¿AUTORÍA MEDIATA O INSTIGACIÓN?

De acuerdo a lo descrito, si son dos personas las que intervienen en el escenario delictivo, donde quien realiza el hecho punible de propia mano es un individuo portador de un defecto de organización personal (menor de edad o inimputable), toma lugar la llamada "autoría mediata", la cual se encuentra regulada como una variante de la autoría en el artículo 23 del CP[3], donde la responsabilidad penal recae en el "hombre de atrás", mientras que el "hombre de adelante" se encuentra exento de responsabilidad penal.

No en vano se fija en los incisos 1 y 2 del artículo 20 del CP que los que sufren de anomalía psíquica u otra clase de enfermedad mental, así como los menores de edad, están exentos de responsabilidad penal.

En lo que respecta a los menores de edad adolescentes, el Código de los Niños y los Adolescentes señala que tienen la calidad de "adolescentes infractores de la ley penal", estableciendo: "Se considera adolescente infractor a aquel cuya responsabilidad ha sido determinada como autor o partícipe de un hecho punible tipificado como delito o falta en la ley penal".

Según dicha declaración normativa, para que los adolescentes mayores de 14 años de edad que cometen delitos puedan ser objeto de las sanciones que dicho cuerpo legal estatuye, previamente se debe acreditar su responsabilidad en el hecho, conforme al procedimiento que al efecto se encauce en la jurisdicción especial (de familia).

De acuerdo a lo anotado, un importante sector de la doctrina distingue entre la responsabilidad del niño y la del adolescente infractor (mayor de 14 años). Mientras que los primeros están completamente exentos de responsabilidad penal, los segundos podrían tener cierta capacidad para responder por sus delitos[4].

Si bien esto puede encerrar una contradicción, debe ponerse atención en que no pueden imponerse sanciones (socioeducativas) si es que previamente no se ha establecido la responsabilidad del sujeto infractor. Que esta no sea de naturaleza penal es una cuestión distinta; puede ser de otra naturaleza, pero al final de cuentas será siempre una "responsabilidad", que en definitiva será punitiva, en tanto el Derecho Penal es la parcela del orden jurídico que concentra la posibilidad de privar a un individuo de su libertad personal.

(3) Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, 4ª edición, Idemsa, Lima, 2013.

(4) CÁMARA ARROYO. "La reforma de la justicia juvenil en el Perú: Imputabilidad penal e internamiento del adolescente infractor". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Nº 46, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2013, p. 56.

La imputabilidad penal del adolescente infractor mantiene el mismo fundamento que la del adulto, pero tendrá un referente y destinatario distinto: una ley penal especial. La responsabilidad del menor frente al delito será, por lo tanto, penal (igual a la del adulto), lo que no quiere decir –necesariamente– que las consecuencias jurídicas sean las mismas(5).

Lo dicho tiene una connotación importante en el caso que nos ocupa, pues no puede predicarse de forma general que todo menor de edad es un instrumento en las manos de un adulto. La sociedad actual muestra de forma clara que los adolescentes están, cada vez más, en la capacidad de alcanzar tempranamente un desarrollo genésico pleno, merced al desarrollo científico y tecnológico que les permite una mayor aprehensión y contacto con las diversas actividades de la vida social(6).

En ese sentido, en el caso de personas de 16 años de edad que de manera voluntaria perpetran delito, no se puede decir que sean verdaderos sujetos irresponsables o inimputables, pese a lo cual ello se presume legalmente *iure et de iure*, sin admitir prueba en contrario, sobre la base de una consideración de política criminal(7)(8).

Siguiendo dicha afirmación, podemos decir que en cierta constelación de casos, cuando un menor de edad asesina a un ciudadano por encargo de un adulto, en verdad estamos ante un típico caso de "instigación" y no de "autoría mediata", lo que no implica propugnar una rebaja de la minoría de edad como eximente de responsabilidad penal, como se está proponiendo en varios sectores de la sociedad

(5) Ibídem, p. 62.

(6) Así, Cámara Arroyo sostiene que el concepto de adolescencia no puede ser encorsetado a una cuestión puramente biológica, sino que mantiene una marcada significación cultural; Ibídem, p. 58.

(7) Cámara Arroyo señala que toda determinación del límite mínimo de edad responsabilidad penal no se corresponde con ninguna deducción científica acerca del grado de madurez del menor, sino que se trata de una cuestión de política criminal; CÁMARA ARROYO. Ob. cit., p. 59. Así, Gómez Rivero citada por Bolea Bardón: la ratio de la presunción de que parte el legislador de que el menor carece o tiene disminuida su capacidad de culpabilidad, no se basa en la imposibilidad de que el caso concreto pueda tener madurez, sino en necesidades político-criminales que aconsejan evitar su ingreso en prisión; BOLEA BARDÓN. *La autoría mediata en Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 328.

(8) Como apunta Cuello Contreras, la razón por la cual someter al menor y al joven a un régimen distinto al penal cuando ha cometido un delito estriba en la conveniencia político-criminal de que, por tratarse de alguien que se encuentra en una fase crucial de la vida (crisis de la pubertad), es fácil que lleve a cabo actos de rebelión de naturaleza antisocial que, aunque se le pueden imputar, es más conveniente no hacerlo, al menos en los mismos términos en que se imputan al autor adulto, porque se trata de una crisis pasajera en la que, sin necesidad de intervención del Estado tan drástica como la penal, desaparecerán sin dejar huella con la simple evolución hacia la adultez, y porque la intervención estatal, que alcanza desgraciadamente también al Derecho Penal juvenil, sí la deja, estigmatizando al menor (casi siempre procedente de los estratos más bajos de la sociedad) que muy pronto fue sometido al Derecho Penal (incluido el de menores), iniciándole en la denominada "carrera criminal"; CUELLO CONTRERAS. *El Derecho Penal español. Parte general*. Dykinson, Madrid, 2020, p. 971.

peruana; simplemente de fijar un desarrollo dogmático acorde con las naturaleza de las cosas.

Como bien se expone en la doctrina nacional, considerar al adolescente infractor como inimputable de forma automática, como sucede en la delincuencia de los menores, es una patología[9].

Ahora bien, el artículo 46-D del CP considera como "circunstancia de agravación" el hecho de que el sujeto activo utilice, bajo cualquier modalidad, a un menor de 18 años o a una persona que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión, para la comisión de un delito, en cuyo caso el juez puede aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado en el tipo penal.

Esto es, se identifican dos personas: un impúber o total inimputable, que comete, por ejemplo, un delito de asesinato; y un adulto, que lo utiliza para tal fin. La circunstancia en cuestión se configurará siempre que estemos ante un real instrumento, pues, como se ha venido diciendo, si se trata de un adolescente –lo que es habitual en este tipo de conductas– se trataría en realidad de una instigación, por ende, no sería aplicable el artículo 46-D del CP.

En el caso de los llamados "inimputables", debe tratarse de personas plenamente incapaces de poder dirigir su conducción de vida, conforme al sentido y alcance de las prescripciones legales. Estas pueden ser, a todas luces, instrumentos del hombre (adulto) de atrás, situación que no siempre se advertirá en los casos de menores de edad, en que la persona de atrás puede responder como partícipe (instigador) del hecho luctuoso perpetrado por el adolescente[10].

Sin embargo, tratándose de hechos realizados por menores es necesario precisar la edad concreta de estos, porque no es lo mismo determinar a lesionar bienes jurídicos ajenos a un menor de cinco años que a uno de dieciséis años[11].

Como apunta Suárez Sánchez, la decisión del legislador de no aplicar pena a inimputable no implica calificar automáticamente de autoría mediata la actuación del interviniente en el delito, porque con ello no está disponiendo que siempre se puede instrumentalizar al inimputable, sino que por razones político-criminales ha decidido exonerarlo de responsabilidad penal[12].

(9) CÁMARA ARROYO. Ob. cit., p. 58.

(10) Así, SUÁREZ SÁNCHEZ. *Autoría*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 318.

(11) Ídem.

(12) Ibídem, p. 316.

Por su parte, Bolea Bardón estima que los menores van a ser considerados plenamente responsables de los riesgos que crean, siempre que les sea objetiva y subjetivamente imputables, independientemente de que el Derecho les declare exentos de responsabilidad criminal(13).

A nuestro parecer, por lo tanto, para poder estar ante un típico caso de autoría mediata, deben concurrir dos aspectos. Primero, que la persona de adelante, es decir, el autor inmediato, sea un menor de edad; y segundo, que este ejecutor formal del tipo penal, no esté en capacidad de comprender el carácter luctuoso del hecho o simplemente no sepa lo que está haciendo(14), de forma que no pueda adecuar su conducta según lo preceptuado en la norma en cuestión.

Si este ejecutor, en cambio, comprende la naturaleza del acto que está cometiendo y, por lo tanto, sabe de las consecuencias que se derivarán de él, tendrá el dominio del hecho, configurando ello una manifestación ordinaria de la instigación(15). Empero, existirá autoría mediata si se trata de un adolescente a su vez inimputable por padecer carencias en el ámbito intelectual o volitivo, que, por ende, actúa sin dominio del hecho. Fuera de estos casos, nos encontraremos ante supuestos de participación (determinación delictiva)(16).

Para Bacigalupo, la inimputabilidad en el instrumento no ofrece problemas, pues admitida la accesoriedad limitada, puede resolverse también como un supuesto de inducción, si bien el auténtico sentido del hecho lo da la calificación de autoría mediata. Sin embargo, si el inimputable ha conservado el dominio del hecho a pesar de su inimputabilidad, solo habrá inducción(17)(18).

De forma clara, Quintero Olivares señala que si el inimputable (menor de edad) actúa conscientemente, aunque sea inimputable por voluntad de la ley, deberá tratarse el hecho como supuesto de inducción, toda vez que un menor puede actuar

(13) BOLEA BARDÓN. Ob. cit., p. 328.

(14) Como dice Mir Puig, si el inimputable desconoce, por razón de su situación personal, que realiza la situación típica, actuará sin dolo típico, siendo este un caso de autoría mediata por medio de un instrumento no doloso; MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte general*. Reppertor, Barcelona, 2009, p. 554.

(15) Bolea Bardón, siguiendo a Gómez Rivero, anota que el límite entre la inducción y autoría mediata se situará allí donde la alteración en la capacidad de culpabilidad del autor no le impida, en el caso concreto, comprender el sentido típico y antijurídico de la acción que realiza, como un factor que le impida motivarse de acuerdo con los mandatos normativos; BOLEA BARDÓN. Ob. cit., p. 330.

(16) FERRÉ OLIVÉ / NÚÑEZ PAZ / RAMÍREZ BARBOSA. *Derecho Penal colombiano. Parte general*. Ibáñez, Bogotá, 2010, p. 510.

(17) BACIGALUPO. *Principios de Derecho Penal. Parte general.* Akal, Madrid, 1998, p. 371; así, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / ARROYO ZAPATERO / FERRÉ OLIVÉ / SERRANO PIEDECASAS / GARCÍA RIVAS / TERRADILLOS BASOCO. *Curso de Derecho Penal. Parte general*. Experiencia, Barcelona, 2004, pp. 385-386.

(18) Cfr. CALDERÓN CEREZO / CHOCLÁN MONTALVO. *Derecho Penal. Parte general*. Bosch, Barcelona, 1999, p. 394.

consciente y dolosamente, lo que lo desfigura como simple instrumento, aunque no pueda ser "culpable" por inimputable[19].

Bajo tales consideraciones, los elementos anotados deben ser constatados caso por caso, de forma concreta, y no desde un criterio de validez general, de forma automática, como lo sostiene un sector de la doctrina[20][21]; claro que cuando de menores de catorce años se trata, al estar exentos de toda sanción conforme a la ley de la materia, no quedará otra opción que aplicar la autoría mediata, con la particularidad de que habría un autor sin sanción, por lo tanto, sin responsabilidad penal. En general, tratándose de hechos cometidos por menores de edad, será conveniente tener en cuenta la edad concreta de estos (sobre todo comprobar si se trata de un niño de corta edad o de un adolescente)[22].

III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y RESULTADOS SOBREVENIDOS

Una cuestión a subrayar, y que involucra también a las agravantes reguladas en los artículos 46-A, 46-B y 46-C del CP, es que aumentar la pena por encima de los marcos legales fijados en las figuras delictivas de la parte especial, supone quebrantar el principio de proporcionalidad por el hecho y de culpabilidad jurídica por el acto cometido[23].

A nuestro entender, circunstancias como las mencionadas solo deberían facultar al juzgador imponer el máximo de pena previsto en el delito. Igual crítica ha de hacerse con respecto al subtipo agravado previsto en el segundo párrafo del artículo 46-D del CP, que señala que cuando el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le otorgue particular autoridad sobre el menor o le impulse depositar en él su confianza, el juez puede aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado por el tipo penal.

Según este dispositivo, se apela a la condición de "garante" para incidir en una penalidad de contornos más intensos, pues se repara en que el agente se aprovecha

(19) QUINTERO OLIVARES. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 619.

(20) Así, JESCHECK / WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal. Parte general.* Comares, Madrid, 2003, p. 668; FRISTER. *Derecho Penal. Parte general*. Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 599.

(21) De similar postura, en la doctrina nacional, pero desde un baremo penológico: PEÑA CABRERA. *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general*. 3ª edición, Grijley, Lima, 1999, p. 432; aspecto de todas maneras tiene trascendencia al momento de definir la responsabilidad del adolescente, quien al no ser un verdadero *instrumento* es objeto de una sanción, que en puridad es de orden punitivo.

(22) BOLEA BARDÓN. Ob. cit., p. 334.

(23) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, 4ª edición, Idemsa, Lima, 2013.

de la particular posición de ventaja que ostenta frente al impúber[24] para involucrarlo en la comisión de hechos luctuosos, lo que manifiesta la infracción de los deberes más elementales de las relaciones paterno-filiales u otras semejantes, según los cuales se debe mantener a los menores al margen de conductas delictivas.

Sin embargo, para el legislador no es suficiente con la drasticidad de la sanción punitiva, en orden a fortalecer los fines preventivo-generales de la pena, sino que apareja a la sanción principal la medida de suspensión del ejercicio de la patria potestad, conforme a lo dispuesto en el artículo 75 del Código de los Niños y Adolescentes[25]; sanción complementaria que también se encuentra conminada en los delitos de lesiones (artículos 121-B y 122-B del CP[26][27]), de manera que cuando dicha sanción se encuentre ya definida en el tipo penal de la parte especial, el artículo 46-D ya no resultará aplicable, ello con arreglo al último párrafo del referido dispositivo legal[28]. De forma similar se ha de proceder, por ejemplo, cuando el prevalimiento de la posición de cargo, autoridad o relación de parentesco se encuentre fijado en los componentes normativos de una figura delictiva específica, como es de verse en los artículos 170 y 297 del CP.

Una cuestión importante que trae a la luz el artículo 46-D, es que establece que si durante la comisión del delito, o como consecuencia de este, el menor sufre lesiones graves, incapacidad permanente o muere, y el agente pudo prever estos resultados, el juez puede imponer una pena hasta el doble del máximo legal fijado para el tipo penal.

Es ya algo acostumbrado en las últimas reformas de política penal que se haga uso de la figura de la preterintencionalidad, para así imponer una pena más severa, dejando de lado las figuras concursales delictuales, que luego de la reforma

(24) Situación que no es necesario regular en la hipótesis de la utilización de personas que sufren de graves trastornos mentales, en la medida que su instrumentalización en la perpetración de hechos punibles se sostiene justamente en las deficiencias orgánicas y psíquicas de que estas son portadoras, sin ser necesario el vínculo parental u otro similar para alcanzar tal ilícito propósito.

(25) La suspensión procede por habérsele abierto proceso penal al padre o a la madre por los delitos previstos en los artículos 173, 173-A, 176-A, 179, 181 y 181-A, de acuerdo con el artículo 75 inciso h) del Código de los Niños y Adolescentes; precepto legal que fuera modificado por el artículo 2 de la Ley N° 29194. Se advierte así que los delitos de homicidio y sus derivados no están contemplados en este inciso, por lo que al resultar lo dispuesto en el artículo 46-D una norma de remisión, no se podrá aplicar la llamada suspensión cuando se emplee al menor en un asesinato, lo cual requiere de una reforma de *lege ferenda* en tal sentido.

(26) De acuerdo a la dación de la Ley N° 29282.

(27) Vide, más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo I, Idemsa, Lima, 2012, pp. 265-273.

(28) No es aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando la circunstancia agravante se encuentre prevista al sancionar el tipo penal.

producida por la Ley N° 28730, también pueden dar como resultado una penología más grave[29].

Siendo así, se determina la producción de un resultado lesivo (desvalor del resultado) que recae sobre los bienes jurídicos fundamentales del impúber, cuando se afecta su integridad corporal o fisiológica o, en el caso más grave, cuando muere en el decurso de la ejecución típica del delito o como consecuencia de su perpetración[30].

Dichos estados de desvalor han de ser atribuidos a título de culpa al agente, pues al menos pudo haber previsto la rayana probabilidad[31], por ejemplo, de que el menor al activar el detonador del explosivo podría salir herido; sin embargo, si el agente era plenamente consciente de que llevar los explosivos hasta un determinado lugar o ingerir drogas para transportarlas, le causaría la muerte o lesiones graves, no se podrá aplicar esta fórmula normativa, al haber actuado el agente con dolo, por lo que se deberá recurrir a la figura del concurso delictivo, v. gr. lesiones u homicidio, al margen de poder hacer uso del artículo 46-D del CP.

La cuestión es que los operadores jurídicos deben aplicar estas circunstancias con mucha cesura y ponderación, pues cuando se produce la muerte del menor y el agente pudo prever este resultado, sería con respecto a ello un homicidio culposo, pero si además de uso al menor en el homicidio simple de otro, el juzgador podría imponer 30 años de pena privativa de libertad, dejando de lado el artículo 111 del CP; si no es así, se llegaría a extremos punitivos en franca lesión a los principios de non bis in ídem y de proporcionalidad.

Finalmente, se señala que, en ningún caso, la pena concreta puede exceder de 35 años de pena privativa de la libertad; empero, si el delito en el cual se emplea al impúber prevé como sanción la pena de cadena perpetua (v. gr. robo agravado seguido de muerte), y el agente (adulto) es calificado como autor mediato, ya no resulta factible aplicar este artículo, pues sobre dicha clase de pena ya no es posible aumentar una mayor dosis de agravación.

IV. BASES CONCLUSIVAS

El norte de la política criminal en el Perú se mueve conforme a una contextualización coyuntural, es decir, son los sucesos que conmueven a la opinión

(29) Tanto en el caso del concurso real como en el concurso ideal de delitos.

(30) Siempre que estemos ante un verdadero instrumento, pero no cuando el menor actúa como un instigado y el adulto como un instigador.

(31) Si hubiese sido más diligente, si hubiese examinado con mayor rigor las circunstancias concomitantes del caso, habría tomado verdadera conciencia sobre el riesgo jurídicamente desaprobado creado por su conducta.

pública los que determinan la proyección de la reforma normativa penal en nuestro país; descripción fielmente revelada en el caso de la inclusión del artículo 46-D al CP por la Ley N° 30030 del 4 de junio de 2003, que obedeció a los frecuentes asesinatos que tienen como protagonistas a menores de edad en actividades de "sicariato".

Según dicha situación, se ha regulado una nueva circunstancia de agravación (genérica), que recae sobre aquel agente que emplea a un menor edad en la perpetración de un hecho punible. El fundamento del plus de penalidad sería que el agente emplea a una persona que por su vulnerabilidad (falta de madurez) sería fácil de introducir en actividades ilícitas.

A este aspecto ya se refería el artículo 46 inciso 2 del CP, que hace alusión a "los medios empleados" como factor de individualización de la pena; empero, el legislador, para hacer gala de su excesivo simbolismo normativo (efectos sociopedagógicos), lo ha recogido de forma expresa, a su vez, para agravar la pena por encima del marco legal imponible, en franca vulneración al principio de responsabilidad por el hecho.

Al margen de lo expuesto, no dudamos en afirmar que no en todos los casos podrá aplicarse esta circunstancia de agravación, ya que no todo menor de edad –sobre todo los mayores de 14 años– son en realidad "instrumentos" en las manos del "hombre de atrás", por la sencilla razón de que la inimputabilidad es una ficción legal (decisión político-criminal), una presunción que no se corresponde con la realidad cultural y sociológica del estado de las cosas.

Muchos adolescentes de 16 años de edad saben perfectamente lo que están haciendo y conocen de las consecuencias de sus actos, siendo –por lo tanto– penalmente responsables; no obstante lo cual son encausados en la jurisdicción de familia y sometidos a sanciones que, en ocasiones, también importan una privación de libertad.

Es así que no puede postularse de forma automática una "autoría mediata", sino que debe valorarse, caso por caso, si se cumplen o no los factores antes anotados, pues si la solución correcta es la "instigación", ello significaría la imposibilidad de aplicar esta agravante, en tanto no estaríamos ante un "instrumento", sino ante un adolescente con pleno dominio de su esfera de organización personal, lo que no implica sostener la postura de rebajar la edad de la imputabilidad penal, como se pretende en los foros políticos.

En conclusión, la libertad le viene dada al hombre no por la ley, sino por la configuración de su vida en sociedad.

El modelo de política criminal de seguridad ciudadana

I. DESCRIPCIÓN DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN

No resulta exagerado hoy en día, postular que los modelos de política criminal han adquirido direcciones o dígase orientaciones, notablemente opuestas, a las que fueron concebidas hace pocas décadas; es decir, basta dar un vistazo a las legislaciones penales contemporáneas, de nuestras latitudes, para darnos cuenta de un viraje sustancial, de cómo fueron planteadas las políticas públicas encaminadas a prevenir toda manifestación de delictuosidad.

Queda en la memoria, el objetivo de consagrar un "Derecho Penal Mínimo[1]"" basado en una intervención reductora del *ius puniendi* estatal, en el ámbito de libertad ciudadana; se apela a dicha filosofía garantista, sobre esquemas teórico-conceptuales, que se construyen a través de descripciones sociológicas y estatales, que nada tienen que ver con el esquema actual de nuestras sociedades modernas.

"Garantismo" y "Derecho Penal Mínimo", son, en efecto, términos sinónimos, acota Ferrajoli, que designan un modelo teórico y normativo de Derecho Penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva –tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial– sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona[2].

Aunque no se quiera reconocer por parte de un sector importante de la doctrina, es precisamente estas esquelas argumentativas, en que se amparan las ideologías securitarias, para deslegitimar este modelo de política criminal y, vaya que salen airosos en esta pretensión, al estar respaldados por el clamor ciudadano. Según dicho estado de la cuestión, se manifiesta una evidente **expansión del Derecho Penal, en cuanto a una inflación del catálogo punitivo, sustentado**

(1) PÉREZ PINZÓN, "Derecho Penal mínimo" es la denominación que se da a aquellas corrientes que buscan la máxima reducción de la intervención penal, la mayor ampliación o extensión de los límites de los derechos y garantías y la rígida exclusión de otros medios de intromisión coercitiva comenzando por los instrumentos extradelito o extrajuicio; "Derecho Penal Mínimo y Derecho Penal Garantizador". En: *Derecho Penal - Homenaje al Dr. Raúl Peña Cabrera*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1990, p. 492.

(2) FERRAJOLI, L. *Democracia y garantismo.* 2ª edición, Trotta, Madrid, 2010, p. 193.

no siempre por una justificación legitimadoras, más bien, por razones que trasvasan todo umbral de racionalidad; (…), Maier, advierte, al igual que un sector representativo de la doctrina más reconocida, sobre los peligros políticos que encierra el desarrollo posmoderno del Derecho Penal, mejor expresado, de la ley positiva o de la legislación actual, a la par que una propuesta de solución que, por supuesto, se vincula estrechamente a un programa político-criminal(3).

De hecho, el Derecho Penal, como toda parcela científica de la juridicidad y como medio de control social, ha de ajustar su radio de acción conforme las nuevas descripciones criminológicas de la sociedad; por tanto, no se puede sostener válidamente, que el Derecho Penal Liberal del siglo XIX –a quienes muchos añoran–, puede ser el mismo de los tiempos modernos, al develarse nuevos escenarios legítimos de intervención punitiva, que fueron plasmados en las nuevas tipificaciones penales de finales del siglo XX, mediando la inclusión de nuevos bienes jurídicos.

De forma, que el debate –doctrinario y político a la vez–, se encuentra realmente desenfocado, en la medida que lo que está poniendo en juego, en estos nuevos modelos de política criminal, no es si el Derecho Penal deba asumir nuevas cuotas de intervención, en cuanto a la protección de novedosos intereses jurídicos –sobre todo de naturaleza **supraindividual**–, pues aquellos en los Derechos positivos, ya fueron recogidos ampliamente por las codificaciones penales y, que a la postre ha significado la vigencia irremediable de un "Derecho Penal Simbólico", el cual solo ha servido para decorar las codificaciones punitivas, al tener efectos nulos en la praxis judicial, producto de las grandes influencias de los poderosos (**criminalidad económica y empresarial**), con los que de cuño, ostentan el poder penal decisorio de la legislación(4). Máxime, cuando los procesos de integración comercial, han supuesto ya en casos –como el Perú–, una completa y/o total desregulación de los tipos penales que acogen la delincuencia de la modernidad, que graves estragos y perjuicios ocasiona en ámbitos tan relevantes como la economía, el mercado y el sector financiero, con evidente lesión al derecho de los consumidores. En puridad, la discusión gira en torno a otros asuntos, en cuanto a la exagerada protección de los bienes jurídico-fundamentales.

Es así, que se deducen dos aspectos a saber: –que el gran debate de nuestros tiempos, no gira en torno a la modernización del Derecho Penal, merced a lo

(3) MAIER, J.B. "El futuro del Derecho Penal". En: *Dogmática Penal entre Naturalismo y Normativismo*. Dir. (s) Maier JBS Sanginetti y M.A. Schöne W., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011, p. 355.

(4) Así, Díez Ripólles, al sostener que (…); por un lado se tiene la impresión de que los poderosos, mediante asesoramientos técnicos solo accesibles a personas con su nivel económico o respaldo político, han sido capaces de explotar hasta límites abusivos las garantías del Derecho Penal y procesal penal, logrando así eludir en gran medida la persecución penal, la condena o el cumplimiento de las sanciones; *La política criminal en la encrucijada*. BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2007, p. 71.

acontecido últimamente en el plano de la política criminal concerniente a la criminalidad económica y empresarial (delincuencia **transnacional**), sino sobre los valores programáticos, sobre los cuales debe diseñarse el modelo de política criminal. Cuando se ha sostenido en algunos textos sobre la materia, sobre la denominada **Expansión del Derecho Penal en las sociedades posindustriales, no se trata en realidad de un fenómeno llevado a la nuevas tareas de intervención del** ***ius puniendi*** **estatal, en cuanto a la protección de bienes jurídicos colectivos y de figuras dogmáticas similares, sino de la desmedida e intensiva intervención de este en el marco de los delitos convencionales, esto quiere decir, que la verdadera expansión del Derecho Penal, no tiene que ver con sus nuevas cuotas de prevención en esferas distintas de la criminalidad convencional y/o clásica(5), sino sus exasperada y grandilocuente participación, ya no en la prevención, sino en la marcada represión de los delitos que se comprenden en el llamado Derecho Penal Nuclear**.

En palabras de Díez Ripólles, resulta sintomático que la discusión teórica sobre la indebida "expansión del Derecho Penal" no verse, como pudiera imaginarse un profano, sobre las continuas reformas legales encaminadas a endurecer el arsenal punitivo disponible contra la delincuencia clásica, sino que, muy por el contrario, tenga como primordial objeto de reflexión la conveniencia de asegurar la nueva criminalidad una reacción penal notablemente suavizada en sus componentes aflictivos(6).

II. LA LEGITIMACIÓN FILOSÓFICA DEL DERECHO PENAL

El Derecho es una ordenación reglada por el legislador, cuya base racionalizadora, radica precisamente en constituir una respuesta jurídica ponderada y atemperada, que con la cesura de la razón y la justicia, implica imponer modelos de conducta en los ciudadanos, cuya legitimidad reposa en una consideración esencialmente ética; y, si el Derecho Penal importa una injerencia en el ámbito de los derechos fundamentales, esta coacción –necesaria e inderogable, solo será justa en la medida, que se dirija a proteger bienes jurídicos y, para ello, no puede instituirse en un resorte de respuestas automatizadas, conforme la naturaleza de los comportamientos que pretende sancionar. Parafraseando a Nino, diremos que la existencia de un orden jurídico apoyado en la coacción se justifica solo en tanto y

(5) Nos explica Díez Ripollés, que la delincuencia clásica, esto es, la que gira en torno a los delitos contra intereses individuales, especialmente los de la vida e integridad, propiedad, y libertad en sus diversas facetas, que durante siglos ha constituido el grueso de los asuntos abordados en la jurisdicción penal, ha superado el riesgo de pérdida de protagonismo que en algún momento se pensó iba a sufrir; *La política criminal en la encrucijada*, cit., p. 70.

(6) DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *La política criminal en la encrucijada*, cit., p. 72.

en cuanto él sea necesario y eficiente para preservar derechos individuales básicos, que sus operaciones dirigidas a tal fin menoscaben a su vez tales derechos(7).

El Derecho Penal, podríamos decir, se justifica si y solo si, además de prevenir los delitos –cosa que conseguirían hacer igualmente bien los sistemas policiales desregulados y los de justicia privada salvaje–, logra también minimizar la violencia de las reacciones frente a los delitos(8). No puede olvidarse que las sanciones punitivas tienen como destinatario a un hombre y, no a un objeto animado, con expectativas y pretensiones, que por más que haya vulnerado las bases del contrato social, aún sigue siendo portador de ciertos derechos subjetivos.

Gracia Martín, siguiendo a Schünemann, indica que el mal de la pena tampoco se aplica a un rol abstracto, sino a un hombre real de carne y hueso(9).

Si en algo la ciencia penal es coincidente, es que el Derecho Penal nació como negación a la venganza privada, como proceso evolutivo de la civilización, tomando como punto de partida el principio de "humanidad", por lo que el "*ius-puniendi*", solo puede servir para reafirmar la libertad del hombre, no como acicate de su vulneración. El hombre solo será libre, si el Derecho ordena su regulación a garantizar dicha libertad y, ello en términos punitivos significa que la pena solo ha de encaminarse sobre fines preventivos, y, no bajo cometidos estrictamente represivos.

La clave de un Derecho Penal democrático es de articular respuestas con base en el diálogo, a la comunicación entre sus protagonistas, y así se puede llegar a respuestas encaminadas a la vía de la pacificación, lo más que se pueda y este debe ser un cometido irrenunciable, en un modelo "ius-constitucional", que tiene como pórtico fundamental, la dignidad humana y los valores que de ella dimanan. Las garantías, por cuanto incorporadas en las constituciones, se configuran no solo como fuentes de justificación externa o política de la existencia del Derecho Penal, sino también como fuentes de legitimación jurídica y política de las concretas decisiones penales(10).

El Derecho Penal –como ciencia o como medio de control social–, adquiere una serie de tareas, de roles y de funciones, que se vuelven más complejos ante contextos de particular violencia, en el sentido, de que si su labor primigenia es de garantizar la libertad, mediante la imposición de la sanción punitiva, esta se torna en empresa difícil, cuando su intervención toma lugar de forma más intensa,

(7) NINO, C.S. *Ética y Derechos Humanos.* Ariel, Barcelona, 1969, p. 446.

(8) FERRAJOLI, L. *Democracia y garantismo*, cit., p. 194.

(9) SCHÜNEMANN, B. *La relación entre ontologismo y normativismo*. GRACIA MARTÍN, L. *Modernización del Derecho Penal y Derecho Penal del Enemigo*. Idemsa, Lima, 2007, p. 293.

(10) FERRAJOLI, L. *Democracia y garantismo*, cit., p. 197.

dando lugar a una verdadera dialéctica, –muy difícil de resolver–, entre la libertad individual y la seguridad del colectivo. Hassemer hace alusión a la tensión entre libertad y obligatoriedad, entre las garantías de los derechos fundamentales de una ciencia y las expectativas que se dirigen hacia esa ciencia. La ciencia del Derecho Penal no puede eliminar esta tensión ni ello debe ser tampoco su objetivo; al contrario debe mantenerla. Esto significa que debe proteger la libertad que le es propia como ciencia y, al mismo tiempo, justificar la obligatoriedad que emana de su objeto(11); esto es lógico como ciencia, pero como disciplina práctica, debe atemperar esta tensión, este conflicto, a través del programa garantista, que sostiene toda su construcción teórico-conceptual.

Entonces, si el sujeto, –quien infringió la norma jurídico-penal–, es excluido totalmente del diálogo, de la comunicación, se vacía de contenido el programa legitimador mismo de la sanción, pues esta ha sido creada para asegurar ámbitos de libre configuración humana y, no en su exclusión definitiva, en su expulsión, en la segregación absoluta, que hoy se le quiere dar como tarea a la pena. Más cuestión importante a definir, es que las decisiones penales en una democracia, no pueden estar sometidas a la voluntad popular, en tanto que ello significaría caer en la barbarie y en el salvajismo, prototipo de la venganza privada. Como bien señala Ferrajoli, un Derecho Penal "democrático" en tal sentido se orientaría inevitablemente hacia formas de Derecho Penal máximo, o sea, máximamente represivo, carente de límites y garantías(12).

A decir de Gracia Martín la "idea" del Derecho, es (…), la lucha por formas distintas de imposición del orden social. Esto, sin embargo, conlleva necesariamente que la fuerza y la coacción física ya no pueden ser válidas por sí solas como medios de imposición del orden social, sino que tienen que ser sometidas a límites(13).

Conforme la línea filosófica kantiana, el hombre es un fin en sí mismo que no puede ser nunca utilizado como medio por nadie (…), y este es el límite y contenido de la política criminal, en cualquier orden social y jurídico que reconozca el principio de "humanidad".

Nadie duda, que es cada vez más acentuada la dialéctica entre la seguridad y la libertad; todos aspiran a más cuotas de seguridad social, llevada en un contexto de incontenible violencia, sin embargo, ello no puede suponer inclinar la balanza de forma absoluta al primero de los mencionados, pues eso convierte al derecho punitivo en puro maximalismo.

(11) HASSEMER, W. "La autocomprensión de la Ciencia del Derecho Penal…". En: *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Milenio.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 31.

(12) FERRAJOLI, L. *Democracia y garantismo*, cit., p. 196.

(13) GRACIA MARTÍN, L. *Modernización del Derecho Penal y Derecho Penal del Enemigo*, ob. cit., p. 275.

No en vano, se predica en la doctrina, que bajo el lema "libertad toda la que sea posible, represión solo la estrictamente necesaria", las modernas sociedades, inspiradas en principios democráticos y en la reglas del Estado de Derecho, deben desarrollar programas de reacción frente al delito que mantengan lo mejor posible el difícil equilibrio entre la libertad y seguridad, consiguiendo al mismo tiempo unos niveles de eficacia aceptables en la reducción o contención del problema de la criminalidad(14).

III. FACTORES DE INCIDENCIA EN EL MODELO POLÍTICO-CRIMINAL DE "SEGURIDAD CIUDADANA"

Sin duda, como lo hemos descrito, existe un total descrédito del modelo garantista, no necesariamente a lo que se conoce como "Derecho Penal Mínimo", pues si hacemos una rigurosa lectura al CP de 1991, advertimos que dicho texto legal, si bien fue construido con base en una plataforma filosófica, imbricada en una posición humanista, de proscribir tratos inhumanos y penas crueles, teniendo como premisa la **resocialización e integración del delincuente en el seno de la sociedad, es decir, un sujeto de derecho, al cual habría que darle una nueva oportunidad, la cual habría de tomar lugar a través de programas de reinsertación social**; no es menos cierto que a su vez, asumió la función de proteger a la sociedad frente al delito, conforme se consagra en el numeral primero del Título Preliminar del CP, lo cual implica hacer uso de una enérgica respuesta del Derecho Penal, sobre todo ante aquellos injustos penales de alta dosis de gravedad, con penas que llegan hasta los 35 años de pena privativa de libertad.

Este modelo de política criminal tiene como base constructora, la co-responsabilidad de la sociedad en el delito; de seguro, los hechos luctuosos se germinan y se gestan de forma multiplicada, en mérito a las grietas, fisuras y desigualdades que se advierten en el sistema socioeconómico, en el reparto de la riqueza y en las altas tasas de desempleo, en lo que respecta a la criminalidad marginal y convencional. Según dicho programa, ni bien el penado cumple su deuda con la sociedad, ha de adquirir de forma automática su "Rehabilitación", tal como se señalaba en la redacción primigenia del artículo 69 del CP(15).

Por otro lado, el legislador reconocía que la pena de prisión de libertad, de carcelería, despliega en verdad efectos criminógenos y, no preventivos (**especiales**), tal como se simboliza en los preceptos legales del CP y de la Ley Fundamental; no en vano, dio carta de ciudadanía a las Penas Limitativas de Derecho y a los Sustitutivos Penales (Suspensión de la Ejecución de la pena, Reserva del Fallo

(14) HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la criminología y a la política criminal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 163.

(15) Hasta antes de la reforma sucedida como consecuencia de la dación de la Ley Nº 29407 del 18/09/2009.

condenatorio y Exención de pena). Ya décadas atrás, en foros internacionales, se admitía que la cárcel no podía generar la ansiada y utópica **resocialización**, así como lo paradójico que resulta ser, pretender proteger las libertades ciudadanas, coartando la libertad individual de otro ciudadano(16).

La sanción punitiva habría de tomar lugar conforme un baremo de cesura y de proporcionalidad, de manera que la reacción penal, en cuanto a su gravedad y determinación temporal, no podía sobrepasar la gravedad del injusto penal cometido, tal como se tiene del principio de responsabilidad por el hecho (**proporcionalidad**(17)), definido en el artículo VIII del Título Preliminar del CP. Se fijó así, como sanción máxima a imponer, pena privativa de libertad de 35 años, lo cual se ajustaba a la humanidad de las penas así como al fin preventivo especial de la pena. Si esto no sirve para hacer freno a la delincuencia, los fines preventivo-generales de la pena se vuelven predominantes, sobre todo en su variante de intimidación, así como la idea de la inocuización, de la segregación, toman más auge, donde la pena ya no es una respuesta temperada, sino un mero castigo, sobre un confín retributivo. Así, Díez Ripólles, al indicar que la eficacia de lo primero exige catálogos de penas que guarden proporción con la gravedad de la conducta realizada, al margen de las características del delincuente. El desarrollo de lo segundo supone olvidar la exigencia de proporcionalidad cuando estemos ante delincuentes reincidentes, cuya confrontación exige largas condenas de prisión en buena medida ajenas a la evolución del interno(18)(19).

Es así también, que se determinó que ante la posible aplicación de varias figuras delictivas en simultáneo, cuando el agente ante una sola acción u omisión o ante una pluralidad de ellas, quebranta la misma norma varias veces o normas de diversa naturaleza, regía el Sistema Punitivo de Exasperación, sostenido también sobre

(16) En palabras de Zaffaroni, que el Derecho Penal encierra una paradoja, la que consiste en que su finalidad es tutelar un ámbito de libertad de los individuos; garantizar la libre disposición de sus bienes jurídicos. Para lograr ello el Derecho Penal utiliza las penas (o las medidas de seguridad) que son privaciones de la libertad a ciertos individuos; *Política Criminal Latinoamericana*. Hammurabi, Buenos Aires, 1982, p. 22.

(17) A decir de Pérez Pinzón, el Derecho Penal tiene una doble función: Prevención general del delito y prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas. La ley penal se dirige a minimizar la violencia de la delincuente y la violencia de la venganza o de otras posible reacciones informales; Derecho Penal Mínimo…, cit., p. 496.

(18) DÍEZ RIPÓLLES, J.L. *La política criminal en la encrucijada*, cit., p. 68.

(19) A decir de Maier, con respecto a la reincidencia, si ella conduce a la agravación de la pena privativa de libertad que el autor sufrirá por el hecho punible cometido se padecerá, por una parte, un enfrentamiento con el Derecho Penal de culpabilidad a favor de un Derecho Penal por la conducción de vida y, por la otra, de una discriminación imposible de cohonestar, la existencia, en verdad, de dos estatutos penales, ambos relativos a la pena privativa de libertad, uno para autores no reincidentes y otro para reincidentes; *El futuro del Derecho Penal*, cit., p. 374.

los fines preventivo-especiales de la pena. Las figuras concursales regladas en los artículos 48 y 50 del CP recogían esta fórmula punitiva en su redacción primigenia.

De recibo, el Derecho Penal solo habría de intervenir de forma **subsidiaria**, esto es, únicamente cuanto el resto de parcelas de la juridicidad, no se muestran como eficaces, para prevenir y/o contener ciertas conductas, cuyo desvalor define a un interés jurídico –digno y merecedor de protección punitiva, de acuerdo a una visión material del bien jurídico; (…) implica tomar en serio la advertencia que las infracciones reprimidas con pena privativa de libertad son la última ratio de la política social. Para acercarse a este ideal cabe una revisión de toda la parte especial que suprima las prohibiciones o mandatos amenazados con pena privativa de libertad, de modo de establecer sinceramente un **Derecho Penal mínimo**(20). Sin embargo si bien al Derecho Penal se le ha encargado en los últimos años, la defensa de ciertos valores –si bien de raigambre constitucional–, como el principio de igualdad, no encuentran asidero dentro de un decidido presupuesto de ofensividad, así como de fortalecer ciertos valores ético-sociales de sectores influyentes de la sociedad.

Ahora bien, ¿qué es lo que ha sucedido, desde mediados de la década de los noventa, tomando en consideración las profundas reformas normativas que han tomado lugar en el seno de nuestro texto penal?, ello lo podemos graficar del siguiente modo: el fracaso de la política criminal en el Perú, pues en los últimos años los índices de la criminalidad clásica han ido aumentando en forma progresiva e imparable, casi, conforme los índices de natalidad, cada vez más peruanos se ven incursos en la comisión de hechos punibles, han hecho como único responsable de esta situación al Derecho Penal, es decir, según claro está –los políticos y los medios de comunicación social (*mass media*)–, un planteamiento morigerado de la intervención punitiva, es lo que ha hecho que en nuestra sociedad, cunda la inseguridad ciudadana. Algo tal falaz, como la careta que enrostran los políticos en sus discursos electoreros; la política criminal no solo tiene que ver con Derecho Penal, sino con otros medios de control social, que se incardinan en las políticas públicas, que han sido dejadas de lado por los gobernantes de turno, quienes no han atendido las demandas más elementales de la población peruana.

Según el contexto descrito, se cae en un abismo sin ideas, en un fatalismo de las ideas, pues si lo único que se quiere es mantener cautivo al votante, mediante un cálculo estrictamente electorero, lógicamente lo que menos interesa es resolver el verdadero problema, pues para ello se requiere de una verdadera creatividad y reingeniería de las cosas, sino en el facilismo que significa la huida hacia el Derecho Penal.

(20) MAIER, J.B. *El futuro del Derecho Penal*, cit., p. 372.

Entonces, el modelo político-criminal de "seguridad ciudadana", de tolerancia cero frente al crimen, sostenido sobre la rigidez de la Ley y el Orden (**control crimen**), implica una ruptura latente entre la política penal y la dogmática jurídico-penal, esto quiere decir, que las proyecciones de reforma normativa se elaboran y conducen, fuera de todo control jurídico, al margen de la doctrina y de la juridicidad; en este proceder reformador, no interesa lo más mínimo si la modificación del precepto legal, se ajusta o no a los cánones de un Derecho Penal democrático, si es que se cumple con el test de razonabilidad –en cuanto al principio de lesividad concierne–, del mismo modo el principio de culpabilidad por el hecho así como el principio de proporcionalidad, ya no son los filtros que determinan la gravedad de las sanciones punitivas, sino más bien la personalidad peligrosa del agente, así como los sentimientos de venganza de la sociedad. Así, cuando se postula que ninguna responsabilidad puede emanar de las características personales del autor; asimismo ninguna medida que implique internamiento coactivo puede surgir de la peligrosidad social(21); o como se expresa en otras tribunas doctrinarias (…) la idea de proporcionalidad es un principio normativo general que debe ser tenido en cuenta a la hora de imponer algún tipo de sanción o adoptar alguna medida restrictiva de derechos, aunque no siempre sea fácil determinar, dada la heterogeneidad de los objetos a comparar, la gravedad o intensidad de una sanción en relación con la gravedad del delito cometido(22).

La pena deja de ser una reacción razonada y ponderada del ordenamiento jurídico, para convertirse en el receptáculo de intereses políticos oportunistas, y para aplacar los deseos de venganza de las víctimas. Y, vaya que en este fatigoso proceder normativo (*reformador*), los medios de comunicación social así como los **gestores atípicos de la moralidad asumen un protagonismo de primer orden, al encargarse de magnificar y sobredimensionar las noticias de sangre, de provocar e incentivar el morbo en la psique de los ciudadanos, con ello se conforman grandes masas de víctimas potenciales, quienes se van a sumar y respaldar a aquellos políticos, que ni bien acontecen estos hechos luctuosos, lo primero y lo único que hacen es anunciar más Derecho Penal, mayor energía en las sanciones, más criminalizaciones, cárcel para todos, el encierro como neutralización de estos delincuentes, en el caso de los Asesinatos, Secuestros, Robos y Violaciones, pero cuando de escandalosas corrupciones refiere, lo que hacen es sentar alianzas con las fuerzas políticas partidarias imperantes, para así asegurar notorias impunidades, de quienes se han servido del aparato público para enriquecer sus bolsillos a costa de la pobreza de muchos peruanos**.

(21) PÉREZ PINZÓN, A.O. *Derecho Penal Mínimo*…, cit., p. 501.

(22) HASSEMER, W. y otro. *Introducción a la criminología*…, cit., p. 163.

Como se expresa en la doctrina, la preeminencia de los espacios dedicados a la crónica criminal en los más diversos medios de comunicación, donde ya no es extraño que ocupe los primeros titulares, tiene que ver sin duda, aunque no exclusivamente, con el eco que tales informaciones suscitan en capas amplias de la población(23). Conforme a esto, toma lugar un **sentimiento de inseguridad en la población**, lo que en definitiva es lo que incide en el diseño del modelo político-criminal de "Seguridad Ciudadana"(24); (…) a decir de Maier, siguiendo a Roxin, la pena estatal aparece en el imaginario general como el remedio más natural para las enfermedades sociales, ha ganado más terreno la privación de libertad, incluso exagerada y anticipada, como mecanismo de combate o lucha contra la delincuencia, la extensión de su amenaza a ámbitos y formas delictivas antes desconocidas, y la agravación de su amenaza con la intención declarada de aportar algo a la seguridad común, a la meta poco confesada, pero existente entre pretensión "pretenciosa", de eliminar el delito. La seguridad general ha desplazado a la seguridad individual(25).

En este clima del fatalismo punitivo, el temor, la angustia y el miedo aprisiona y secuestra la mente de los ciudadanos, quienes ante tal pavor, de ser próximas víctimas de estos demenciales hechos de criminalidad, demandan de forma inmediata, más Derecho Penal, y, ante un legislador proclive a canalizar tales demandas, toma lugar esta irracional y desenfrenada reforma legislativa penal, que se manifiesta con la portentosa forma de nuevas figuras delictivas y de nuevas circunstancias agravantes, que se sustentan, no en los principios legitimantes de un Derecho Penal democrático, sino en el aplacamiento de los sentimientos de seguridad (subjetiva) del pueblo. Mediante esta descripción de las cosas, el legislador ampara su reforma normativa, no en los indicadores principistas del Derecho Penal (criminológicos), sino en factores puramente sociológicos y psíquicos, y claro políticos, no de cuanta pena se requiere para que el agente pueda rehabilitarse socialmente, sino cuanta pena se necesita para lograr tranquilizar a los miembros de la sociedad. Por consiguiente, la norma jurídico-penal es rebajada a factores esencialmente socio-cognitivos-comunicativos (pedagógicos), de rendimiento nulo en la verdadera contención del crimen, pues para ello se requiere hacer uso de todo un complejo multifactorial, que en puridad ancle en una prevención primaria de la delincuencia.

La política criminal en el Perú se convierte así en una puesta en escena de la Ley penal meramente de coyunturas, de contextos histórico-sociales, basta que

(23) DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *La política criminal en la encrucijada*, cit., p. ,75.

(24) Vide, al respecto, RICO, J.M. / CHINCHILLA, L. *Seguridad ciudadana en América Latina*. Siglo XXI, México, 2006, p. 20.

(25) MAIER, J.B. *El futuro del Derecho Penal*, cit., p. 369.

sucedan ciertos hechos que conmuevan la opinión pública, v. gr., los desmanes, lesiones y muertes que se producen en los estadios de fútbol, merced a las barras bravas, que en realidad son agrupaciones delictivas, desprovistas de todo control policial y gerencial de los clubes que las promueven, así como los asesinatos que se acometen por los llamados "sicarios", muchos de ellos, jóvenes adolescentes, que por pocas sumas de dinero están dispuestos a cegar la vida de muchos inocentes. Situaciones estas que han merecido –por parte del legislador–, dos reformas: una, la inclusión del artículo 46-D, en el catálogo de las circunstancias agravantes cualificadas y la modificación del artículo 315 del CP - Disturbios.

Esta incesante e irrefrenable forma de legislar en el Perú, no solo puede ser explicado, con base en factores sociológicos, políticos y comunicativos, sino también acusada a la misma dogmática penal, cuyo excesivo refinamiento y elaboración argumentativa intrasistemática, hace de esta un instrumento poco fiable para los políticos, que en vez de hacer una alianza con los sectores más representativos de la juridicidad, lo que hacen es romper todo viso de coordinación parlamentaria y, así recogen de forma inmediata las demandas penalizadoras de varios sectores representativos de la sociedad, desprovistos de todo filtro de racionalidad, en cuanto a su faz deontológica, axiológica y material[(26)]; no son por tanto, los criterios legitimantes del Derecho Penal los que encauzan el diseño de la política criminal, sino más bien los réditos electoreros, así como la tranquilidad de los miembros de la sociedad, lo que mueve la dirección de la reforma normativa. De recibo, los políticos se aprovechan del descrédito de las agencias de criminalización primaria[(27)], para hacer uso y gala de esta asistemática y defectuosa técnica legislativa; los peruanos poco confían en las agencias judiciales y penitenciarias, y también policiales, lo que determina anclar en una propuesta profusamente normativa.

Es a través de elaborados discursos políticos, sostenidos sobre la creación artificial de bienes jurídicos, que se encamina todo el programa reformador, donde no es un basamento material, el cual sirve de soporte justificativo, este proceder normativo, sino los sentimientos colectivos de inseguridad ciudadana, los que mueven y dinamizan el marco regulador del Derecho Penal; mientras estos sentimientos se muestren más intensos, de mayor alcance, la norma penal a su vez, también alcanzará una mayor cuota de intervención, llegando al Maximalismo punitivo, lo cual rompe el esquema del principio de mínima intervención. Bajo este esquema descriptivo, no ha de sorprendernos la inclusión de la pena de cadena perpetua en la legislación, la reviviscencia de instituciones anacrónicas como la Reincidencia y la Habitualidad, como la proscripción de los beneficios

(26) Cfr., PÉREZ PINZÓN, A.O. *Derecho Penal Mínimo*…, cit., p. 496.

(27) Así, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *La política criminal en la encrucijada*, cit., p. 75.

penitenciarios, así como la incorporación de todo factor y/o circunstancia que permita elevar la pena por encima del marco penal imponible. Lo curioso a todo esto, es que los tribunales de justicia muy poco aplican estas instituciones, ora por desidia ora por su innegable ilegitimidad, por más que vengan refrendados por decisiones jurisprudenciales de los más altos Tribunales del país, sea en doctrina jurisprudencial o bajo el corsé de los "precedentes vinculantes"; decisiones judiciales, que también apelan a veces a los sentimientos de alarma social o de los intereses de las víctimas, para justificar esta irrazonable política criminal.

En la doctrina, se señala que parece que este replanteamiento que deviene de la utilización del Derecho Penal como herramienta efectiva para fundamentar una determinada política de gobierno, constituye una percepción que ha dejado de ser un riesgo para convertirse en una realidad, relativizando al máximo el principio de necesidad, utilizando al Derecho Penal como un arma que se emplea bajo los falsos fundamentos de protección de la sociedad, generando una inflación del instrumento punitivo(28).

A todo esto, subrayamos, por tanto, que lo que menos preocupa a los políticos, es el real rendimiento de la norma en la realidad social, en cuanto a contener este demencial de la criminalidad, lo que realmente interesa son los resultados políticos que puedan obtenerse de aquel. En efecto, resulta fácil apreciar que un buen número de programas de intervención penal son diseñados no tanto para reducir efectivamente el delito, cuanto para disminuir las generalizadas inquietudes sociales sobre la delincuencia(29).

Un empleo desmesurado y excesivo del aparato punitivo del Estado, a lo único que conduce es a su desgaste nominal, a su propia deslegitimación como medio de control social, descendiéndose a funciones marcadamente **simbólicas y promocionales**, donde sus consecuencias no han de advertirse en lecturas concretas de la reducción de la criminalidad, sino en sus efectos comunicativos con estos espadachines de la seguridad, rebajándolo a una caja de resonancia, al receptáculo de sensaciones y de cogniciones puramente subjetivas, y por otro lado de oportunismo político. Así, Silva-Sánchez, al sostener que (…), si el mismo se dirige a prohibir conductas que no albergan una gravedad cualificada, y que consecuencialmente no coloquen en peligro bienes jurídicos penalmente relevantes para el individuo y la sociedad, el Derecho Penal dejará entonces de cumplir su función de motivación, generando por ello que este comunique a la sociedad que no está cumpliendo con su función preventiva, convirtiéndose este en un instrumento simbólico, que se erigirá por consideraciones de oferta y demanda de

(28) CASTRO CUENCA, C. / HENAO CARDONA, L.F. / BALMACEDA HOYOS, G. *Derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Grupo editorial Ibáñez, Ediciones Jurídicas de Santiago, Bogotá, 2009, p. 135.

(29) DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *La política criminal en la encrucijada*, cit., p. 76.

sentimientos momentáneos, que más temprano que tarde enseñará que el mismo escapan los criterios de certeza y severidad del castigo, llevando a su completa deslegitimación(30).

El Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho(31) no puede servir para tutelar los intereses morales de ciertos sectores de la sociedad para reivindicar las desigualdades sociales, tampoco para garantizar la estabilidad del régimen gubernamental, menos para sofocar todo foco de disidencia política; su modesta función ha de ser siempre la protección de bienes jurídicos, necesitados y merecedores de tutela penal, siempre que el resto de parcelas de la juridicidad se muestren en ineficientes, como medios de contención y de prevención de estas conductas disvaliosas.

En este contexto complicado la dogmática jurídico-penal sigue desempeñando un rol fundamental, como dique de contención ante toda manifestación que pretenda desbordar su ámbito legitimador, imprimiendo cesura y razonabilidad de la respuesta jurídico-política, imponiendo límites precisos a la política criminal y, lo que es más importante, salvaguardando los valores humanos más esenciales, dando cuotas de consenso y de diálogo a fin de que el Derecho Penal se constituya en realidad en un mecanismo de verdaderas garantías para las libertades fundamentales; como bien se pone de relieve en la doctrina, lo que no puede producirse es una pérdida de identidad de la dogmática jurídico-penal como instrumento garantista de los principios fundamentales del Derecho Penal del Estado de Derecho, pues con esas malas consecuencias la Dogmática jurídico-penal debería ser calificada como una Dogmática "fracasada"(32). O también, acuñando una ciencia que pueda proponer cambios legislativos, que no pueden basarse en puntos de vista arbitrario-subjetivos, como acota Roxin, irrelevantes legislativamente, sino que deben elaborar los principios constitucionales, especialmente el principio del Estado social y de Derecho, la absoluta vigencia de la dignidad del hombre, el significado de los derechos fundamentales y los resultados de una reforma internacional(33).

(30) SILVA-SÁNCHEZ, J.M. *La expansión del Derecho Penal*… 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001, p. 77.

(31) El Estado Social y Democrático de Derecho, apunta Pérez Pinzón, entre otros aspectos, reconoce que lo más importante es el hombre, el individuo, y que en una democracia es ineludible plantear el mayor alejamiento posible del hombre, respecto del Estado, aun cuando se acepta el intervencionismo. Preténdese, entonces, asegurar de la mejor manera la libertad, limitando la injerencia del Estado en la vida ciudadana. Por ello a este tipo de filosofía constitucional corresponde el denominado Derecho Penal de libertad; *Derecho Penal Mínimo*…, cit., p. 494.

(32) MUÑOZ CONDE, F. "Dogmática Penal afortunada y sin consecuencias". En: *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, cit., p. 239.

(33) ROXIN, C. "La Ciencia del Derecho Penal ante las tareas del futuro". En: *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, cit., p. 412.

IV. EL MODELO DE POLÍTICA CRIMINAL DE LA "SEGURIDAD CIUDADANA"

Ha de entenderse a la política criminal como ciencia, como teoría que sistematiza y aglutina una serie de conceptos, de variables a saber, que se encamina a proponer salidas y/o alternativas pacíficas a la conflictividad social desencadenada por el delito; se equivocan muchos, cuando piensan que la política criminal es una ciencia, que tiene como único norte, elaborar respuestas jurídicas para extirpar el delito de la sociedad, es decir, de que este teorema solo ha de sustentarse en razones **represivas**. Nada más falto a la verdad, en tanto y en cuanto la política criminal, que de cuño fue elaborándose en los últimos tiempos fue tomando como substrato basilar, el respeto irrestricto de los derechos fundamentales y, en ello en el marco de las políticas públicas significa que el ser humano no puede ser empleado para afines ajenos a su propio ontologismo; la Ley Fundamental se decanta por esta proposición humanista, al declarar que la **defensa de la persona humana y su dignidad son los valores supremos del Estado y la sociedad**, inspirado tal vez desde la filosofía kantiana, que impregna el discurso jurídico, limitando así la intervención del *ius puniendi*, a zonas tolerables y permisibles.

Zipf denomina al principio de humanidad, como "concepto básico de persona" y "defensa de la dignidad de la persona como deber fundamental"(34).

En la doctrina se apunta que la política criminal es una disciplina que busca elevarse a los primeros principios rectores del Derecho Penal, a ese Derecho que rige más allá de los lugares y los tiempos como habría dicho Carrara. De la ciencia ideal por naturaleza, ya que todas sus actividades se verificarán a través de abstracciones. Y se comprende la importancia de la valoración dentro de esta(35).

Dicho esto, la política criminal se ve influenciada por los mismos principios que se encuadran en el marco del ejercicio del Derecho Penal, v. gr., de mínima intervención, de subsidiariedad, de última ratio; esto es precisamente, lo que define el modelo político-criminal de los Estados Constitucionales de Derecho, y que de recibo, se ha hecho total rajatabla, se postula falazmente, que la política criminal (**de la ley y el orden= Seguridad Ciudadana**), no tiene que estar ligado a estos criterios rectores, por lo que en su afán por alcanzar verdaderos réditos frente a la criminalidad, puede hacer uso de todo mecanismo e instrumento que pueda ser útil frente a ello.

En esta hipertrofia del Derecho Penal, el modelo de política criminal de la Seguridad Ciudadana importa una abierta desvinculación y/o ruptura de los

(34) ZIPF, H. *Introducción a la política criminal.* Trad. Miguel Izquierdo Macias-Picavea, Edersa, Jaén, 1980, p. 42.

(35) CUERVO PONTON, L.E. *Política criminal*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1988, p. 84.

principios legitimadores del derecho punitivo con el diseño de estas políticas penales, donde los primeros son totalmente abandonados, para adoptar decisiones basadas en las demandas de la sociedad y en las exigencias de los medios de comunicación; esto quiere decir lo siguiente: si es que por la televisión se difunden noticias y documentales, concernientes a la violencia que generan las barras bravas, de las innumerables lesiones que provocan en su paso a los bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos, de forma directa se acoge esta demanda, y se procede a la penalización taxativa de estos, en el marco del tipo penal en particular (disturbios), sin interesar que esta conducción conductiva, ya se encuentra recogida en el ámbito de protección de la norma, bastando para ello una interpretación normativa ajustada al principio de legalidad, como se verá líneas más adelante.

Como bien se expone en la doctrina, en lo atinente a las consecuencias políticas, la criminalidad y el sentimiento de inseguridad suelen originar presiones de la población sobre autoridades públicas con la finalidad de generar cambios en las modalidades de intervención frente al problema. Estas presiones suelen concretarse en exigencias de medidas más represivas, tanto en el plano legal (aumento de las penas, instauración de la pena de muerte) como en el plano policial (otorgamiento de más amplios poderes a los cuerpos policiales) (…)[36].

En palabras de Díez Ripollés, el afán por satisfacer, antes y más que el otro, las más superficiales demandas populares, ha metido a los partidos mayoritarios y sus acólitos, en una atolondrada carrera por demostrar que son los más duros ante el crimen, y a una sorprendente proximidad de propuestas político-criminales, que a algunos de ellos le supone la pérdida de su identidad ideológica[37].

Es por tanto, el "populismo" y la "irracionalidad punitiva", lo que mueve y dinamiza esta frenética reforma legislativa, donde los teóricos y juristas no cumplen rol alguno, aunque no faltan algunos que salen a las tribunas de los medios de comunicación para avalar estas iracundas formulaciones de política criminal; son ahora, los gestores atípicos de la moralidad, los medios de comunicación social los que promueven estas absurdas penalizaciones, que por su acusada ilegitimidad, no pueden *por mor* justificar válidamente estas reformas normativas, empero eso es lo que menos importa, y esto lo vemos hoy, con las últimas reformas normativas, como es el caso del artículo 46-D y la modificación del artículo 315 del CP, a lo cual de seguro, debe aparejarse todo un arsenal de modificaciones normativas, como de proscribir la aplicación de los criterios de oportunidad en el caso del reincidente, etc.

(36) RICO, J.M. y otro. *Seguridad ciudadana en América Latina*, cit., p. 40.

(37) DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *La política criminal en la encrucijada*, cit., p. 82.

En resumidas cuentas, las tendencias represivas de la población (…), generalmente atribuidas al incremento de la criminalidad y del miedo al crimen y a una respuesta estatal ineficiente, y su impacto en el proceso de democratización de América Latina, están imponiendo el replanteamiento de las políticas oficiales de seguridad ciudadana actualmente aplicadas(38).

Los peligros que encierra el "maximalismo y/o populismo punitivo" no solo ha de ser apreciado desde un plano dogmático-principista, en cuanto a eclosionar con los valores fundamentales de todo Derecho Penal democrático, sino que a ello, se apareja un peligro creciente, que esta expansión penal, propicia un debilitamiento de las seguridades individuales de las personas, pues la anticipación del umbral de intervención, importa –que duda cabe–, mayores cuotas de injerencia en el ámbito de las libertades fundamentales de los individuos; como señala Maier, (…) cualquier prohibición nueva no solo provoca una disminución del ámbito de libertad jurídica del ciudadano o vecino, sino, además, supone una ampliación correlativa a de las facultades de prevención e intervención de los órganos oficiales (policía) encargados de perseguir la realización de la sanción establecida en la norma, con la particularidad de exigencias de fundamento menores a la certeza sobre la infracción, necesarias judicialmente para aplicar la sanción, poderes que resultan difíciles de controlar en tiempos reducidos(39).

V. PRECISIONES CONCLUSIVAS

La política criminal en el Perú se ha instituido en la actualidad, en el receptáculo de una serie de proyecciones –políticas, ideológicas y culturales–, de cuyo cuño, ha provocado una incesante reforma legislativa, que día a día mueve las articulaciones de nuestro texto punitivo. Esta orientación se expresa en la configuración de un modelo de política criminal, sostenido bajo el corsé de la "seguridad ciudadana"; donde la pluma del legislador (Poder Ejecutivo), se manifiesta generalmente en el núcleo más duro de la criminalidad, es decir, en el marco de los delitos que atentan contra los bienes jurídicos fundamentales; formulación normativa que adquiere respaldo ciudadano, producto de la incontenible delincuencia que azota nuestras urbes y zonas rurales. Entonces, lo mediático e inmediato a la vez, es incidir en mayores cuotas de intervención del *ius puniendi* estatal, dejando de lado sus principios legitimadores; nos referimos a sus criterios rectores, los que limitan su actuación en un orden democrático de derecho, aquellos que el legislador consagró en el Título Preliminar del CP y, que en tiempos actuales, han sido prácticamente trastocados, en pos de pretender legitimar esta irracional política penal.

(38) RICO, J.M. y otro. *Seguridad ciudadana en América Latina*, cit., p. 41.

(39) MAIER, J.B. *El futuro del Derecho Penal,* cit., p. 378.

Vemos así que el debate doctrinario en realidad, no tiene que ver con la modernización del Derecho Penal, en cuanto a la protección de nuevos bienes jurídico, así como el empleo de nuevas herramientas dogmáticas, sino que al estar totalmente desenfocado, este se encamina a otros planos a saber; donde no es el jurista o el doctrinario quien pone la agenda, sino el político, pues es a través de estas incansables reformas punitiva, que ha de tomar lugar el análisis científico, llevado al campo más duro del Derecho Penal.

Legitimar este modelo de política criminal en las calles y plazas es empresa fácil, mas en los foros jurídicos y académicos importa una tarea harta complicada.

De recibo, esta palmaria manifestación **punitivista**, viene arrastrada por la enorme influencia que asumen ciertos sectores representativos de la sociedad y, por un portentoso poder de los medios de comunicación, en la medida que son estos actores los que presionan y demandan mayores criminalizaciones, las cuales son canalizadas por el legislador, dando muestra de la poca reflexión que ello debería demandar. Y, ello lo decimos por la sencilla razón, que cuando se intensifica la participación del Derecho Penal, ello implica a su vez, en una gradual reducción de la tutela de las libertades fundamentales; donde las ansias por mayor seguridad, a la larga se convierten en percepciones puramente **subjetivas**, en tanto la tensión se agudiza, no se resuelve, puesto que el derecho punitivo, –por sí solo–, es un instrumento incapaz de contener esta demencial delincuencia. Barato sale hacer uso de más y más Derecho Penal, mayores esfuerzos supone barajar verdaderas políticas sociales, destinadas a la inclusión social y de generar más fuentes de trabajo; así como fortalecer la operatividad y logística de los órganos de persecución penal.

Según este esquema –refrendamos lo antes dicho–, que la política criminal en el Perú ha terminado por desbordar el umbral de legitimidad del Derecho Penal; algo que no interesa mucho a los políticos, pero a los que cultivamos la ciencia jurídico-penal, si nos preocupa y bastante, de ahí que se haya de transmitir un mensaje de alerta y de esperanza a la vez, donde la cordura y la cesura, haya de propiciar un clima de abierta discusión entre la política y la juridicidad y, así encontrar salidas –en realidad eficaces y legítimas–, ante esta grave problemática que aqueja a nuestra sociedad.

Concluimos, precisando, que esta forma de hacer política criminal en el país, lo que hace es dar plena vigencia a los postulados que la "criminología crítica" formuló décadas atrás, de que el Derecho Penal sigue constituyendo el instrumento reproductor de las desigualdades sociales, donde los clientes predilectos del Sistema Penal, son los delincuentes de los estratos socioeconómicos más bajos, mientras los protagonistas de escandalosos casos de corrupción (política), son sustraídos de las redes de represión penal, merced a las componendas de las fuerzas políticas partidarias. Situación que nada abona en la construcción de un verdadero Estado Constitucional de Derecho, donde la ley penal debe ser aplicada a todos por igual.

Parte

Especial

El delito de feminicidio basado en la discriminación y en el odio hacia el sexo femenino, conforme a su nueva regulación normativa

I. APUNTES PRELIMINARES

La muerte de mujeres a manos de los hombres, han alcanzado cifras alarmantes en los últimos tiempos en el Perú, es decir, la estadística criminal del delito de "feminicidio" ha aumentado de forma ostensible y significativa(1), lo cual es sobredimensionado con especial morbo, por parte de los medios de comunicación social y las tribunas políticas, con el afán de generar una sensación de miedo y de inseguridad en toda la población femenina(2). En definitiva, los homicidios a golpes que se producen en el seno familiar, generan un pánico moral, de angustia colectiva, propicia una sociedad masificada de **sujetos pasivos**.

Ante tal situación de pánico y zozobra, se abre un fecundo espacio, para una respuesta enérgica del Derecho Penal; así, el aparato punitivo del Estado es alimentado fuertemente por el dato criminológico, lo que justificaría –en principio–, que se apele a una mayor dosis de energía sancionadora, en el marco de asesinatos, que tienen como víctimas a mujeres de todo estrato social y económico. Aparece así, una "Criminología Mediática", que como bien explica Zaffaroni, poco tiene que ver con la académica. Podría decirse que en paralelo a las palabras de la academia hay otra, que responde a una creación de la realidad a través de la información, subinformación y desinformación mediática en convergencia con

(1) Según cifras del Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público, durante el periodo de 2009-2013, 547 mujeres fueron víctimas de este delito, de las cuales 65 no tenían vínculo familiar alguno o sentimental con aquellas. Siendo que 482 mujeres (88.1%) fueron asesinadas por su pareja, expareja o familiar.

(2) Ello no obsta en reconocer, que desde siempre, se han producido este tipo de agresiones y muertes, teniendo como sujeto pasivo en la mujer, en el marco de un contexto familiar, y que tal vez, al no haber concitado el interés, que hoy ha tomado dicha problemática, es que haya provocado que la realidad criminológica sea puesta al descubierto por la prensa y por las agencias estatales involucradas en la persecución, juzgamiento y sanción de tales crímenes.

perjuicios y creencias, que se basa en una etiología criminal simplista asentada en una causalidad mágica[3][4].

La política criminal, como es sabido, no solo tiene que ver con el Derecho punitivo, sino con todos aquellos medios u instrumentos, capaces e idóneos para prevenir y contener toda manifestación de criminalidad; entonces, los medios de control social –ajenos al Derecho Penal–, cuentan con efectos más poderosos para desplegar efectos en puridad **preventivos**. Sin embargo, los rasgos que caracterizan a la sociedad actual, demuestran que para la política, lo más rentable –en términos **electorales**–, es la utilización del Derecho Penal, más llevados a su función "socio-cognitiva-promocional", que a sus efectos neutralizadores de la delincuencia. Esto implica, que poco interesa el verdadero rendimiento de la norma jurídico-penal en los hechos, en la realidad social, sino de mantener cautivo a un electorado, necesitado y ansioso de mayor seguridad ciudadana. Se habla así del **peso de la emotividad en constante acción**, esta creencia se construye, conforme lo describe Zaffaroni, sobre bases bien simplistas, pero profundamente internalizadas a fuerza de reiteración y bombardeo de mensajes emocionales mediante imágenes: indignación frente a algunos hechos aberrantes, pero no a todos, sino solo de los estereotipados; impulso vindicativo por identificación con la víctima de estos hechos, pero no con todas las víctimas, sino solo con la de los estereotipados y si es posible que no pertenezcan ellas mismas a ese grupo, pues en tal caso se considera una violencia intragrupal propia de su condición inferior; miedo a la propia victimización y reclamo de mayor represión sobre la base de la causalidad mágica, según la cual mayores penas y mayor arbitrio policial producen mayor prevención de los delitos[5].

Llevado los argumentos descritos, –al caso que nos ocupa–, hemos de indicar que fue a fines del año 2011, que el legislador dio partida de nacimiento al delito de "Feminicidio", más denominativo que represivo, dando un mensaje de dureza, frente a hechos tan execrables; a la fecha, han pasado casi ya dos años y los efectos disuasivos (de **intimidación**), que debe reportar las sanción penal son prácticamente nulos. Apostamos, que aun se llegue al radicalismo punitivo de la pena capital, tampoco se lograría la eliminación de tal conducta delictiva; lo que nos revela la ciencia criminológica, es que la coacción psicológica de la pena, en algunos delincuentes no genera los efectos que se espera de ella.

(3) ZAFFARONI, E.R. *La palabra de los muertos. Conferencia de Criminología Cautelar*. Ediar, Buenos Aires, Argentina, ob. cit., p. 365.

(4) Lo mágico, dice Zaffaroni, es la especial idea de la causalidad que se usa para canalizar la venganza contra determinados grupos humanos; *La palabra de los muertos*, ob. cit., p. 365.

(5) Ibídem, p. 371.

Entonces, cuando la problemática se agudiza, cuando la prensa escrita y televisiva engrosa sus titulares con hechos de sangre, que tienen como víctima a una mujer(6), el legislador reacciona de forma inmediata, pero no desde un plano totalizador de la política criminal, sino solo a través de los portentosos brazos del *ius puniendi* estatal; y es así, que en los programas informativos de los medios de comunicación social, se presentan los parlamentarios, quienes aceptan –de forma casi desnuda–, que la inclusión del Feminicidio, en el catálogo punitivo no fue suficiente para evitar que se sigan produciendo estos crímenes, es decir, admiten efectos preventivos nulos; sin embargo apelan al discurso de la retribución del delito; en otras palabras: **no importa que el mensaje punitivo de la norma no haya calado en la psique de los delincuentes, no interesa que no se ha podido evitar la muerte injustificada de tantas peruanas, lo único que interesa es de darle el arma legal al juez, para que pueda imponer penas sumamente severas**. Según esto, el Derecho Penal se reduce a un instrumento puramente represivo, que cala en una faz netamente retributiva, marginando su función preventiva, que el texto punitivo y la Ley Fundamental le asignan de forma prioritaria.

Parafraseando a Zaffaroni, diremos que frente al pasado la urgencia es una respuesta imposible, solo puede ser la venganza. Como urgencia es intolerante, no admite reflexión, ejerce una censura inquisitorial, pues a cualquier tentativa de responder invitando a pensar es rechazada y estigmatizada como abstracta, idealista, teórica, especulativa, alejada de la realidad ideológica, etc(7).

En su momento, acusamos que una figura delictiva –así concebida–, comprendida bajo el corsé del "género", a lo único que conduce a es a un Derecho Penal Simbólico, a una perversión del núcleo sustentador del Derecho Penal, que es el hecho como factor gravitante de la construcción normativa, el desvalor que se erige como soporte del fundamento material del injusto, lo que legitima en definitiva la intervención del Derecho punitivo, en un orden democrático de Derecho. Apelar al Derecho Penal, como una suerte de mecanismo reivindicador de los sectores sociales más vulnerables, es todo un despropósito, a que lo único que conduce es a la deslegitimación de este medio de control social, a su desgaste nominal; no somos ciegos a una realidad incontestable en el Perú, son muchas las mujeres objeto de una permanente e incansable agresión por parte de su pareja; que guiado obtusamente por un machismo inexplicable y amparado erróneamente en su superioridad física, maltrata a su pareja, que en algunos casos puede llegar a un homicidio; empero, acá no encontramos un mayor desvalor que puede predicarse perfectamente en el asesinato alevoso o por el móvil de ferocidad, según las

(6) La tecnología de la criminología "mediática", como expone Zaffaroni, es televisiva. Por eso, dice el autor, cuando hablamos de discurso, no lo hacemos en el sentido puro del lenguaje hablado o escrito, sino del mensaje que se impone mediante imágenes; *La palabra de los muerto*s, ob. cit., p. 367.

(7) Ibídem, p. 377.

esquelas normativas del artículo 108 del CP; de manera que no existe otro bien jurídico distinto, al identificable en el tipo penal de asesinato y, se quiere apelar a la cuestionable relación de superioridad, pues como se ha perfilado en la doctrina española, se propondría una circunstancia agravante genérica –de tal calibre–. Es así, que seguimos asentando la idea de que estamos ante una manifestación patente de un Derecho Penal de Autor(8), donde es la peligrosidad que revela el agente, en su accionar típico, lo que sustenta la mayor agravación de penalidad, insostenible según la plataforma de un Derecho Penal democrático, que solo debe prohibir acciones y no estados de peligrosidad, como podría elucubrarse desde los confines del Derecho Penal del enemigo(9); en tanto si el sujeto ya no puede garantizar un mínimo de seguridad cognitiva, está apartado de forma conclusiva del Derecho, ya no tiene porque ser portador de las garantías elementales de un orden democrático de Derecho, ya no puede ser tratado como persona, sino como **enemigo**. Y, se diluye en demasía, en la tipificación penal –*in comento*–, en la medida que no se requiere de una relación de pareja (expareja), para dar afirmación de materialidad delictiva; es decir, basta que el sujeto activo sea un hombre y que el sujeto pasivo sea un mujer, sin importar que también una mujer puede ser autora de este delito y, que de esta forma se llegaría a insostenibles desigualdades, que justamente sostendría esta norma, en el sentido, de que otras personas –tal vez más vulnerables que una dama–, como un recién nacido no es merecedor de la misma intensidad de tutela punitiva, o cuando el hombre de una relación homosexual, que es maltratado por su pareja, bajo ese mismo **machismo** no recibe tampoco la misma protección penal. Volvemos a reiterar, no podemos abonar los planteamientos ideológicos y filosóficos de un Derecho Penal del enemigo, al ser abiertamente contrario a las bases de una culpabilidad por el acto, conforme se extrae del Título Preliminar del CP.

Bueno, no se sigue más la tónica de hacer un uso excesivo de la norma jurídico-penal y, esto es lo que ha significado la inclusión del artículo 108-A al Código Penal, vía la dación de la Ley Nº 30068, del 18 de julio del 2013, ahora sí dando una tipificación penal autónoma al delito de "feminicidio", mediando una configuración distinta a la que apreciamos con la modificación del artículo 107, vía la Ley N° 29819, y con todo un listado de "contextos", tal como el lector puede advertir de los siete numerales, que el legislador ha adjuntado en dicho articulado.

(8) Así, UGAZ HEUDEBERT, J.D. "El delito de feminicidio en el Perú: ¿Excesiva victimización de la mujer?". En: *Feminicidio y discriminación positiva en Derecho Penal*. ARA Editores, ob. cit., p. 157.

(9) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte General*. 4ª edición, Idemnsa, Lima, pp. 283-300.

II. DESARROLLO ARGUMENTAL - LOS DELITOS DE ODIO

Hemos elaborado siempre nuestro discurso jurídico y filosófico sobre las raíces y fundamentos apegados a un Derecho Penal democrático, ello significa despojarnos de conceptos e ideas ajenos a su construcción legitimadora.

El avance de la ciencia jurídico-penal supuso abandonar categorías propias de la ciencia criminológica, muy aventurada a buscar respuestas frente al crimen, en la descripción anatómica, biológica o, dígase, estructural del ser delincuente; así como de penetrar en la ideologización de la mente del criminal, de identificar rasgos patológicos en la motivación del impulso a la comisión de delitos.

Un Derecho Penal Autoritario significa penalizar la voluntad de un individuo(10), sin que esta se haya manifestado en el mundo exterior, mediante la lesión y/o la puesta en peligro de un bien jurídico –penalmente tutelado–; en un real Estado de Derecho, solo puede ser objeto de penalización los hechos que generan una perturbación significativa en la coexistencia pacífica de una sociedad; los pensamientos y las ideas están al margen de toda posible acriminación.

Con lo dicho no queremos decir que la figura delictiva, recogida en el artículo 108-B del CP penalice puros pensamientos o actitudes frente a la vida social, sino que la redacción de su primer párrafo nos hace alusión a que el asesinato del sujeto pasivo, **que la muerte de la víctima, sea por su mera condición de** "mujer"; esto supone, que el autor del injusto penal, que también puede ser otra mujer, da rienda suelta a su impulso criminal, basado en un odio, en un desprecio hacia el género femenino. Bajo esta nueva composición típica, el delito de Feminicidio se desarraiga del tipo penal de Parricidio, pues este último requiere necesariamente de una relación de parentesco del autor con la víctima, lo cual ya no es indispensable en el artículo 108-A, pues basta que sea una dama el sujeto pasivo, para que se pueda configurar este injusto penal. Y, así, es de verse con lo redactado en el inciso 4 del dispositivo legal: cuando a la letra dispone que: "Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente".

Por lo general, las noticias describen una situación de pareja, es decir, es el novio, esposo o expareja, quien da muerte a la mujer, porque esta le ha sido infiel o simplemente ha roto la relación sentimental con el primero; se advierte acá una baja autoestima del autor, quien no soporta la idea de que la mujer pueda estar con otro hombre (o mujer) o que ya no lo quiera, como si la relación sentimental les diera una suerte de pertenencia, algo impensable en un estado de libertades. Situación que enrostra una descripción de patología social y psicológica, como

(10) Vide, al respecto, MUÑOZ CONDE F. Edmund Mezger. *El Derecho Penal de su tiempo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 45-46.

el empoderamiento de posturas y jerarquías sociales, propio de un machismo desafortunado y desventurado.

Entonces, si se asesina a la víctima solo por su condición de **mujer, estamos ante una actitud de rechazo frente al género femenino, de odio a las damas, que no tendría por qué circunscribirse a matar a la pareja, sino a cualquier mujer, a la compañera de trabajo, a la empleadora, a la mujer policía, etc**. En otras palabras, se configura un asesinato, basado en la discriminación del hombre frente a la mujer; donde el impulso criminal no requiere de una relación sentimental con la víctima, sino pura y lisamente contra cualquier mujer; una especie de genocidio, de quien quiera eliminar de forma sistemática un determinado grupo social, conforme se desprende del artículo 319 del CP[(11)]; con esto se pierde totalmente la brújula, arrastrando a esta figura delictiva a senderos que no se corresponden con su naturaleza, pues el feminicidio es una subespecie del delito de parricidio.

Los llamados "delitos de odio", son aquellos que se manifiestan a través de un ataque sistemático y generalizado de una persona (o varias), teniendo como víctimas a personas pertenecientes a determinado grupo social, étnico, raza o género, que vienen impulsados por determinados prejuicios, estigmas y/o posicionamiento social; así, en el nacionalsocialismo, en el exterminio de millones de judíos, al pensarse que la raza área era superior y dominante hacia ella.

¿Qué son los delitos de odio, se plantea Aniyar De Castro? Concepto acuñado en 1985, algunos definen los delitos de odio como crímenes motivados por el rechazo del grupo social identificable. Generalmente se trata de grupos definidos por raza, religión, orientación sexual, discapacidades, etnicidad, edad, género, grupo social o afiliación política[(12)].

Al margen de lo asistemático que pueda resultar, el acogimiento de un delito de odio, en una figura como el "feminicidio" no implica su probable legitimidad en un marco social, donde se adviertan aún prejuicios, discriminaciones o evidentes desprecios hacia ciertos grupos sociales, como son los inmigrantes en Europa continental; como lo era el Ku Klux Klan en USA, años atrás o el Nacionalsocialismo en Alemania. Es lamentable reconocerlo, pero en el umbral del tercer milenio, están reviviendo movimientos de personas, que tienen por objetivo el ataque a personas portadoras de determinadas características raciales.

Como bien se sostiene en la doctrina, aunque los juristas han declarado que no tiene sentido prever los delitos de odio en la legislación, pues se trataría de castigar solo la motivación y no una conducta cuya penalidad ya está prevista

(11) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo IV, ob. cit., pp. 519-535.

(12) ANIYAR DE CASTRO, L. *Criminología de los Derechos Humanos.* Ob. cit., pp. 272-272.

en las leyes penales, por el impacto que tienen en lo más básico de los derechos humanos, ha habido interés en agravar de manera especial penas por la jerarquía ofensiva del acto, además de lo que algunas legislaciones, aún las más antiguas, han denominado como en nuestro país "motivos fútiles o innobles"[13]. De hecho, una cosa es el crimen de odio y, otra muy distinta el Asesinato por placer y ferocidad.

El odio al diferente, o su desprecio tienen variables múltiples. Por eso, más que referirnos a ellos hoy como crímenes de odio –que es una denominación de carácter puramente emocional y aparentemente al margen de concretas relaciones sociales–, podríamos hablar de crímenes motivados por las diferencias[14]. Y ese móvil del desprecio hacia el **distinto***,* puede tenerlo también una mujer hacia el género femenino, al sentirse un varón más que una dama.

Habríamos que identificar, por tanto, a criminales, a asesinos en serie, que tienen como objetivo matar a mujeres, solo por ser portadoras de tal género, sin tener que auscultar en una probable relación entre la pareja criminal una conducta detentadora de odio, desprecio hacia el género femenino; la motivación es por tanto eliminar a las mujeres de la faz de la tierra. En el delito por odio, el odio a la víctima está motivado por el odio a un grupo de pertenencia, que está fundado en un prejuicio. Se ha caracterizado el crimen por odio como un acto ilegal que importa una selección intencional de una víctima a partir del perjuicio del infractor contra el estatus actual o percepción de esta[15].

Quien procede a matar a su pareja o expareja, no lo hace porque es una mujer, sino porque no soporta la idea de que lo dejen, que le haya sido infiel[16] o de que esta pueda estar con otra persona; máxime si la pareja puede ser del mismo sexo y esto implica que autor del feminicidio puede ser otra mujer y, esto es algo que el legislador ni siquiera se le pasó por la cabeza.

Si se quiere reglar un delito de odio, se requiere que la conducta típica esté dirigida contra una raza, etnia o género; donde el bien jurídico trasvasa un orden individual, para penetrar en la colectividad, de suerte que sería una variante de crímenes contra la Humanidad. Así, es de verse del inciso 4 del artículo 80 del CP argentino y la Ley 23.592 (**odio contra una raza**). En palabras de Zaffaroni, la víctima, como individuo, tiene poca importancia. Simplemente, es el individuo que da en el estereotipo y, a través de la lesión del sujeto, lo que se quiere es mandar

(13) ANIYAR DE CASTRO, L. *Criminología de los Derechos Humanos*, cit., p. 273.

(14) Ibídem, p. 274.

(15) ZAFFARONI, E.R. *Los delitos de odio (discurso).* Martes 21 de agosto de 2007, ob. cit., p. 2.

(16) Una mujer por los mismos motivos, también puede darle muerte al hombre, a su pareja; situación que también acontece en la realidad, pero esto si se produjese con mayor frecuencia, podría augurar un delito de Hombricidio, algo apocalíptico e impensable.

un mensaje a todo el grupo o colectividad, a todos los que presenten las mismas características del sujeto agredido(17).

Vemos así, que las diversas numerales, que el legislador ha procedido reglar en todo lo ancho del artículo 108-A, define una particular forma de normar un tipo penal del injusto, al advertirse una serie de circunstancias, de "contextos", en los cuales ha de tomar lugar el asesinato de la mujer, lo cual importa una descripción sui géneris, es decir, no es acostumbrado que se describa normativamente la variedad de situaciones en que toma lugar la perpetración del hecho punible; y, esto es así, en la medida que la compasión típica no puede recoger los múltiples contextos, en que se desenvuelve el evento delictivo, es una meta imposible realizar, pues al inclinarse a dicha opción, se asume el gran riesgo, de dejar vacíos normativos, con ello abrir grietas de impunidad, que no pueden ser cubiertas por el operador jurídico, so pena de vulnerar el principio de legalidad (*lex stricta*).

Pensamos, que hubiese sido suficiente, con describir solamente la situación de la mujer como sujeto pasivo; y bueno, el tema de las circunstancias de agravación pasa por un análisis por separado; máxime, si como se ha venido sosteniendo, por lo general esta conducta delictuosa, acontece en el seno familiar, por lo que la indicación del numeral 1: "Violencia familiar", resulta innecesaria así como de regular contextos que tienen que ver con la comisión de otros delitos (sexuales).

III. CONTEXTOS DELICTIVOS DEL FEMINICIDIO

Cuando la muerte de la mujer (sujeto pasivo), toma lugar en un contexto de "violencia familiar"; el artículo 2 del TUO de la Ley Nº 26260, modificado por la Ley Nº 29282, publicada el 27 de noviembre de 2008, define a la violencia familiar como: "cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacciones graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual que se produzcan entre: cónyuges, convivientes, ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; o quienes habitan en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales". Entonces, antes de que acaezca el Asesinato de la fémina, ha de identificarse un acto propio de maltrato físico o psicológico, que no importe un acto típico del delito de lesiones, y en este contexto, toma lugar la muerte del sujeto pasivo; v. gr., por lo general ha de constar denuncias interpuestas por la mujer, ante la Comisaría del sector, por violencia familiar; aunque no puede descartarse, que en un mismo acto de maltrato familiar sobrevenga la muerte de la víctima. Si es que el agente le dio muerte a la mujer, sin mediar dicha circunstancia, y no concurriendo las hipótesis recogidas en los numerales 2) y 3), se podrá aplicar

(17) ZAFFARONI, E.R. *Los delitos de odio*. Ob. cit., p. 1.

el inciso 4), siempre que se pueda acreditar que el asesinato tomó lugar en una situación de **discriminación de género**.

Como lo decíamos antes, se es seguro que la agraviada de este delito ha de serlo únicamente una "mujer", mas no se puede afirmar lo mismo con respecto al autor del injusto penal; vemos de la redacción normativa de la Ley Nº 26260, que la violencia familiar, puede producirse también, entre: **ascendientes, descendientes, parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad**; esto quiere decir, que la hija, la sobrina, la prima, puede dar muerte, a su madre, a su tía, e igual, se tendría que aplicar este delito. Con ello nos damos cuenta, de que el empleo instrumental del Derecho Penal puede llegar a resultados político criminalmente insatisfactorios, cuando por ejemplo, la madre o el padre que matan a su hijo de dos meses de nacido (bebe), recibe una pena menor a la fijada en el artículo 108-B, a menos que concurra una de las agravantes previstas en el artículo 108, pero nunca podrá ser sancionado con pena de cadena perpetua o con una pena no menor de 25 años de pena privativa de libertad, aun cuando concurran algunas de las circunstancias regladas en el segundo listado del articulado *–in examine–*, máxime, cuando la madre es injustamente beneficiada con la morigeración de la pena, contemplada en el artículo 110 del CP; y vaya que un bebe recién nacido es una persona mucho más vulnerable que una mujer de veinte años de edad. Así, advertimos una serie de incongruencias, que son producto de una legislación fragmentada de la realidad social.

- Coacción, hostigamiento o acoso sexual; la primera circunstancia regulada, importa identificar una acto de **vis compulsiva sobre la víctima***,* en cuanto a constreñir la voluntad del sujeto pasivo, realizar un acto que la ley no exige realizar o que esta prohíbe; precisamente, si el agente quiere asegurarse el éxito de su plan criminal, lo que hace primero, es obligar a que el sujeto pasivo se quede en un cierto lugar o que no pida auxilio, y así proceder a su muerte. Sobre este punto cabría dos cosas a decir: primero, que sería el medio que utiliza el agente para cometer el delito, no haciendo alusión por tanto a un contexto determinado y, segundo, que una situación descrita puede ser resuelta, vía un concurso real de delitos, del artículo 107 con el artículo 151 del CP.

Por su parte el "hostigamiento o acoso sexual", importa aquellas formas de presión sexual que se dan en determinados ámbitos, en los que se desarrollan relaciones de preeminencia implícitas (trabajo, colegio, universidad, etc.), y que genera como consecuencia que el sujeto pasivo se vea compelido a tolerar presiones, para permanecer o progresar en dichos ámbitos[18]; de tal manera que las presiones surgen a partir de ciertos ámbitos de dominio social (relación

(18) DONNA, E.A. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I, ob. cit., pp. 505-506.

laboral "vertical"), donde el superior se aprovecha de su puesto para obtener favores sexuales del subordinado; pero esta presión debe manifestarse en actos concretos: a.- Con invitaciones a salir, almuerzos, tocamientos, acercamientos corporales u otros y, b.- Que de la negativa de la subordinada (sujeto pasivo), se desencadenen consecuencias perjudiciales en el ámbito laboral: traslado a otras oficinas, incumplimiento de pago, sabotajes en las tareas propias de la actividad laboral, trato hostil, etc.

Al margen de entender, que el "acoso sexual" no constituye per se un acto constitutivo de delito, no hay que perder de vista que esta conducta "socialmente negativa", sería –en todo caso– un paso previo a un delito de contenido sexual y no a un Asesinato, por lo que el contexto descrito no encuentra correspondencia con la naturaleza del tipo penal –*in comento*–.

En este numeral, se manifiesta claramente la desvinculación de la relación de parentesco –propia del parricidio–, que debe subyacer entre el autor y su víctima; una unívoca intención de extender el ámbito de punición, lo que significa desnaturalizar la esencia de este injusto penal, catalogándolo como una especie de delito de "odio o discriminación".

- Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente; si es la relación de pareja, la que debería definir formalmente el delito de Feminicidio, basado en el matrimonio o relación convivencial (concubinato), es esta misma, la que otorga (supuestamente), una relación de autoridad (solo aquellas que están en subyugadas, sometidas a la decisión de su pareja[19]) sobre la mujer, de manera que hubiese sido suficiente con haber hecho mención de aquella, en la redacción normativa, donde su propia lógica, se manifiesta dicha relación de superioridad. Factor que se devela también de la misma violencia familiar o del acoso sexual, tal como se desprende de los numerales 1) y 2) del articulado en cuestión, por ende, dichos incisos se superponen unos a otros.

- Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente; en esta circunstancia o dígase contexto del injusto penal, se exterioriza en todo su esplendor el desarraigo del delito de Feminicidio, de la vinculación de parentesco, que supone debe existir entre el agresor y la agredida. Definiéndose así un delito de "odio", sostenido en la repulsa, el desprecio, la discriminación y prejuicio hacia el género femenino, que inclusive otra mujer puede también detentarlo.

(19) Bajo una anacrónica y desfasada dependencia económica o bajo el yugo, que tiene lugar como resultado de la imposición y supremacía del poderío físico.

García Pelayo y Osorio[20], nos dicen que la discriminación consiste en separar, distinguir o diferenciar una cosa de otra, o bien desde el punto de vista social, significa dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, económicos, de origen, etc. La discriminación es: "Racial. Desigual trato, en cuanto a prerrogativas, derechos y consideración social, etc., que se establece entre individuos pertenecientes a las razas distintas[21].

Entonces, el prejuicio que se alza contra el género femenino, que puede manifestarse a partir de una serie de circunstancias, por ejemplo, prohibir el ingreso de una dama a un restaurante, a una discoteca, etc.; obstaculizar su participación política en una actividad proselitista, negar su acceso a las Fuerzas Armadas. Son estos los contextos, en que se puede develar una conducta típicamente discriminatoria. La descripción de la sociedad actual, muestra una apertura a las mujeres, a toda actividad socio-económica-cultural y política, y esto lo refrendamos, es decir, las damas ocupan un protagonismo relevante en todos los escenarios descritos, de modo que la acusada "discriminación", en el umbral del tercer milenio, ya no adquiere los ribetes que se identificaban años atrás.

Según lo anotado, el asesinato de la mujer habrá de tomar lugar en el decurso de un acto de discriminación, donde la acción homicida sea el desembalse de un trato desigual hacia el sujeto pasivo; producto de negar la entrada a una dama a un establecimiento comercial cualquiera, se acomete el asesinato de una mujer. Fíjese, lo que puede darse en este contexto, el agente de seguridad del casino, forcejea con la chica, que no acepta ser discriminada, y en este discurrir se le escapa un tiro al primero, ocasionando la muerte de la dama; este resultado lesivo no podría ser calificado como femenicidio, pues dicho injusto penal reclama el dolo en la esfera subjetiva del injusto, rechazando su versión por imprudencia, en estricto y escrupuloso respeto al principio de legalidad.

Siendo así, desde un plano criminológico, difícilmente se dará este contexto de Feminicidio; a menos que encontremos a un psicótico, que a mansalva dispare a una mujer en una situación que puede ser reputada como "discriminatoria".

IV. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN DEL FEMINICIDIO

La intensidad de la reacción punitiva ha de ser medida conforme las particulares circunstancias, en que se desarrolla un evento delictivo, lo cual puede ser percibido desde el desvalor de la acción y el desvalor del resultado; así también, ante

(20) GARCÍA-PELAYO y GROSS, Ramón. *Diccionario Larousse, manual ilustrado*. Ob. cit., p. 308; OSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Ob. cit., p. 258.

(21) Real Academia Española de la Lengua. *Diccionario de la lengua española*. Tomo I, 20ª edición, Ed. Espacalpesa, Madrid, España, 1984. Real Academia Española de la Lengua. *Diccionario de la lengua española*. Tomo II, 21ª edición, Madrid, España: (s.e.), 1992, Ob. cit., p. 318.

una reproche personal (culpabilidad) de mayor magnitud y, lógicamente, ante una víctima que presenta una situación de vulnerabilidad, que precisamente es aprovechado por el autor, para perpetrar con mayor facilidad el injusto penal.

Visto así las cosas, se desprende del listado comprendido en el segundo listado del articulado, que el legislador ha descrito una serie de características de la "víctima", estos las hipótesis de agravación se construyen a partir de las diversas particularidades que pueden identificarse en el sujeto pasivo, basadas en su sostenible "vulnerabilidad".

- **Si la víctima era menor de edad**; el homicidio en principio constituye la conducta (dolosa o culposa) encaminada a eliminar la vida del sujeto pasivo, es decir, el autor emprende una actuación lesiva destinada a eliminar la vida de su congénere. El desvalor de esta conducta reposa en la afectación al bien jurídico más importante del ser humano, conforme al listado de valores consagrados en la Ley Fundamental; esto llevado a los principios de un orden democrático de derecho, –sostenido en la igualdad de las personas–, importa que la vida es un valor para todos, sin interesar su raza, religión, condición social u económica, así como su edad. En todo caso, dichos factores pueden ser tomados en cuenta al momento de fijar el quántum indemnizatorio por concepto de reparación civil, mas no para graduar la reacción punitiva (la pena). Siendo así, lo que importa es la eliminación de una vida humana, y que se cumpla con el resto de presupuestos de punición, conforme lo reglado en el artículo 106 del CP; a tal efecto, si ya de por si el delito de Feminicidio encuentra cuestionamientos dogmáticos, –muy difíciles de superar–, en mayor medida que se pretenda construir una hipótesis de agravación por la condición de menor de edad de la víctima; aunque se debió fijar una edad por debajo de los catorce años. No es lo mismo dar muerte a un niño de cinco años que a un adolescente de 14, pues el primero revela una vulnerabilidad mucho mayor, que es lo que sustentaría esta circunstancia de mayor pena. Y acá entramos en lo que señalamos líneas atrás, sería inexplicable que solo la niña de diez años, que es asesinada reciba esta protección normativa y no el niño de la misma edad; a esto debe añadirse que ante infantes el Feminicidio no encuentra sustentación alguna, en tanto el autor de este injusto penal lo será siempre la pareja del sujeto pasivo.

Lo que debe agregarse a este nivel de la sustentación teórica, es que el agente debe saber que está dando muerte a una mujer, que es menor de edad, si este se equivoca y cree que es ya adulta, merced a su portentosa anatomía, tendrá que admitirse el error de tipo, y sancionarse por el tipo base.

- **Si la víctima se encontraba en estado de gestación**; mujeres en estado de "gravidez", serán todas aquellas féminas que se encuentran en estado de gestación, una vez que el óvulo fecundado se ha implantando en la pared uterina de la mujer. El estado de gestación importa todo un proceso que culmina antes de los nueve

meses, con la expulsión del *nasciturus* del cuerpo de su madre, sea de forma inducida y/o natural; siendo que recién a partir del tercer mes, –cuando ya está ante un feto–, que adquiere visibilidad la barriga de la gestante, antes de ello es muy difícil de advertir tal situación fisiológica. Cuestión que incide en la aplicación de esta circunstancia de agravación; en el sentido de que el agente debe saber que la mujer, –a la cual está dando muerte–, se encuentra en estado de gravidez, según el componente cognitivo del dolo. De manera, que si por ejemplo, la víctima tiene un solo mes de gestación, es muy difícil de aplicar válidamente esta circunstancia de agravación, a menos que el agente sea pariente del sujeto pasivo u tenga con ella una relación cercana, que le haya permitido saber que estaba embarazada, lo que sucederá –por lo general–, cuando se está en un contexto de "violencia familiar".

- Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente; dicha modalidad del injusto agravado, evoca el contexto que se hace alusión en el inciso 3) del primer listado, en la medida que es la relación de guarda y/o cuidado, que le confiere al agente, una relación de "confianza o autoridad". En esta situación se advierte una víctima, que no se corresponde con el prototipo característico del Feminicidio, en el sentido de que el perfil de esta, es ser pareja o expareja del agresor, y no la hija, la sobrina, la prima menor del autor del injusto; acá también recala la relación de guarda, que sería de los infantes (niños), que se encuentran bajo la custodia del profesor (a), de las encargas del nido, de la guardería. En tal entendido, estamos ante una víctima, que responde a un impúber, donde la reforzada protección punitiva solo la tendría la niña y no el niño, algo injusto, si es que asumimos la idea de que ambos son personas en estado de "vulnerabilidad"; donde el matiz de esta circunstancia de agravación ha de ser apreciado en el marco del delito de "odio", de desprecio hacia el género femenino. En este supuesto, puede incluirse otra posibilidad, la mujer que es internada de emergencia en un hospital o que será objeto de una intervención quirúrgica, y en este contexto, su cuidado se le confiere a los médicos y enfermeras del nosocomio, quienes al perpetrar su asesinato, –por el solo hecho de ser una dama–, responderían por este delito; si es que queremos dotar de cierta racionalidad a este precepto, diríase que justo el médico que ha de atender a la paciente, es su exesposo, y por haberlo abandonado, es que le propina su muerte. A esto debemos responder –de manera general–, que no toda muerte de una mujer, que pueda acaecer en estas circunstancias ha de ser calificado como Feminicidio, debe advertirse ese dolo, que debe cubrir esa perversa motivación. Como toda hipótesis de agravación debe comprobarse que el agente se ha prevalido de tal situación, para dar muerte a su víctima, sino debe aplicarse el tipo base.

- Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación; de recibo, que antes de que se produzca el Asesinato de la víctima –en ciertas ocasiones– es sometida previamente a un abuso sexual por parte del homicida, quien no contento con haber satisfecho su libidinoso ánimo, perpetra

su muerte y así, deja fuera de circulación al principal testigo del hecho luctuoso. Empero, un evento –de tal naturaleza–, importa la configuración de un concurso delictivo (real), de forma concreta del delito de Asesinato para ocultar otro delito, con el de acceso carnal sexual; siendo la descripción fáctica, que es recogida en este numeral, encuentra cobertura en la institución acotada; sin embargo, con esta redacción normativa, el operador jurídico no tendrá más remedio que aplicar los artículos 170 o 173, en concurso con esta figura agravada, siempre que se acredite que la muerte del sujeto pasivo obedeció a un ánimo repulsivo del agente, hacia las mujeres o que haya tomado lugar en un contexto de violencia familiar.

Los actos de mutilación –por su parte–, definen la forma de cómo algunos delincuentes dan muerte a su víctima, los que son definidos como Asesinato "con gran crueldad[(22)]", al generar en el sujeto pasivo dolores o sufrimientos innecesarios, para poder lograr la perfección de su plan criminal; de forma similar, –a lo antes anotado–, acaece la misma formulación dogmática, pero siguiendo en estricto el principio de legalidad, debe aplicarse este inciso siempre que se cumpla con los presupuestos indicados párrafo atrás.

- Si al momento de cometerse el delito, la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad; las personas con "discapacidad" son individuos que presentan un evidente estado de vulnerabilidad (un déficit psiquico-orgánico); como los ciegos, los inválidos, aquellos que prácticamente han perdido todo tipo de movimiento muscular; puede ser por ende, una discapacidad parcial y/o total, siempre y cuando la presente como alguien en evidente estado de indefensión. Una persona que cojea, o alguien que ha perdido la vista en un solo ojo (tuerto), o que cuenta con alto grado de miopía, que está enyesado en un brazo, etc., no se comprende en esta denominación, al ser portador de ciertas capacidades mentales y fisiológicas, que no lo representa como un ser de tal **vulnerabilidad**. Si en cambio el que está discapacitado "mentalmente", aquel que se encuentra privado de discernimiento ("inimputable"); el enajenado mental, la persona desprovista de guiar sus actos, conforme a un estado normal de las capacidades psicomotrices; existiendo una total desconexión de la ordenación mental (inteligencia) con los movimientos musculares. Personas así concebidas, –al manifestar dicho estado de vulnerabilidad–, pueden ser catalogadas como "discapacitados"; empero una afectación mental, –de no tanta intensidad–, donde aún se develan estados de lucidez, no pueden adquirir este amparo jurídico-penal intensificado; así los ebrios habituales y/o toxicómanos. Cuestión importante para que se pueda aplicar válidamente esta circunstancia de agravación, es que el agente debe ser conciente de que está dando muerte a una mujer, que devela tales características; de no ser

(22) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I, ob. cit., pp. 68-70.

así, ante un equívoco de dicha situación se deberá aplicar el tipo base, al menos que concurra otra hipótesis de agravación.

- Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas; en este caso, nuevamente se hace alusión a un estadio anterior, donde la víctima de Feminicidio, ha sido sujeto pasivo de otro delito. No nos cabe duda que la "trata de personas" constituye hoy en día uno de los crímenes más execrables, al afectar el núcleo más esencial de la personalidad humana, nos referimos a la "dignidad". Una ofensa que recala en los valores más elementales de toda sociedad civilizada, que tiene en la dignidad el soporte, la estructura basilar sobre la cual se construye todo el bloque de los derechos fundamentales de la persona humana; es por tales razones, –que en el estudio de dicha figura del injusto penal–, hemos postulado la necesidad de que sea incluido en los delitos de "lesa humanidad"[23] y, como un crimen que afecta la libertad personal. Siendo así, si estamos ante una víctima (mujer), –que antes de ser asesinada–, fue objeto de explotación sexual, laboral o de otra índole, conforme los términos normativos de los artículos 153 y 153-A del CP, podrá imponerse esta circunstancia de agravación, siempre y cuando sea el mismo agente que emprenda ambas conductas, –que en puridad importa un concurso real de delitos–, pues si son personas distintas, no resulta de aplicación esta hipótesis, al menos que se esté ante una organización delictiva, donde se pueda advertir una coautoría no ejecutiva[24]; debe precisarse, asimismo, que si producto de la explotación laboral muere la víctima por no haberse adoptado las medidas de seguridad necesarias, para controlar todo foco de riesgo –**jurídicamente desaprobado**–, al estar ante un homicidio culposo, no se podrá sancionar al agente por esta modalidad agravada de feminicidio, al exigirse el dolo en la psique del agente. Si la víctima, que ha sido objeto de explotación sexual no muere y, solo resulta gravemente herida, se puede aplicar este supuesto de agravación, mas en grado de tentativa. Este recogimiento normativo, supone apelar a los fines sociocomunicativos de la norma jurídico-penal, en tanto dicha conducción delictiva, adquiere fiel encaje en las instituciones propias de la Parte General del CP.

- Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108; por lo general todo homicidio que se acomete viene premunido por alguna de las circunstancias que se describen en el tipo penal de asesinato; es decir, o es que el agente da muerte a su víctima, por ferocidad, lucro o por placer, lo perpetró para facilitar y/o ocultar otro delito o tomándose en cuenta, los medios que empleó para ejecutar su plan criminal (veneno y gran crueldad). Resultando de esta manera, que el móvil o los medios comisivos, son los que hacen de un homicidio un verdadero asesinato. En el caso que nos ocupa, se

(23) Vide, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo IV, ob. cit., pp. 517-518.
(24) Ibídem, pp. 624-632.

tiene la confluencia de dos agravaciones; primero, el solo hecho de que la víctima sea una mujer y, segundo, que se den algunas de las hipótesis, previstas en el artículo 108 del CP; se advierte, por otro lado, de un inevitable entrecruzamiento normativo con el reglado en el numeral 4) de este bloque de agravantes. Tal como lo hemos convenido, la regulación de un "Derecho Penal del Género", no se corresponde con los dictados de un Derecho Penal democrático; la vida humana, sea quien sea su titular, vale igual. Una posición contraria, basada en la diferenciación y valoración de las particularidades del sujeto pasivo, no puede justificar –con suficiente solvencia dogmática–, por que motivos el Asesinato a un inválido varón, –de ochenta años de edad–, bajo traición (**perfidia**), recibe una pena mucho menor (no menor de quince años de pena privativa de libertad), que la conminada en el numeral 7) del artículo 108-B.

V. LA PENA DE CADENA PERPETUA

Se prescribe en el último párrafo del articulado que: "La pena será de cadena perpetua cuando concurran dos o más circunstancias agravantes"; hay un primer punto, rescatable en esta disposición normativa, que la vida humana, como bien jurídico de mayor relevancia –según el listado de valores consagrados constitucionalmente–, adquiere reivindicación punitiva, en el sentido de que las constantes reformas que ha venido sufriendo el núcleo más duro del Derecho Penal, hizo que los delitos patrimoniales (robo agravado, extorsión) y aquellos que atentan contra la libertad (secuestro, violación de menor de catorce años de edad), sean sancionados con penas más duras, que los delitos de homicidio y sus derivados, cuando acaece la muerte de la víctima o se le produce lesiones graves o, cuando el agente es integrante de una organización criminal, esto es, la pena de cadena perpetua, lo cual resultaba atentatorio a los principios de proporcionalidad, culpabilidad y jerarquización del bien jurídico. Ahora, –el delito de "feminicidio"–, que es un injusto penal que ataca a la vida humana, recibe también la pena de cadena perpetua, siempre que **concurran dos o más circunstancias agravantes**, por ejemplo, cuando la mujer es menor de edad y a su vez estaba en estado de gestación o también, cuando la víctima fue sometida para fines de trata de personas y a su vez, la muerte tomó lugar de forma alevosa. No podrá aplicarse la pena de cadena perpetua, ante hipótesis de agravación que evocan un mismo desvalor, es decir, cuando son excluyentes, v. gr., la discapacidad con el estado de gravidez de la mujer o, la circunstancia de la gran crueldad con los actos de mutilación. Estas premisas argumentativas, son de vital importancia, en orden a cautelar todo viso de exceso y de interdicción a la arbitrariedad judicial, cuando se quiere imponer la pena de cadena perpetua de forma automática, sin hacer previamente una reflexión de cesura y de atemperancia en la valoración normativa.

VI. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Como todo Asesinato, su acriminación está supeditada al dolo del autor, conciencia y voluntad de realización típica; el agente emprende una conducta, sabiendo que está dando muerte a su víctima (una **mujer**), bajo los contextos descritos en el primer listado, contenido en los contornos normativos del artículo 108º-B del CP. Entonces, el elemento "cognoscitivo" del dolo, debe abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, entre estos el sexo de la víctima y los contextos descritos en el articulado; es tal efecto, que admitimos de punición del dolo eventual, mas descartado de plano, la modalidad culposa.

Según lo anotado, puede darse un "error de tipo", cuando el autor piensa que está dando muerte a un hombre y da en el blanco de una mujer, es decir, las características físicas de esta la hacen ver como un varón, de manera que este equívoco impediría la acriminación por este delito, debiendo ser aplicado el tipo penal de homicidio y/o asesinato, dependiendo de las características del caso en particular.

Cosa curiosa sucede al revés, cuando el agente, piensa erróneamente que está dando muerte a una mujer, y en realidad mata a un hombre, nos referimos a los travestis, que se visten como damas, pero aún conservan toda la fisonomía masculina, lo determinaría un error *in persona*, que también tendría que ser penalizado como un asesinato; no olvidemos que los componentes subjetivos deben coincidir plenamente con los componentes objetivos y así dar por afirmada la tipicidad penal de la conducta.

A parte del dolo no se exige un elemento subjetivo de naturaleza trascendente, pues el propósito del agente, de eliminar a toda representante del sexo femenino, está ya cubierto por el dolo, a pesar de su acusada comprensión como un delito de "odio", tal como se desprende la redacción normativa del primer párrafo del artículo 108-B.

VII. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

La perfección delictiva del delito de Feminicidio, viene definido por la muerte de la víctima (mujer), por lo que al ser un tipo penal de resultado, se admite el delito tentado, siempre y cuando se esté ante una conducta y/o comportamiento objetivamente idóneo para alcanzar dicho estado de desvalor, según los componentes normativos, recogidos en el artículo 16 del CP[25].

(25) Vide, más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo I, ob. cit., pp. 106-107.

VIII. BASES CONCLUSIVAS

La inclusión del artículo 108-B del CP, al glosario punitivo no es más que una expresión de un simbolismo normativo, cargado de una fuerte dosis de ideologización, donde son los criterios sexistas, propios de culturas –como la peruana–, lo que arrastran estas penalizaciones; que si bien recogen datos criminológicos certeros, en cuanto a una estadística que muestra de forma perpleja, que cada vez son más las mujeres peruanas que son asesinadas en manos de su pareja o expareja.

Cuando se procede a penalizar un determinado comportamiento, debe auscultarse con detenimiento, si es que existen ya otras figuras delictivas, susceptibles de recogerlos, según la ratio de las mismas; cosa que no ha hecho el legislador, sabedores que el tipo penal de Asesinato así como el de Parricidio, luego de su modificación por parte de la sanción de la Ley Nª 29819 de diciembre de 2011, pueden encajar sin ningún problema dichas conductas; lo que pasa es que el legislador quiere justificar una penalidad de contornos más intensos (pena de cadena perpetua), por eso apela al discurso discriminador de la mujer por el hombre y así, legisla, sobre una aparente debilidad de la mujer ante el varón, que en vez de reivindicarla, la denigra como persona; en otras palabras de una superioridad(26), que trasvasa la realidad social, que aún probado ello, no consideramos un factor, que no pueda ser imbricado en las hipótesis del Asesinato(27).

Finalmente, se despoja de todo viso de racionalidad, el ya discutible mayor desvalor del Feminicidio, al dejar de lado la relación afectiva, sentimental, de parentesco, que ha de verse entre la pareja criminal, para construir normativamente un delito basado estrictamente en el sexo de los mismos, por eso, acudimos a la denominación del delito de odio(28), por el solo hecho de ser mujer, lo cual desborda toda la materialidad de un injusto penal de tal naturaleza, para penetrar en una innegable inconstitucionalidad y evidente desigualdad, pues otras personas parejas vulnerables del seno familiar, como los infantes y los ancianos, son dejados de lado, en una acriminación que pierde todo sentido, desde los axiomas fundamentales de

(26) Así, POLAINO-ORTS, M. "Discriminación Positiva y Violencia contra la Mujer. La Legitimación de un Enemigo de Género". En: *Feminicidio y Discriminación Positiva en Derecho Penal*. ARA Editores. Ob. cit., p. 52.

(27) Para Polaino-Orts, (…) que la conducta del varón sea manifestación de la discriminación de la mujer, de aprovechamiento de la situación de desigualdad de la víctima de las relaciones de poder y machismo de los hombres sobre las mujeres, constituye un factor de agravación que no puede presuponerse alegremente sin más, sino que ha de ser acreditado fehacientemente, máxime, porque va a ser reprochado penalmente al autor sobre la base del principio de culpabilidad (responsabilidad penal personal); *Feminicidio y Discriminación*..., ob. cit., p. 42.

(28) Entonces, como anota Polaino-Orts, se está imputando al hombre *in concreto* la maldad del hombre *in genere*, algo inédito en la historia del Derecho Penal; *feminicidio y discriminación*..., ob. cit., p. 44.

un Derecho Penal democrático, que tiene en el acto, el substrato legitimador de la acriminación de la conducta típica.

En la doctrina nacional, Ugaz Heudebert, considera que el delito de feminicidio no cumple con el principio de proporcionalidad (idoneidad), debido a que no se ha probado fehacientemente la existencia de una justificación de la desigualdad por razón de sexo entre hombre y mujer, siendo insuficientes para ello el argumento estadístico (brindado por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables del Perú que fue el impulsor del delito de feminicidio en el Perú), conforme al cual debido a varios casos de homicidios integrantes de la violencia doméstica conyugal son cometidos por hombres, es legítimo castigar más a estos(29).

Resulta interesante la postura de Polaino-Orts, analizando una sentencia del TC español, al indicar que ha de rechazarse que todas las conductas del hombre sean, en su integridad, manifestaciones de violencia discriminatoria machista y que la misma conducta, con idéntico grado de lesividad, realizada en el seno de otras combinaciones de sujetos activos y pasivos (hombre-hombre, mujer-hombre, hombre-anciano, hombre-menor, mujer-anciana, mujer-menor) no tengan esa misma consideración automática de desvalor de injusto agravado.

Podemos coincidir en algunas de las ideas esbozadas por el autor español, pero lo que siempre discreparemos, aun ante la inseguridad ciudadana que se vive en el Perú, es de legitimar un Derecho Penal del enemigo, al ser un mecanismo anulador de la persona humana y de desnaturalizar la esencia de todo injusto penal, que ha de ser siempre un acto y nunca su manifiesta peligrosidad. De no ser así, siempre estará latente la idea, de que el fin justifica los medios y, si la seguridad de la población corre peligro, los derechos humanos y con ello la dignidad humana, pueden ser derogados en toda su expresión(30).

(29) UGAZ HEUDEBERT, J.D. *El delito de Feminicidio en el Perú: ¿Excesiva victimización de la mujer?*. Ob. cit., p. 154.

(30) Vide, al respecto, POLAINO-ORTS, M. *Feminicidio y Discriminación*..., ob. cit., p. 47.

La política criminal del aborto en el marco de una discusión despenalizadora

I. CONCEPTOS PRELIMINARES

Resulta curioso en nuestro país la forma como aparecen en escena temas de tan candente discusión como el aborto en determinadas coyunturas de conflictividad político-social, cómo las autoridades políticas ponen sobre el tapete temas que si bien son relevantes, no forman parte actual de la agenda político-criminal, en el entendido de que la reforma del Código Penal comporta otros tópicos que por su gran complejidad requieren de un análisis concienzudo, tomando en cuenta las nuevas demandas de la sociedad en el umbral del tercer milenio.

Se advierte que los políticos sacan a debate asuntos tan delicados como el aborto y la pena de muerte, que a lo largo de tantos años no ha producido consenso entre los actores involucrados. Es que hablar de dichos temas implica no solo definir el campo de actuación del *ius puniendi* estatal, desde el marco de sus principios legitimadores, sino también penetrar en esferas metajurídicas, v. gr. en la moralidad, la ética, la religión, las convicciones personales, etc.; una serie de ámbitos y compromisos sectoriales que hacen de la discusión discursos marcados por el apasionamiento donde confluyen intereses encontrados. Estos sentimientos convergen y disienten, desencadenando desencuentros, enfrentamientos y debates acalorados, que a la postre oscurece aún más la decisión del legislador, sea en una orientación u otra.

Los comportamientos prohibidos, aquellos que el Derecho Penal castiga con una pena, parten de un criterio material del injusto: que la conducta revele una suficiente lesividad para el bien jurídico protegido, esto es, de estados de desvalor que en consuno importen situaciones de perturbación o alteración de la paz social y de la seguridad jurídica; solo ante dichas situaciones resulta justificado que el Estado haga uso del aparato coactivo (punitivo), sancionando a quien conscientemente desobedeció el mandato normativo, conforme a los fines preventivos de la pena.

Esta fue la visión material legitimadora que siguió el legislador con la dación del Código Penal de 1991, correspondiéndose con un Derecho Penal de acto concordante con una culpabilidad por el hecho.

Las transformaciones y la evolución de la legislación positiva, sobre todo en el campo penal, provocó un cierto distanciamiento (ruptura) entre la moral y el Derecho, tarea en realidad complicada, sabedores que toda conducta prohibida por la ley penal cuenta con una alta dosis de reproche moral y/o ético, en algunos casos de naturaleza religiosa.

Lo importante de todo esto es que la fundamentación del injusto penal (material) debe basarse esencialmente en un juicio de valor, producto de su vinculación con los intereses jurídicos de raigambre constitucional –principio de lesividad o de ofensividad– bajo la justificación axiológica del bien jurídico, cuya vigencia normativa en el marco de la criminalización ha provocado también una discusión en el foro doctrinario(1). En puridad, es el menoscabo de los intereses jurídicos el que enfoca el devalor del injusto penal, desde una visión material.

Pero no podemos desvincular el reproche estrictamente jurídico-penal del ético-social, pues toda conducta delictiva manifiesta una contrariedad no solo antinormativa, sino también moralista(2). Lo que en todo caso reprobamos es que la sanción de un precepto penal obedezca a factores estrictamente éticos, pues con ello hacemos de la norma penal un instrumento receptor de intereses sectoriales, lo que ha desdeñarse desde el baremo de un Derecho Penal democrático.

En lo que respecta a la función ético-social del Derecho Penal, Silva Sánchez expresa que el legislador desborda aquí su tradicional limitación a los bienes socialmente consagrados como merecedores de tutela penal, para pasar a desempeñar funciones de promoción(3).

Dicho lo anterior, ingresamos a una disfunción normativa, donde lo que interesa ya no es el desvalor material de la conducta prohibida, sino la graduación de la reacción estatal, que ha de medirse conforme los intereses sectoriales puestos en escena. El legislador ya no estará atento a los datos criminológicos que le proporciona la política criminal, sino a las demandas de ciertos sectores de la sociedad, que ven en la norma jurídico-penal el receptáculo de sus propuestas

(1) Así, Vives Antón, según el cual el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o de ofensividad es "el primer momento lógico del principio constitucional de proporcionalidad. Se puede –o no– estar de acuerdo con él; pero, en cualquier caso, el desacuerdo no puede entenderse como un problema de interpretación del ordenamiento constitucional; sino que es otro, muy distinto, la falta de aceptación del mismo; VIVES ANTÓN. "Sistema democrático y concepciones del bien jurídico. El problema de la apología del terrorismo". En: *Terrorismo y proceso penal acusatorio*. Estudios Penales y Criminológicos, N° 25, 2004, p. 38.

(2) Pero no a la inversa, no toda conducta que revele un reproche ético puede justificar su penalización, acorde con los criterios de necesidad y merecimiento de pena, que ha de apuntalar el contenido material del injusto.

(3) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. José María Bosch Editor. Barcelona, 1992, p. 302.

gremiales o sectoriales, esto es, desde una perspectiva unilateral, sin tomar en cuenta que el Perú es una República sujeta al sistema democrático de Derecho, según el cual todos los sectores de la población deben ser escuchados al efectuar una reforma penal.

La pregunta sería la siguiente: ¿puede y/o debe el legislador encauzar la política criminal desde una plataforma estrictamente democrática? Ante dicha interrogante, cabe distinguir los siguientes aspectos: una cosa es que en un sistema democrático el legislador antes de proceder a la sanción legislativa (penal) deba escuchar a todos los actores involucrados, y otra distinta es que deba perfilar la sanción normativa conforme a los postulados ideológicos, culturales y religiosos de dichos sectores sociales.

Pues al momento de tomar la decisión legislativa (penalizadora o despenalizadora) no se puede ser tan "democrático", en la medida que la decisión ha de ajustarse a los valores democráticos de un Derecho Penal liberal, que tiene como premisa el reconocimiento de las libertades fundamentales. Así, no se puede reprimir penalmente ahí donde el ejercicio de una libertad individual no exterioriza menoscabo alguno a un determinado bien jurídico(4).

Cabe destacar que las reformas penales constituyen herramientas esenciales de una política criminal en esencia valorativa, que tiene como basamento un doble plano: desde la perspectiva de *lege lata* se debe reflexionar si la penalización guarda correspondencia con los intereses jurídicos que debe tutelar un Derecho Penal democrático; y si es que se aprecia una merma injustificada en las libertades fundamentales, se debe aconsejar una despenalización desde la perspectiva de *lege ferenda*.

II. DEFINICIÓN DEL ABORTO

El aborto importa la acción u omisión lesiva (dolosa) que recae sobre la vida humana en formación, generando su eliminación, sea por vías físicas, psíquicas, mecánicas y artificiales, propiciando en todo caso la interrupción de la gestación, la muerte del feto (vida prenatal)(5).

Por ende, la acción dolosa no puede incidir sobre el feto muerto (imposibilidad del objeto) y tampoco cuando se ejecuta con anterioridad a la fecundación, antes de la anidación (v. gr. métodos anticonceptivos).

(4) Así, en el caso de la Ley Nº 28704, que reprime las relaciones sexuales consentidas entre mayores de 14 años y menores de 18 años; vide al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual*. Idemsa, Lima, 2007, y *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo I, Idemsa, Lima, 2009, pp. 692-714.

(5) Así, CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho Penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch. 3ª edición, Valencia, 1999, p. 114.

El tiempo del embarazo no es relevante[6], como tampoco los son los medios empleados para la realización de la acción abortiva[7], estos solo interesarán a efectos de determinar la pena. Lo esencial es realizar una conducta que produzca el aborto con arreglo general a la causalidad material[8] y de acuerdo a criterios de imputación objetiva.

De ello se deduce que la acción debe ser ejecutada sobre el concebido: una persona que no puede ser aún sujeto pasivo de homicidio (condición que se inicia con el comienzo del parto)[9]. Se considera aborto a la expulsión provocada del feto, siempre y cuando su muerte se haya producido antes del inicio del parto; después de dicha etapa la acción será constitutiva de homicidio.

Para que podamos hablar de aborto debe producirse necesariamente la muerte del feto; se trata, entonces, de un delito de resultado. Se requiere no solo de un feto que tuvo viabilidad de existencia, sino también que haya estado vivo al momento de haberse ejecutado la modalidad típica. Es indiferente, asimismo, si presenta anomalías físicas o fisiológicas[10].

Por consiguiente, son presupuestos materiales indefectibles del aborto: la existencia de un embarazo, la vida del feto y su muerte a raíz de los medios abortivos utilizados al efecto[11].

III. EL ABORTO ÉTICO O SENTIMENTAL

El legislador, con respecto a las conductas abortivas previstas en el artículo 120 del Código Penal, resolvió otorgarles un efecto atenuado, considerando las particulares circunstancias en que se producen.

En la primera de ellas, hace alusión a un ser (*nasciturus*) que con gran probabilidad conllevará al nacer graves taras físicas o psíquicas; mientras que en la segunda hipótesis el fruto de la concepción es producto de un delito de violación sexual.

En la Exposición de Motivos del Código Penal de 1991 se declaró lo siguiente: "(…) el Código Penal prevé como delitos el aborto sentimental (o ético) y el eugenésico. De esta manera se protege el derecho a la vida del ser en formación,

(6) PEÑA CABRERA, R. *Estudios de Derecho Penal. Delitos contra la vida*. p. 263.

(7) De forma amplia, ibídem, pp. 263-265.

(8) NÚÑEZ, R. *Derecho Penal argentino. Parte especial.* Tomo III, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, pp. 164-165.

(9) SOLER, S. *Derecho Penal argentino.* Tomo III, Tea, Buenos Aires, 1996, pp. 110-111.

(10) BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Ariel, Barcelona, 1986, p. 59.

(11) NÚÑEZ, R. Ob. cit., p. 161.

amparado constitucionalmente (artículo 2, inciso 1), pues al que está por nacer se le considera nacido para todo cuando le favorece".

Por lo anotado, advertimos que para el legislador, las particularidades que se presentan en ambas modalidades de aborto no fueron suficientes para eliminar el contenido material de su injusto y exonerarlas de pena; motivos por los cuales se amerita analizar si es que en realidad dichas circunstancias debieran o no justificar su despenalización, en especial, en lo concerniente al aborto ético y/o sentimental.

El aborto ético tiene como antecedente una violación sexual injusta en perjuicio de una mujer, que se ve coactada a llevar un embarazo no deseado, no planificado, no querido; situación que repercute de forma significativa en su plano emotivo y cognitivo, afectando el libre desarrollo de su personalidad y su plan de vida.

Un hecho de execrable violencia, cuyo recuerdo pervive día a día a través del embarazo, aunado a la sindicación de los miembros de la sociedad, hacen sin duda para la agraviada que sea de difícil olvido el delito del que fue víctima y los minutos horrendos de su perpetración. La agresión sexual provoca en la mujer una grave perturbación personal que se agudiza en caso de resultar embarazada(12).

Con ello toma lugar una especial situación psicofísica, que coloca a la mujer ultrajada sexualmente en un estado tal que difícilmente optará por seguir el curso normal del embarazo. No estamos ante la hipótesis del aborto eugenésico, donde la concepción es producto de un acto sexual consensuado, sino en una clase de aborto que implica una pérdida profunda de libertad de la madre, que debe ser objeto de valoración a fin de que el Derecho Penal pueda dar una respuesta razonada y ponderada.

Se trata de un conflicto de intereses que no puede ser amparado bajo una causa de justificación, sino bajo la fórmula de un estado de inexigibilidad: entre la vida en formación y la libertad de la gestante de elegir cuándo salir embarazada; esta libertad es completada por la libertad de la mujer a escoger el padre biológico de su futuro hijo(13): el Derecho no puede obligar a la mujer embarazada a soportar las consecuencias de orden personal, familiar y social que derivarían del nacimiento de un hijo que es fruto de un grave atentado a su dignidad y libertad(14).

Resultaría un verdadero despropósito que el Estado obligue a la mujer, cuya libertad sexual fue vulnerada, a llevar en sus entrañas el producto de dicha agresión no deseada; ello es inhumano y contrario a la esencia de la dignidad humana(15). Su

(12) HURTADO POZO, J. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial.* Juris, Lima, 1992, p. 82.

(13) Ibídem, p. 81.

(14) GONZÁLEZ RUS, J. J. et ál. *Derecho Penal español. Parte Especial*. Dykinson, Madrid, 2004, p. 129.

(15) Vide HURTADO POZO, J. Ob. cit., p. 82.

persecución penal importa la estigmatización de la mujer víctima, que le generará mayores consecuencias perjudiciales, cuando debería ser el Estado el que procure una asistencia médico-social a las víctimas de agresión sexual.

IV. DESARROLLO DEL TEMA EN DISCUSIÓN

Cuando nos referimos al aborto hacemos alusión, en primera línea, a los intereses jurídicos comprometidos con dicha acción lesiva. Primero, a los derechos del *nasciturus*, a la vida en formación, que merece una protección jurídica intensificada por parte del derecho positivo, al ser una expectativa real de vida (que por cuestiones biológicas y orgánicas se encuentra vinculado al cuerpo de la madre), con arreglo a la declaración garantista contenida en el artículo 1 de la Ley Fundamental. Por otro lado, deben valorarse los legítimos derechos de la gestante, el desarrollo de su personalidad así como el derecho de procrear los hijos que ella desee.

La voluntad determinativa de la mujer a concebir un hijo es un elemento que no puede ser desconocido o relativizado para amparar otros legítimos intereses. Traer al mundo un niño es una gran responsabilidad, en tal mérito la política del Estado no puede enfocarse solo desde la política criminal, sino sobre todo social, en la cual destaque una política de planificación familiar, que incluya el empleo de anticonceptivos, que sin ser abortivos pueda garantizar a las parejas traer al mundo los hijos que puedan mantener con solvencia económica y moral.

Aparecen en la palestra dos sectores enfrentados, aquellos que postulan una mayor despenalización de los delitos de aborto, en particular el denominado aborto ético o sentimental, representado por grupos de feministas y otros sectores liberales; y aquellos sectores conservadores de la sociedad, fuertemente respaldados por la Iglesia católica, que propugnan que toda concepción ha de verse desprovista de todo tipo de interrupción, que son los defensores a ultranza de la vida del *nasciturus*.

La política criminal gira en torno a una visión *pro choice* y *pro life*; la primera garantiza ante todo los derechos de la gestante mientras que la segunda hace prevalecer los derechos de la vida en formación. No resulta nada fácil conciliar ambas posturas, en la medida que ambos derechos son dignos de tutela por el Derecho. Lo que sí no podemos avalar es una postura sustancialmente despenalizadora, donde el proceso de gestación queda a plena discreción de la mujer embarazada, ello importa debilitar en sustancia los derechos del *nasciturus*.

En la doctrina especializada se dice que frente a las posiciones extremas de quienes consideran que jamás se tiene derecho a interrumpir el embarazo, puesto que todo aborto es un asesinato, y de quienes, por el contrario, entienden que existe un derecho absoluto de la mujer a disponer sobre su propio cuerpo, resulta

más adecuado considerar que nos encontramos ante un conflicto de intereses. Se reconoce un valor digno de protección a la vida prenatal, y se reconoce también el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, que otorga, en ciertos supuestos, el carácter justificatorio de la conducta de aborto(16).

Un aspecto en que sí debemos enfatizar es que la posible despenalización del aborto eugenésico y sentimental no puede quedar a pura decisión de los hombres, sino que las mujeres deben participar en tal decisión haciendo llegar sus propuestas, sus ideas y sus posturas ideológicas (sectoriales) a los legisladores. No olvidemos que son ellas las que llevan en su vientre el fruto de la concepción, las que deben experimentar las transformaciones orgánicas y psicológicas, y muchas veces afrontar solas el proceso del embarazo.

No se debe adoptar la decisión penal sin tomar en cuenta los derechos de la gestante; máxime, si el fruto de la concepción es producto de un ultraje sexual, donde las repercusiones no solo se traducen en su esfera corporal, sino también psicológica. La argumentación sobre la defensa acérrima de la vida en formación, sin duda, es distinta cuando proviene de aquellas personas que han llevado en su cuerpo el recuerdo de un delito sexual execrable.

Si el ordenamiento opta por obligar a la mujer a continuar su embarazo, enfatizan Carbonell Mateu y González Cussac, pese a que tal continuidad sea valorada positivamente, habría ignorado el valor superior que tiene el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona humana, así como que el hombre –en este caso y de momento, específicamente, la mujer– es un fin en sí mismo, y de ninguna manera puede ser considerada, como ya dijera Kant, un simple medio o instrumento(17).

V. POSTULADOS A FAVOR DE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO ÉTICO O SENTIMENTAL

Como vemos, la política criminal del aborto se constituye en todo un proceso de gestión multisectorial, todo un cadalso de intereses encontrados. Todos apuntan a que el precepto penal recoja por entero sus propuestas sectoriales, de forma que el legislador se encuentra inmerso en una encrucijada que debe resolver de forma ponderada, con sujeción a los criterios rectores de un Derecho Penal democrático y a los datos que se extraen de la realidad social.

Lo que debe prevalecer es la racionalidad teleológica de las normas penales, es decir, de preservar los cometidos del Derecho Penal en un Estado Democrático de Derecho: la protección preventiva de bienes jurídicos o garantizar un estándar de

(16) CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. Ob. cit., volumen II, p. 775.

(17) Ibídem, p. 783.

coexistencia social pacífica conforme al principio de mínima intervención. Dichos cometidos son pervertidos cuando el legislador emplea la norma penal únicamente para desplegar efectos sociocognitivos, de tranquilizar las demandas de la sociedad, no obstante saber perfectamente que dichas normas no tendrán vigencia fáctica.

En estos casos, el precepto penal se convierte en una manifestación de simbolismo, de utilización política, teniendo solo una naturaleza sociopedagógica, sin que interese al legislador que a partir de su dación ningún individuo será perseguido y sancionado punitivamente, reduciéndose drásticamente los efectos preventivos de la pena.

Díez Ripollés apunta que en el contexto del Derecho Penal la necesidad de reorientar nuestra atención hacia la legislación es especialmente urgente: ante todo porque la ley penal ha acumulado recientemente unas funciones sociales significativamente distintas a las que le eran tradicionales, entre las que se puede citar la asunción por el Código Penal, a falta de mejores alternativas, del papel de código moral de la sociedad, su protagonismo en la progresiva juridificación de cualquier conflicto o dilema valorativo social, o su utilización con fines meramente simbólicos(18).

A lo anotado, cabe añadir que la penalización del aborto ético, a lo más, llevará a las mujeres que han sufrido un vejamen o ultraje sexual a acudir a centros médicos clandestinos, donde, por lo general, no se garantiza un mínimo de salubridad, las intervenciones son realizadas por empíricos que colocan en peligro la vida e integridad física de la gestante.

Por otro lado, no se dice nada con respecto al marco penal. Los abortos atenuados cuentan con una pena privativa de libertad no mayor de tres meses, una sanción mínima, donde difícilmente un juez impondría reclusión efectiva. Los efectos disuasivos que se quieren alcanzar con la amenaza penal son en realidad de muy escaso rendimiento, lo que da a pensar que la solución al problema de un embarazo producto de una violación sexual no es criminalizar a la gestante, sino darle un abanico de posibilidades para que pueda ser objeto de un tratamiento de rehabilitación social y psicológica.

Penalizar a la mujer significaría la aplicación de un doble castigo: primero es vulnerada en su libertad sexual y luego el Estado a partir de una obtusa penalización, amenaza su libertad personal; situación que no puede admitirse en un sistema garantista y protector de la persona humana en lo que respecta al libre desarrollo de la personalidad.

(18) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "La racionalidad legislativa penal: Contenidos e instrumentos de control". En: *Derecho Penal Liberal y Dignidad Humana*. Homenaje al Doctor Hernando Londoño Jiménez, Fernando Velásquez Velásquez (coord.), Temis, Bogotá, 2005, pp. 203-204.

Cuestión distinta es de verse en el caso del aborto eugenésico. En este caso, el nuevo ser es fruto de una relación sexual consensuada, donde los defectos psíquicos u orgánicos que padece no pueden ser reputados ni como un supuesto de estado de necesidad ni de inexigibilidad: se trata de una vida que merece la misma protección jurídica que cualquier otra en formación.

La legislación penal española, dando aún vigencia al artículo 417 del Código anterior, deja impune el aborto cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de violación sexual y cuando se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas.

Los defensores de la penalización del aborto ético o sentimental no toman en cuenta la inexistencia de cifras concretas en cuanto a la efectiva persecución y sanción penal de este delito. Lo que sí sabemos perfectamente es la existencia de la alta cifra negra de abortos. De ello se puede concluir que el rendimiento normativo del precepto penal en cuestión es nulo, de efectos preventivos incapaces de generar procesos disuasivos en la comunidad.

Se otorga a la ley penal efectos puramente simbólicos y cognitivos que producen una sensación artificial de seguridad, pues en la práctica la represión de estas conductas no va más allá de una mera ilusión de sus seguidores.

Como dice Baratta, el déficit de tutela real de bienes jurídicos es compensado por la creación en el público de una ilusión de seguridad y de un sentimiento de confianza en el ordenamiento y en las instituciones, que tienen una base real cada vez más escasa: en efecto, las normas continúan siendo violadas y la cifra oscura de las infracciones permanece altísima mientras las agencias de control penal siguen midiéndose con tareas instrumentales de imposible realización por ese hecho(19).

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Para la adopción de una adecuada y objetiva política contracepcional en nuestro país, debe partirse del reconocimiento de que en la problemática del aborto no le corresponde el principal rol a la legislación penal(20).

De conformidad con los principios de subsidiariedad y de última ratio, debe procurarse la articulación de respuestas estatales insertas en el campo de la política social, que puedan plantear de forma coherente una serie de opciones a las parejas para que puedan elegir el método anticonceptivo más adecuado, en orden a evitar

(19) BARATTA, A. *Criminología y sistema penal*. Compilación in memoriam. B de F, 2004, pp. 85-86.

(20) PEÑA CABRERA, R. Ob. cit., p. 250.

la proliferación de prácticas abortivas que ponen en riesgo la vida de la gestante al realizarse en condiciones inadecuadas por personas empíricas.

El libre acceso a la información sobre la sexualidad, las funciones reproductoras, el control de la natalidad, la planificación familiar y los servicios de salud especializados deben formar parte de una adecuada política de prevención(21).

En la doctrina constitucional, Díaz Muñoz señala que la vida y la integridad de la mujer se ven seriamente amenazadas por embarazos no deseados que terminan en abortos practicados en condiciones clandestinas sin el cumplimiento de las más elementales reglas de higiene. La Organización de las Naciones Unidas ha señalado que la tasa de mortalidad materna podría disminuir entre 20% y 35% si se previenen embarazos involuntarios mediante el acceso a la planificación familiar, el cual constituye un derecho de las personas, tal como se regula en el artículo 10, inciso h) de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que prevé el "acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia"(22).

Se debe despojar a estas políticas sociales de atisbos seudoconservadores, actuando de forma decidida en la escuela (con cursos de educación sexual) y en las poblaciones de todo estrato social y cultural.

La política criminal en este ámbito de la criminalidad, si en verdad quiere ser preventiva, debe asumir una propuesta despenalizadora, que sin optar por una posición liberalizadora, sea flexible en orden a evitar que la intervención del Derecho Penal se convierta en un arma represora de los derechos fundamentales, so pena de superponer criterios metajurídicos.

Para ello se deben conciliar los intereses jurídicos en juego, sin que un reconocimiento a ultranza de la voluntad de la mujer lleve a disminuir la tutela del bien jurídico en los delitos de aborto, es una cuestión de mayor punición desde una franja conservadora y de una mayor liberalización desde la perspectiva liberal(23).

Actualmente, el Perú afronta una regresión en el campo de los derechos sexuales y reproductivos, producto de políticas seudoconservadoras que penetran en esferas ajenas al Derecho Penal. Las elevadas cifras de mortalidad materna en el Perú no hacen sino demostrar que mantener vigente la sanción del aborto al

(21) Ídem.

(22) DÍAZ MUÑOZ, O. "La protección constitucional del derecho a la vida del concebido". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 111, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre del 2007, p. 40.

(23) Así, GONZÁLEZ RUS, J. J. et ál. Ob. cit., p. 104; ALONSO DE ESCAMILLA, A. et ál. *Derecho Penal. Parte Especial*. Colex, Madrid, p. 61.

margen de la realidad implica un costo social y humano tan elevado que contradice en la práctica el fundamento de una represión en "defensa de la vida"[(24)].

Alrededor de 410 mil abortos clandestinos se practican anualmente en nuestro país. De este número, el 30%, es decir, 120 prácticas clandestinas se deben al desabastecimiento de métodos anticonceptivos en los centros de salud del país. Mientras que el 56% de todos los embarazos que se producen cada año en el país son no deseados y de ellos el 53% termina en un aborto clandestino.

La inaccesibilidad de amplios sectores de la población a una información sexual y reproductiva adecuada, sumada al hecho de que se ignore los derechos de salud reproductiva de las personas, implica negar a los ciudadanos el derechos fundamental de decidir cuántos hijos tener, en concreto, se vulnera la libertad como valor intrínseco que se deriva de la condición humana, sustrato ontológico que un Estado Constitucional de Derecho debería respetar y garantizar.

La penalización sesgada del aborto ético o sentimental deja de lado el libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, no toma en cuenta sus expectativas personales, se aferra a una postura defensista de la vida en formación, que si bien es legítima, desconoce el resto de intereses en juego cuando el fruto de la concepción es obra de un ultraje sexual.

El respeto por la dignidad humana determina consecuencias inevitables en la política criminal: el individuo no puede convertirse en un objeto o instrumento catalizador de intereses ajenos a su persona, bajo la amenaza de privársele de su libertad.

La pervivencia de la penalización del aborto ético o sentimental supone rebajar al precepto penal a un instrumento puramente receptor de intereses sectoriales, donde las concepciones ideológicas, religiosas y moralistas se superponen a los criterios limitadores del *ius puniendi* estatal, colocando en grave riesgo la vigencia del principio de ofensividad; además, dicha regulación es meramente decorativa en el texto punitivo, dada la imposibilidad de su sancionabilidad, lo que revela un rendimiento normativo nulo.

Una verdadera discusión debe primero escuchar a las partes involucradas, en primera línea las mujeres peruanas, y luego proponer una reforma que sin disentir el sistema democrático, pueda proponer una fórmula legislativa racional y coherente, con arreglo a los intereses en juego. La norma jurídico-penal no puede ser percibida como la panacea ideológica de ciertos sectores de la sociedad, sino como el instrumento protector de los derechos fundamentales del individuo y la sociedad.

(24) PEÑA CABRERA, R. Ob. cit., p. 240.

La reforma del delito de "usurpación" (Ley N° 30076): aspectos penales y procesales

I. EL USO DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS PERSONAS O LAS COSAS

El delito de usurpación, en sus modalidades típicas de "despojo" y "turbación en la posesión", su necesario desvalor debe venir precedido por los medios comisivos de la "violencia" y de la "amenaza"; factores que dotan de materialidad sustantiva a las conductas susceptibles de acriminación.

En la doctrina se ha sido convergente, que la **violencia** ha de recaer sobre la personas, el despliegue de una fuerza física significativa, encaminada a doblegar la voluntad del morador y/o poseedor; empero, estimamos que la interpretación de los tipos penales –sin que ello suponga vulnerar el principio de **legalidad**–, puede ir fijando nuevos ámbitos de protección de la norma, recogiendo nuevas constelaciones criminológicas, siempre y cuando vengan cubiertas por la ratio del enunciado legal en cuestión; y, esto en el doctrinario, no puede resultar incomodo, siempre y cuando sea producto de un proceso intelectivo, apegado al sentir de las normas penales; rectificarse o cambiar de postura no es un asunto en nada desdeñable. Y ello no debe dar entender que la otra postura, que niega tal posibilidad, sea "restrictiva", pues quienes la postulan, cuentan con fundamentos valederos para ello, como el principio de "mínima intervención[(1)]". Sin entrar en mayor detalle, puede decirse con rayana seguridad, que el Derecho Civil resulta siendo un instrumento insuficiente para poder prevenir y contener la alta incidencia que se registra en el país, de ocupaciones ilegítimas de terrenos, por lo que apelar a los fines disuasivos de la pena es una empresa legítima en un orden democrático de derecho, siempre que se observen las características que serán mencionadas –líneas adelante–.

No puede pasarse por alto, que en el marco de los delitos patrimoniales "convencionales", existe una zona de delimitación, a veces no muy clara, entre los

(1) Así, REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. *Los delitos patrimoniales en el Código Penal*. Ob. cit., p. 287.

injustos civiles y los injustos penales, lo cual tiene por riesgo la acriminación de meras discrepancias contractuales o de conductas que encajan únicamente en las disposiciones del Derecho Privado, lo cual puede conmover el principio de última ratio. Téngase también en cuenta, que en el Código Civil existen las figuras del usucapión (prescripción adquisitiva de propiedad) y el mejor derecho de propiedad, que pueden implicar posesiones –aparentemente ilícitas–, y estas de ningún modo pueden ser objeto de penalización.

Dicho lo anterior, debemos estar ante real contexto de violencia, donde los agentes desborden todo marco de aplicación del Derecho Privado, en el entendido de que la **posesión sea obtenida a través de vías de hechos** –que sin resultar una violencia directa a la integridad personal de sus ocupantes–, importe una conducta que merezca una reprobación jurídico-penal.

En la doctrina nacional, que asume la postura reseñada, se dice que partimos de que en nuestro contexto normativo no se ha sentado una posición uniforme respecto al tema en análisis, al no haberse señalado de manera expresa, en el inciso 2 del artículo 202 del CP, que la violencia también puede ser dirigida sobre las cosas. Ello ha generado una brecha de impunidad, que paulatinamente se viene solucionando a través de los plenos jurisdiccionales realizados en nuestro país, que si bien no son de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales, constituyen lineamientos a considerar en la interpretación del tipo penal, que contribuyen al fortalecimiento del sistema jurídico(2). Así, lo han establecido diversos acuerdos plenarios de las Cortes Superiores. La violencia también puede recaer sobre las cosas y, por lo tanto, no cabe distinguir donde la ley no distingue(3).

En el RN N° 4721-2007, se dice que: "La perturbación de la posesión del inmueble, ejerciendo violencia contra las cosas, es un supuesto compatible con una interpretación desde el punto de vista del bien jurídico tutelado, del delito de usurpación (previsto en el inciso 3 del artículo 202 del Código Penal), el cual no se restringe únicamente a los casos que se ejerce –directamente– fuerza física contra el cuerpo de una persona"(4).

Es de verse así, que en terrenos y/o predios de extensa área territorial, dedicados a la siembra y cultivo, muy difícilmente se encontrarán poseedores en su interior, a la justa se hallarán unos cuantos vigilantes particulares, que estando lejos de los cercos perimétricos que separan el terreno de las áreas públicas, los invasores procederán a la rotura, rompimiento y destrucción de todo aquello que sea un

(2) QUISPE LABRA, J. "La violencia en el delito de usurpación regulado en el Código Penal". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 45, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2013, p. 72.

(3) Pleno Jurisdiccional Distrital, en materia Penal y Procesal Penal 2010, de la Corte Superior de Justicia de Cañete, Acuerdo Plenario, Tema 6, del 13/12/2010; Acuerdo Plenario N° 02, Moquegua, junio de 2005.

(4) En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 2, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2009, cit., p. 179.

obstáculo, para efectivizar su ilícita ocupación. Y, una persona que ingresa de esta forma a un bien inmueble, de ningún modo puede ser reputada como un poseedor "pacífico" y, por tanto, estar fuera del ámbito de punición del Derecho Penal; según dicha afirmación resulta viable la propuesta interpretativa, ahora refrendada normativamente con la Ley N° 30076, de que la **violencia puede ejercerse tanto sobre las personas como sobre los bienes**.

¿Y cómo se distingue el despojo con violencia sobre las cosas, el delito de daños(5)? Muy fácil, en el segundo de los supuestos, el agente solo tiene como intención afectar la integridad del bien mueble (no **inmueble**); mientras que en la primera hipótesis, la destrucción de los cercos perimétricos, constituye el medio que emplea el agente para acceder a la ocupación ilegítima del bien inmueble. Acorde a esta consideración, podía darse un concurso real de delitos, de ambos injustos, en tanto la destrucción de objetos dentro del bien inmueble han de ser comprendidos por el artículo 205, mientras que ya la ocupación ilegítima, que requiere de otro acto –separado en el tiempo y en el espacio–, ingresa al ámbito de protección del artículo 202.

Aspecto importante a saber, es que si bien reconocemos que la "violencia", es el medio que se vale el agente para la ocupación ilegítima del bien inmueble, no es menos cierto –como ya lo hemos destacado en otras monografías–, que esta puede presentarse a posteriori, es decir, el autor ingresó por dos formas: primero, con la anuencia y asentimiento del morador y, segundo, de forma subrepticia, con escalamiento, sin siquiera haber procedido a la rotura de obstáculos, sin estar presentes sus habitantes. Entonces, una vez dentro del inmueble, es que despliega una fuerza física intensa, para desocupar a los sujetos pasivos del predio y acá ya se está configurando un acto típico de usurpación por "despojo", una posición en contrario(6) significaría una debilitación injustificable de los fines preventivo-tutelares del Derecho Penal, sin que nuestra interpretación pueda ser acusada, de ser incompatible con el principio de legalidad; debe recodarse que los términos o el lenguaje que emplea el legislador, en la elaboración de los tipos penales, no puede ser comprendido de una forma rígida y esquemática, sino desde un sentir **teleológico**: las palabras cuando son recogidas en los preceptos jurídicos adquieren un sentido y significación, que trasvasan una acepción usual y corriente del mismo.

(5) De una posición contraria, REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. *Los delitos patrimoniales en el Código Penal*. Ob. cit., p. 285.

(6) Así, Reátegui Sánchez, al afirmar que la violencia o la amenaza es para el "ingreso" –ilegítimo– a la posesión del inmueble, mas no para "repeler" o realizar actos de defensa –a través de la violencia o la amenaza– de los actos de ingreso propinado por otro dueño, porque eso ya sería campo de Derecho Civil, de Derechos de reales; *Los delitos patrimoniales en el Código Penal*, ob. cit., p. 283.

Según el segundo ejemplo, una vez que los ocupantes ingresaron subrepticiamente al inmueble y, llegada a la casa, sus legítimos poseedores, los agentes, ejerciendo violencia sobre las personas o sobre las cosas, impiden su acceso, igual se habrá consumado el delito –*in examine*–; no olvidemos que solo el **legítimo poseedor está facultado para ejercer la defensa posesoria por vías de hecho y no el poseedor ilegítimo, por lo que si este último así procede, estará incurso en este delito**. Eso sí, no puede haber usurpación por "despojo", cuando tanto el ocupante ilegítimo y el poseedor legítimo, comparten la posesión del inmueble, para que se pueda dar esta modalidad del injusto, el sujeto pasivo debe estar despojado de la posesión.

II. LA INCLUSIÓN DEL INCISO 4)

La constelación de casos descritos encuentra correlato normativo –con los matices que seguidamente se van a proponer–, en cuanto a la inclusión del inciso 4) al artículo 202, cuando se dice a la letra que: "El que ilegítimamente ingresa a un inmueble, mediante actos ocultos(7), en ausencia del poseedor o con precaución para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse". Vemos que el legislador ha querido describir con lujo de detalles, cómo una persona ingresa a un bien inmueble, con el propósito de lograr el éxito de su plan y segundo, de no ser descubierto, es como si se indicará normativamente el **ladrón que ingresa a una casa, con los apremios necesarios para alcanzar su plan criminal y evitar también ser descubierto por sus moradores**.

Acá el supuesto que se incorpora escapa del desvalor que debe recoger el tipo penal de usurpación, en tanto se despoja a la conducta de los medios que son a nuestro entender indispensables, para dotarla de materialidad sustantiva y así poder predicar la legitimidad punitiva; si no hay violencia sobre las personas o sobre las cosas, el Derecho Penal no puede intervenir, de ninguna manera, situaciones como esta no pueden ser cubiertas por las normas penales, sino por el Derecho Civil. Máxime si el legislador se queda a medio camino, deja de lado que una vez que el agente ingresó al bien inmueble de forma subrepticia, deberá pues despojar a sus moradores de su posesión; como se ha venido sosteniendo, resulta inaceptable admitir la usurpación, mediando una compartimento posesorio del agente con la víctima, un total despropósito. Somos del parecer, que lo descrito en este numeral, son en realidad actos preparatorios o ya ejecutivos, de la modalidad delictiva prevista en el numeral 2); por tanto, innecesario que se le haya reglado como una hipótesis delictiva dotada de autonomía.

(7) Situación similar se ha reglado en el inciso f) del artículo 46 de la PG, luego de la modificación, como consecuencia de la emisión de la Ley N° 30076.

III. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN

La incorporación de "circunstancias de agravación" en el catálogo punitivo, ha de basarse estrictamente en dos elementos a saber: primero, en el mayor desvalor del injusto típico, es decir, en la forma, medios y circunstancias, de cómo toma lugar la perpetración del hecho punible así como desvalor del resultado, en cuanto a una afectación más significativa en la integridad del bien jurídico tutelado, generando así, una mayor alarma social, que merece ser reprimido con una pena más drástica y, segundo, cuando se tiene un reproche de imputación individual (*culpabilidad*), más intenso, esto se da, cuando el agente se aprovecha de una situación de prevalimiento, de ventaja y/o superioridad sobre su víctima, etc.

Llevada la argumentación esbozada, a la modificación producida al artículo 204 del CP - "Usurpación agravada"; incidiendo en la inclusión de tres circunstancias de agravación, nos evoca las siguientes reflexiones:

- **Afectando la libre circulación en vías de comunicación**, cuando se trata de invasiones que lindan con autopistas y/o carreteras, se produce en algunos casos perturbaciones sensibles al normal funcionamiento de las vías de comunicación, y esto ha de verse en la forma de ejecución del delito de usurpación por ocupación. Sin embargo, si esto se da en la práctica, no comulgamos que sea valorado como una circunstancia de agravación, en tanto dicha circunstancia provoca en realidad, una afectación a otro bien jurídico, amparado por el Derecho punitivo ("Atentados contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos"), de forma específica el relato fáctico se encuadra perfectamente en el tipo penal del artículo 283 del CP. Conforme a dicha premisa, lo que debe configurarse en este caso, es un concurso delictivo, del artículo 202 con el 283 y no el diseño normativo, que se ha reglado en el numeral 5) del artículo 204, de manera que estamos ante una injustificada incorporación normativa.

- **Colocando hitos, cercos perimétricos, cercos vivos, paneles o anuncios, demarcaciones para lotizado, instalación de esteras, plásticos u otros materiales**; quien realiza este tipo de usurpaciones, por lo general, tratará de crear las condiciones favorables para evitar su inmediata desocupación y, así también, de ser identificado como un agente delictual. A tal efecto, coloca cercos perimétricos, hitos, etc., con el afán de proteger su ilegítima invasión; es como el caso del ladrón que pretende cubrir de legalidad el bien obtenido de forma ilícita, para así procurarse su libre uso y disfrute; entonces, estos son actos posteriores a la ocupación ilegal, que no tienen trascendencia para ser valorados como una circunstancia de agravación. Todas estas circunstancias y/o factores, que el legislador ha contemplado en este inciso 6), forman parte del proceder de estos agentes, que no revela un plus de desvalor, merecedor y necesitado de una reacción punitiva de mayor dosis de energía sancionadora.

- **Abusando de su condición o cargo de funcionario o servidor público**; en este supuesto, sí puede apreciarse un fundamento valedero para la fijación de una circunstancia de agravación, pues los sujetos públicos cuentan con información importante, con medios logísticos y otros, que pueden ser aprovechados precisamente, para poder cometer esta clase de injustos penales. El mayor reproche reposa en que estos funcionarios o servidores públicos son los que justamente deben evitar que se cometan estos actos (policías, jueces, fiscales, alcaldes, regidores, etc.), mas hacen todo lo contrario, abusando de las bondades del cargo funcionarial, viabilizan que otros ingresen ilegítimamente a bienes inmuebles. Para poder apreciar esta agravante, se debe verificar el "abuso" de la función pública, si esto no es así, el agente ha de responder conforme al tipo base. Lógicamente, si el juzgador aplica esta agravante, estará impedido de imponer la circunstancia agravante genérica, prevista en el artículo 46-A del CP así como la reglada en el inc. h) del artículo 46, luego de la modificación acaecida por la Ley N° 30076, en salvaguarda del principio del non bis in ídem.

Constituye una técnica legislativa –recurrente del reformador–, elevar a la categoría de "autoría", intervenciones delictivas, en realidad constitutivas de "participación delictiva"; así se pone en evidencia, cuando en el último párrafo del artículo 204 se expone a la letra que: "Será reprimido con la misma pena el que organice, financie, provoque, facilite, fomente, dirija, provoque o promueva la realización de usurpaciones de inmuebles de propiedad pública o privada".

No estamos seguros si es que dicha orientación obedece a una probable ignorancia, de los efectos reguladores de las instituciones de la PG o, el tema pasa por fortalecer los efectos psicocognitivos de la **norma jurídico-penal**; nos inclinamos por esta última opción, en el sentido de que es el factor criminológico el que incide en este proceder normativo, conocedores de que detrás de las personas que ejecutan las ocupaciones violentas, en los predios (bienes inmuebles), se sitúan los gestores y/u organizadores de estos eventos delictivos. Y esto se refrenda, en la medida en que quien encamina su conducta, a crear las condiciones favores y/o propicias, para que otros puedan cometer formalmente el delito, son "cómplices", mientras que quien provoca en otra persona el dolo de delinquir, es un "instigador", así se deduce de los verbos, **fomentar, provocar, promover**. No puede dejarse de lado que un instigador o cómplice, a su vez, puede ejecutar un acto típico de autoría, que al ser este último de mayor intensidad, ha de responder solo por este, conforme al principio de proporcionalidad.

La norma hace referencia a individuos que han instituido verdaderas mafias de invasión y ventas de terrenos ajenos, valiéndose de cierta información y de todo un cuerpo operativo, instigan a la población a perpetrar estas ocupaciones, con la promesa de hacerlos verdaderos propietarios del área ocupada: es decir, estos

hechos no solo tienen que ver con la inminente usurpación del predio a ocupar, sino que el propósito ulterior es de hacerse de la propiedad del mismo, a través de una serie de subterfugios, de actos falsarios, por lo que en algunos casos, a la par de ser instigadores de estos actos luctuosos, pueden verse comprometidos en otras figuras delictivas, como la estafa y las falsedades.

Lo anotado nos da una lectura, que en algunas circunstancias puede hacer ver a estos "instigadores" o "cómplices" como reales "autores" del delito de Usurpación; dicha inferencia de construye a partir de una nueva visión de autoría y participación, que se diseña en el marco de "organizaciones delictivas", las cuales al estar provistas de todo un cuerpo organizativo, de una relación jerárquica, que se mueve –desde un frente vertical y horizontal–, permite determinar que aquellas personas que integran la cúpula de la estructura organizacional del aparato criminal, sean quienes tengan el dominio y control de los actos que se ejecutan en su interior; de modo que estos agentes asumen responsabilidad penal a título de "autoría" y no de "participación delictiva"[8], lo cual encuentra pleno asidero –con los fines político-criminales–, inspiradores de una dogmática penal moderna, según los cometidos de un Estado Social y Democrático de Derecho.

IV. INNOVACIONES A LA PARTE PROCESAL (NCPP) - LA MINISTRACIÓN PROVISIONAL

Uno de los delitos más recurrentes en nuestro país, sobre todo en zonas descampadas –ubicadas en los litorales ribereños o las zonas más altas de la ciudad–, es la "usurpación"; un injusto penal que denota particularidades criminológicas muy complejas, dada la escasez de vivienda de muchos peruanos, sobre todo aquellos pertenecientes a los estratos socioeconómicos más bajos, lo cual es precisamente objeto de prevalimiento, por individuos inescrupulosos, aquellos que operan desde el interior de verdaderas organizaciones criminales, de mafias ordenadamente estructuradas. Son estos últimos, quienes aprovechando una posición económica y/o política privilegiada o de información reservada, promueven la comisión de estos actos luctuosos; quienes al no dar la cara y no estar presentes in situ, en el lugar de los hechos, se sustraen del ámbito de punición, con total impunidad.

Eventos delictivos que, por lo general, se ejecutan con una fuerte dosis de violencia, merced a los medios que emplean sus agentes, para proceder a la ocupación ilegítima del bien inmueble, sobre todo en extensas área de terrenos, que no están dirigidas a fines habitacionales, sino para el cultivo o la cosecha de ciertos productos naturales, por lo que al no encontrarse en su interior sus legítimos propietarios y, contando con una escasa vigilancia particular, la ilícita

(8) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, ob. cit., pp. 624-633.

ocupación del inmueble se torna en empresa fácil para sus autores. De ahí que sea conveniente la interpretación jurisprudencial y doctrinal, que se estime que la violencia no solo ha de recaer sobre las personas, sino también sobre los bienes, lo cual ha sido ratificado normativamente, conforme a la modificación efectuada al artículo 202 del CP, vía la dación de la Ley N° 30076, que también modifica la literalidad normativa del artículo 311 del nuevo CPP.

Ante situaciones como la descrita, urge que la ley procesal cuente con mecanismos idóneos y eficaces, para evitar que los efectos antijurídicos del delito de usurpación se proyecten en el tiempo (sabedores de la naturaleza "permanente" de dicho injusto penal); de manera que aparece la posibilidad de solicitar la medida cautelar real de "ministración provisional", según los contornos normativos del articulado –*in comento*–, que tiene como principal propósito desposeer al agente del bien inmueble y otorgarse provisionalmente su posesión al agraviado, y ello debe ocurrir de forma inmediata, si es que en realidad queremos dotar a esta medida de una verdadera eficacia. Para tal efecto, solo debe contarse con lo siguiente: firmeza del Derecho del solicitante, que puede ser un poseedor mediato u inmediato, no necesariamente el propietario del bien inmueble, mediando el título legal que lo ampare y, segundo, que se verifique la ilícita ocupación del bien inmueble, sin necesidad de que se tengan evidencias suficientes de la holgada culpabilidad de sus ocupantes; es decir, cuando el inciso 1) del precepto legal hace alusión a que **exista motivo razonable para sostener que se ha cometido el delito***,* implica constatar que estemos ante un verdadero injusto penal, en cuanto a la subsunción de la conducta del agente, en la composición típica del artículo 202 del CP, y que no concurra causa de justificación alguna.

De que existan autores y partícipes debidamente individualizados, es importante, pero no es indispensable una categórica e indubitable demostración de su responsabilidad penal; ello se determinará al final del procedimiento, con la sentencia de condena, pero, para una medida cautelar –de tal naturaleza–, basta con un juicio provisorio y probabilístico de imputación jurídico-penal. No en vano, el inciso 2 dispone que: (...) **el Fiscal, sin perjuicio de disponer las acciones que corresponda, realizará inmediatamente una inspección en el inmueble. El agraviado recibirá copia certificada de las actuaciones policiales y de la diligencia de inspección del Fiscal**. Entonces, sin más trámite, donde se observe que se está ante una ocupación ilegítima, habiendo sus ocupantes ingresado al predio, mediando los medios comisivos que se describen en la redacción normativa del artículo 202 del CP, previa solicitud del sujeto procesal legitimado, el juez de la IP debe ordenar el desalojo de los invasores del predio, así como el otorgamiento de la posesión al agraviado; de no ser así, dilatando la decisión judicial a diligencias investigativas que se encaminan a dilucidar la responsabilidad penal de los imputados, se desnaturaliza la esencia de esta medida cautelar, generándose

una flagrante afectación, a lo que debemos concebir como "tutela jurisdiccional efectiva".

Ahora bien, la reforma producida por la Ley N° 30076 ha significado dos elementos a saber: primero, en el inciso 1) se ha establecido que **el desalojo se ejecuta dentro del término de setenta y dos horas de concedida**, es decir, de forma impronta, lo cual debe tomar lugar *inaudita parte*, pues si se le informa de la diligencia a sus ocupantes, estos adoptarán medidas extremas y radicales, que de hecho dificultarán el éxito de la desocupación; y, segundo, en el inciso 3), que **el desalojo y ministración provisional pueden presentarse durante las diligencias preliminares**. Inclusión esta última trascendental, considerando la naturaleza jurídica de esta medida de coerción (real), cuya ejecución no tiene por qué esperar de una IP formalizada; de ahí nuestra acotación anterior, que lo importante acá es que se cuente con evidencias de que se ha perpetrado el delito de usurpación y no que se tengan suficientes recaudos sobre la presunta responsabilidad penal de sus ocupantes, lo cual –sin duda–, no se ajusta a la ratio de esta fase de indagación preliminar.

Adelantar la adopción del desalojo en un estadio preprocesal (DP) constituye un paso fundamental de política criminal, fortaleciendo los fines preventivos del Derecho Penal, así como la tutela jurisdiccional de la víctima.

El delito de uso indebido de información privilegiada
Tipo básico y formas agravadas

I. INTRODUCCIÓN

Artículo 251-A del Código Penal

"El que obtiene un beneficio o se evita un perjuicio de carácter económico en forma directa o a través de terceros, mediante el uso de información privilegiada, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno (1) ni mayor de cinco (5) años.

Si el delito a que se refiere el párrafo anterior es cometido por un director, funcionario o empleado de una bolsa de valores, de un agente de intermediación, de las entidades supervisoras de los emisores, de las clasificadoras de riesgo, de las administradoras de fondos mutuos de inversión en valores, de las administradoras de fondos de inversión, de las administradoras de fondos de pensiones, así como de las empresas bancarias, financieras o de seguros, la pena no será menor de cinco (5) ni mayor de siete (7) años".

El Código Penal, al tiempo de su promulgación, supuso un ideario punitivo novedoso, en la medida que incluía nuevos bienes jurídicos como objeto de protección –distintos a los comprendidos en una tradicional concepción individualista–, producto de la nueva estructura de la sociedad y de los sistemas que la dinamizan.

De ese modo, se incluyeron comportamientos típicos susceptibles de lesionar y/o poner en peligro intereses jurídicos metaindividuales o colectivos, teniendo como plataforma los fundamentos que se desprenden de un Estado Social y Democrático de Derecho. En tal perspectiva, tuvieron acogida aquellos injustos que atentan contra el orden económico, encuadrados en un subsistema del orden financiero y monetario.

A lo largo del Código se penalizan en el glosario normativo, aquellas conductas que atentan contra los principios básicos y esenciales de una economía social de mercado, así como aquellas que perturban y afectan el correcto funcionamiento

del orden bancario y financiero, desde un baremo de subsidiariedad y de última ratio del Derecho Penal.

En el marco de las continuas reformas político-criminales, el legislador es proclive a la formulación de nuevos tipos penales que muy raramente se ajustan al orden sistemático que debe regir en cualquier cuerpo legal. Con ello, pretendemos destacar que la incorporación del artículo 251-A al Código Penal, vía el Decreto Legislativo Nº 861[1], del 22 de octubre de 1996 (delito de abuso de información privilegiada), hace alusión a una esfera de actuación muy particular y específica, que no se condice con el resto de figuras delictivas contenidas en el Título X del Código Penal, al referirse al "mercado bursátil", concretamente a la bolsa de valores, aquel lugar donde concurren los agentes de intermediación a efectos de concretar una serie de transacciones bursátiles, mediando la cotización de acciones, títulos nominales, etc.

Con propiedad, podemos decir que el tipo penal del abuso de información privilegiada tiene que ver con una específica actuación de agentes que realizan funciones complejas, dada la naturaleza de las actividades económicas que rigen su funcionamiento; por lo que hubiese sido mejor que se ubique en un apartado especial, conjuntamente con los artículos 213-A[2] y 243-B, pues dichos injustos toman lugar en un marco específico: el "mercado bursátil".

Lo que debemos reconocer es que la tipificación de este delito se corresponde con las necesidades político-criminales en cuanto a la identificación de un bien jurídico necesitado de tutela penal. El mercado bursátil constituye un ámbito económico donde confluyen ingentes capitales de dinero, producto de su versatilidad y la forma como se transfieren los valores bursátiles. Por consiguiente, la debida interpretación del artículo 251-A requiere necesariamente del manejo de ciertos conceptos privativos del Derecho bursátil contenidos en el Decreto Legislativo Nº 861 - Ley del mercado de valores (que es una ley penal en blanco).

Dicho lo anterior, constituye tarea de la hermenéutica jurídico-penal definir el bien jurídico protegido por la figura delictiva en examen.

(1) Sobre su incorporación vía decreto legislativo, Bramont-Arias Torres sostiene que ello demuestra poca seriedad y rigurosidad jurídica en el ámbito del Derecho Penal, pues es imperativo que las modificaciones de la norma penal se realicen en dispositivos legales independientes y no en aquellos "referidos a otros ámbitos del ordenamiento jurídico"; BRAMONT-ARIAS TORRES, L. "Delito de información privilegiada". En: *Temas de Derecho*. Facultad de Derecho de la USMP, Nº 04, 1997, p. 21.

(2) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II, 1ª reimpresión actualizada, Idemsa, Lima, 2009, pp. 564-569.

II. BIEN JURÍDICO

De plano, hemos de negar que el bien jurídico se corresponda con el concepto del orden financiero, por los argumentos antes esbozados, de manera que hemos de identificar el ámbito de protección del precepto en estudio mediante criterios de delimitación respecto a la infracción administrativa que se desprende del Decreto Legislativo Nº 861.

En efecto, con la tipificación del aludido delito, podemos decir que el mercado de valores es doblemente tutelado por el Derecho Público sancionador, tanto por el Derecho Administrativo sancionador como por el Derecho Penal. Empero, la intervención del Derecho punitivo debe obedecer a fundamentos precisos de orden material, amén de cautelar el principio de última ratio.

Estamos ante una manifestación de los delitos "socioeconómicos", cuya materialidad detenta un doble plano: primero, un marco supraindividual y, segundo, intereses individuales de orden patrimonial; ambos inciden en la naturaleza jurídica de esta figura delictiva al establecer si se trata de un delito de resultado o de peligro concreto, asunto que será dilucidado más adelante.

El artículo 16-A de la Ley del mercado de valores, incorporado mediante la Ley Nº 27649, del 23 de enero de 2002, dispone:

> "**Artículo 16-A.- Deberes para con los clientes y el mercado**
>
> Las personas inscritas en el Registro que actúan en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes de inversión como asesorando o administrando inversiones en valores por cuenta de terceros o patrimonios autónomos, deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes y en defensa de la integridad del mercado. Asimismo, deberán organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflictos de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.
>
> Estas personas deben gestionar su actividad de manera ordenada y prudente, cuidando los intereses de los clientes como si fueran propios, asegurándose de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados".

Del precepto legal invocado se colige que del correcto funcionamiento del mercado bursátil depende, en gran medida, que los agentes de bolsa sujeten su actuación a los principios de rectitud e integridad y, en especial, actúen respetando los intereses patrimoniales ("comitentes") que tienen el deber de representar con lealtad, prudencia y responsabilidad; de modo tal que les está prohibido anteponer sus propios intereses a aquellos.

Lo descrito se desprende de una normativa estrictamente administrativa; por tales motivos, resulta indispensable agregar ciertos elementos que nos permitan sustentar la legitimidad de la intervención del Derecho Penal y diferenciar el injusto penal del administrativo.

Como pone de relieve Ruiz Rodríguez, la lealtad ha de servirnos exclusivamente como criterio aglutinador de tipos delictivos en los que la violación de los deberes específicos de los agentes se convierte en el instrumento de la comisión de delitos, pudiendo descubrirse en cada tipo de infidelidad un bien jurídico como fundamento material distinto(3). En efecto, la infracción al "deber de lealtad" no constituye, a nuestro entender, suficiente baremo para convalidar la reacción punitiva estatal, por estar desprovisto de una materialidad suficiente de disvalor.

Ahora bien, qué duda cabe de que la persona que actúa en el marco del mercado bursátil es una persona que posee de conocimientos especiales sobre la materia (*insider trading*), es decir, no cualquier profano está en condiciones de negociar valores bursátiles, de forma que el manejo de cierta información de relevancia puede generar dividendos importantes a los titulares del patrimonio fideicometido o, a la inversa, propiciar daños materiales (patrimoniales) cuantiosos cuando dicha información es empleada en franca lesión a los intereses que el gestor está en la obligación de tutelar, al interponer sus intereses estrictamente "personales".

Por ello, debe entenderse que estos delitos solo pueden ser cometidos por personas que interactúan en el mercado de valores como agentes de intermediación (de bolsa); en tal mérito, consideramos jurídicamente inadecuado que el legislador haya formulado un tipo penal "mixto", que puede ser cometido tanto por un particular como por un sujeto funcionalmente cualificado.

Por otro lado, debe reconocerse que si bien el objeto de disvalor viene definido por la tutela de intereses patrimoniales individuales, no es menos cierto que la represión penal encierra un interés metaindividual; no solo se pretende cautelar la correcta actuación de los agentes de bolsa sino también el correcto desarrollo del mercado bursátil.

En la doctrina especializada definen al bien jurídico en este tipo penal como un objeto jurídico supraindividual difuso que consiste en el correcto funcionamiento

(3) RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. "El abuso de información privilegiada en Derecho español". En: *La regulación penal del mercado de valores*. Editorial Librería Portocarrero, 2001, p. 94.

del mercado de valores, caracterizado en concreto por el respeto al principio de igualdad de oportunidades de los inversores[4][5].

Cuando un sujeto interviniente en el mercado de valores lo hace merced a la disposición de informaciones desconocidas para el público, actúa en condiciones de desigualdad, de abuso, frente a quien realiza la misma operación sin esos datos. Como consecuencia de ello, apunta Ruiz Rodríguez, el mercado de valores sufre una reducción de su credibilidad, ya que el inversor desconfía de que futuras operaciones sean representativas de la situación real de las cotizaciones y del mercado. Pero donde realmente se incide es sobre la actividad bursátil del inversor, que es la que se dirige a satisfacer necesidades concretas, y la que se ve mermada por la desconfianza de los inversores en el mercado[6].

El bien jurídico protegido, a decir de González Rus, es el correcto funcionamiento del mercado de valores, en el que la formación de los precios debe ser consecuencia de la normal evolución de las contrataciones. Ello constituye la garantía básica de los derechos de los inversores, que deben concurrir a aquel en condiciones de igualdad de riesgo, y cuya confianza en la transparencia del mercado es indispensable para su mantenimiento y para el propio sistema económico y financiero[7].

Como se ha sostenido, los agentes de intermediación en bolsa han de desempeñarse con lealtad, con el compromiso de velar por el patrimonio encargado por los comitentes, en el sentido de invertir en los mejores términos bursátiles. Por tales motivos, el agente de bolsa adquiere la calidad de "garante" del patrimonio fideicometido que debe proteger. En tal virtud, cuando el agente abusa de la información que maneja en razón de la función que desempeña, provoca una defraudación de las legítimas expectativas de los titulares de los patrimonios, produciendo con ello una grave distorsión del correcto funcionamiento del mercado bursátil.

A nuestro entender, no es propiamente el principio de "igualdad" el objeto de tutela en el artículo 251-A del Código Penal, pues dicho criterio no asume con propiedad un suficiente disvalor para sustentar el merecimiento y necesidad de

(4) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Comentarios al Código Penal*. Vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1382.

(5) Peña Cabrera Freyre señala que el bien jurídico, la necesaria transparencia del mercado de valores, se configuraría como una mera abstracción conceptual, que englobaría una colectividad difusa integrada por el conjunto de libertades de disposición y de patrimonios de los sujetos individuales participantes en el mercado de valores; PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. Ob. cit., p. 583.

(6) RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. Ob. cit., pp. 101-102.

(7) GONZÁLEZ RUS, J. J. et ál. *Derecho Penal español*. *Parte especial*. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Tomo VIII, Cobo del Rosal (coordinador), Dykinson, Madrid, p. 817.

pena. Más bien, debe repararse en los potenciales peligros que acarrea para los inversionistas la información de naturaleza "privilegiada" o de relevancia para la suscripción de transacciones bursátiles, en la medida que pueda emplearse con propósitos ajenos a los que debe guiar la actuación de los agentes de intermediación.

Tales conductas atentan contra los patrimonios de los comitentes cuando se adquieren ganancias o evitan perjuicios económicos sabiendo, por ejemplo, cuándo las acciones en bolsa han de ser vendidas ante una baja inminente de su cotización; punto en cuestión de importancia, para delimitar el injusto penal del injusto administrativo.

Se dice, entonces, que el Derecho Penal debe ser notablemente más selectivo, identificando entre todos los deberes de actuar y omitir impuestos a los "iniciados" aquellos cuya vulneración resulta intolerable para el correcto funcionamiento del sistema del mercado bursátil. A tal finalidad responde la necesidad de limitar el círculo de sujetos activos del delito, a fin de demarcar los contornos precisos de las informaciones no utilizables en bolsa y, probablemente también de introducir un límite cuantitativo a la intervención penal, de forma que se desechen comportamientos con un insuficiente grado de ofensividad[(8)(9)].

Si bien la función especial que se le encomienda al agente de intermediación (*insider*), implica un plus de disvalor en cuanto al prevalimiento de dicha actuación, al margen de la tipificación de la *lege lata*, no es menos cierto que los intereses bursátiles defraudados, en cuanto a la magnitud del ataque antijurídico, han de ser tomados en cuenta para la determinación de la relevancia jurídico-penal de la conducta.

III. TIPICIDAD OBJETIVA

1. Sujeto activo

La determinación del círculo de autores –a efectos penales– resulta un aspecto de análisis importante en este apartado de la codificación punitiva. Si hemos sostenido que uno de los fundamentos materiales de la penalización de la conducta de "abuso de información privilegiada" lo constituye el aprovechamiento que perpetra el *insider trading*, al hacer uso ilegal de la denominada "información

(8) VALLE MUÑIZ, J. M. et ál. *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*. Tomo II, Aranzadi, Madrid, p. 865.

(9) En contra: Ruiz Rodríguez, quien sostiene que resulta coherente entender que la intervención del Derecho Penal en esta materia esté en función no de la gravedad cuantitativa del ataque, sino de las características de las funciones ejercidas por los sujetos activos del delito, ya que de esta forma la actividad inversora bursátil resulta más perjudicada por la deslealtad de quien abusa de la información frente a su comitente, que espera que su actividad bursátil sea gestionada con limpieza y ponderando sus intereses sobre los del tenedor de la información no pública; RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. Ob. cit., p. 102.

confidencial", la responsabilidad penal habría de recaer únicamente sobre aquellas personas que interactúan como agentes intermediarios en el mercado bursátil.

Sin embargo, la *lex lata* nos da una perspectiva distinta, pues según la redacción normativa del primer párrafo del artículo 251-A del Código Penal, autor puede ser "cualquier persona", constituyendo una circunstancia agravante el que el agente reúne algunas de las condiciones que se detallan en la descripción normativa del segundo párrafo. De tal forma, se trataría de un "delito especial impropio", disímil a las descripciones típicas efectuadas en el Derecho Comparado, v. gr. el artículo 285 del Código Penal español.

A nuestro entender, el legislador se equivocó tremendamente, no solo por razones legitimadoras del Derecho Penal, sino también por consideraciones de orden práctico, en la medida que personas ajenas (*extraneus*) al mercado bursátil no están en condición precisamente de manejar dicha información privilegiada. Si bien dicha opción no es desdeñable en términos absolutos, no es menos cierto que si el particular accede a dicha información será por obra de un comportamiento típicamente atribuible al *insider trading* y, si esto es así, no existiría problema alguno para penalizar dicho comportamiento a título de "partícipe", igual como acontece en los delitos contra la Administración Pública.

De distinto parecer es Reyna Alfaro, quien señala que si bien la idea de diseñar el tipo penal con criterios restrictivos –según los cuales se reprime solo las conductas de los *insiders*, que suponen, con relación a los comportamientos ejecutados por los *extraneus*, un mayor grado de injusto– tiene el acierto de propugnar el respeto de los principios de intervención mínima y fragmentariedad, en cuya virtud el Derecho Penal aparece como última ratio, es también evidente que con ello se deja, en gran medida, desprotegido el bien jurídico-penal en resguardo y se ofrece una puerta abierta a la impunidad(10).

La esfera de organización específica en la cual se desenvuelve el agente de intermediación del mercado bursátil, constituye la plataforma funcional por la cual se construye la figura delictiva en examen, y sobre aquella nunca podrá estar situado el *extraneus*. Por tales motivos, el injusto penal en análisis debe ser perfilado normativamente como un "delito especial propio".

Sobre la operatividad de la separación efectuada por el legislador peruano, Ruiz Rodríguez apunta que esta debe ser cuestionada por las mismas razones que fue criticada la opción del proyecto español. La normativa administrativa peruana está diseñada para incluir entre sus prohibiciones a los operadores del mercado, y no para incluir a cualquier sujeto que ocasionalmente pueda acceder a la información,

(10) REYNA ALFARO, L. M. "El abuso de información privilegiada en el Derecho Penal peruano". En: *La regulación penal del mercado de valores*. p. 46.

lo que se deduce de las presunciones de acceso de los artículos 41 y 42 de la Ley del Mercado de Valores, así como del contenido de las prohibiciones del artículo 43 que están dirigidas a personas que sean profesionales de la actividad(11).

La restricción del círculo de sujetos activos a los iniciados primarios parece correcta. Con ello, tan solo se castiga penalmente la infracción de unos especiales e intensos deberes de confidencialidad y sigilo que, lógicamente, deben soportar los que por su actividad, función o cargo detentan una situación de privilegio en el acceso de la información reservada(12).

Lo que aquí se trata de evitar es que los operadores habituales de este tipo de mercados (*insider*), o que quienes realicen una operación en estos, hagan uso abusivo o desleal de informaciones reservadas y relevantes capaces de alterar la transparencia del mercado y la igualdad de los inversores(13).

Según el tipo penal peruano, pueden estar incursos en la modalidad agravada quienes ejercen la función de "director, funcionario o empleado de una bolsa de valores, de un agente de intermediación, de las entidades supervisoras de los emisores, de las clasificadoras de riesgo, de las administradoras de fondos mutuos de inversión en valores, de las administradoras de fondos de inversión, de las administradoras de fondos de pensiones, así como de las empresas bancarias, financieras o de seguros".

Cuando la información es llevada de forma compartida, por dos *insiders*, puede darse un caso de coautoría si es que se revela el codominio funcional del hecho.

Conforme a la anotada descripción típica, quien se hace del beneficio o se evita un perjuicio de carácter económico puede hacerlo "en forma directa o a través de terceros", es decir, el uso indebido de la información privilegiada puede realizarse de forma personal o a través de un tercero intermediario, que sería el agente de intermediación.

En nuestra concepción, si se emplea a quien ostenta la función especial y, claro está, este obra con dolo, en el caso de ser un delito especial, no se puede hablar de un caso de autoría mediata, pues el hombre de atrás nunca podrá ser autor al carecer de los elementos que fundamentan la autoría, de manera que se daría una instigación.

Mientras que la regulación propuesta por el derecho positivo daría la siguiente resolución: el *extraneus* sería penalizado según el tipo base y el *insider trading* según la penalidad propuesta en la modalidad agravada, siempre que este último

(11) RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. Ob. cit., p. 109.

(12) VALLE MUÑIZ, J. M. et ál. Ob. cit., p. 867. Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Ob. cit., p. 1385.

(13) GONZÁLEZ RUS, J. J. et ál. Ob. cit., p. 819.

haya actuado con dolo; es decir, cada uno responde por su propio injusto. La posibilidad de que este último actúe con "ceguera sobre los hechos" (error de tipo), es en realidad difícil de admitir, pues quien maneja toda la información es precisamente el *intraneus*, quien sabe perfectamente que debe actuar según los parámetros de sigilo y salvaguarda, como se desprende de la Ley del Mercado de Valores.

2. Sujeto pasivo

Es común señalar que en esta clase de delitos el Estado es el que asume la titularidad de todos aquellos subsistemas que integran el sistema económico; lo que no obsta para reconocer qué intereses en esencia individuales (de los comitentes, inversores, etc.), puedan verse lesionados.

3. Elementos de valoración típica

El primer punto a dilucidar es la definición de "información privilegiada"; para ello resulta imperativo remitirnos a la normativa administrativa sobre la materia.

El Capítulo III (Subcapítulo I: De la información privilegiada) de la Ley del Mercado de Valores (artículo 40) entiende por información privilegiada: "cualquier información referida a un emisor, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos o garantizados, no divulgada al mercado; y cuyo conocimiento público, por su naturaleza, sea capaz de influir en la liquidez, el precio o la cotización de los valores emitidos. Comprende, asimismo, la información reservada a que se refiere el artículo 34 de esta ley y aquella que se tiene de las operaciones de adquisición o enajenación a realizar por un inversionista institucional en el mercado de valores, así como aquella referida a las ofertas públicas de adquisición".

El artículo 34 (*in fine*) establece que puede asignarse a un hecho o negociación en curso el carácter de reservado, cuando su divulgación prematura pueda acarrear perjuicio al emisor.

El artículo 43 de la Ley de Mercado de Valores dispone que: "las personas que posean información privilegiada están prohibidas de:

a) Revelar o confiar la información a otras personas hasta que esta se divulgue al mercado;
b) Recomendar la realización de las operaciones con valores respecto de los cuales se tiene información privilegiada; y,
c) Hacer uso indebido y valerse, directa o indirectamente, en beneficio propio o de terceros, de la información privilegiada.

Estas personas están obligadas a velar porque sus subordinados acaten las prohibiciones establecidas en este artículo.

Quienes incumplan las prohibiciones establecidas en el citado artículo deben hacer entrega al emisor o fondo, cuando se trate de información relativa a las operaciones de los fondos mutuos, fondos de inversión y de pensiones, de los beneficios que hayan obtenido".

Según el contenido de los preceptos legales invocados, la información privilegiada, en definitiva, no es cualesquiera. Debe emanar de un emisor, tratar sobre valores bursátiles y, por su propia naturaleza, poder repercutir en el marco de las transacciones bursátiles, incidiendo en los términos de la negociación en bolsa. Lógicamente la "relevancia" de la información debe ser actual al momento de la comisión del hecho punible.

En el caso de la "información reservada", la definición del artículo 34 de la Ley del Mercado de Valores no hace alusión a que la información pueda influir en la liquidez, el precio o la cotización de los valores emitidos. Por tales motivos, ha de seguirse un criterio de interpretación sistemática, a fin de resguardar el fundamento material del injusto.

Así, Ruiz Rodríguez sostiene que si una información es reservada pero carece de la capacidad para influir en la "liquidez, el precio o la cotización de los valores emitidos", no completa el sentido de la prohibición penal, y ello aunque pueda acarrear un perjuicio al emisor, porque eso da sentido a la finalidad del artículo 34, pero no a la del artículo 40 con relación al artículo 251-A del Código Penal peruano(14).

¿Cuál sería, por lo tanto, la distinción entre la infracción administrativa y el injusto típico contemplado en el artículo 251-A del Código Penal? Como es de verse del derecho positivo vigente, el legislador no ha empleado un término cuantificador, como sí sucede en el caso del artículo 285 del Código Penal español, donde el límite es un beneficio económico superior a seiscientos mil o un perjuicio de idéntica cantidad.

De modo que la divergencia debe ser identificada en otros elementos. Conforme se señala en el artículo 40 de la Ley del Mercado de Valores, para que se constate la infracción administrativa basta que la denominada "información privilegiada" sea divulgada a terceros, siempre que esta sea susceptible de influir en la liquidez, el precio o la cotización de los valores emitidos; de manera que no se exige la presencia de un resultado "material", en el sentido de la "obtención de un beneficio o de evitación de un perjuicio de contenido económico", como se desprende del

(14) RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. Ob. cit., p. 112.

tipo penal comentado[15]. Elemento que incide en la naturaleza jurídica de este delito que, a nuestro entender, es de resultado.

Por otro lado, el artículo 41 de la Ley del Mercado de Valores regula la denominada "presunción de acceso", disponiendo que, salvo prueba en contrario, a efectos de la citada ley, se presume que poseen información privilegiada:

a) Los directores y gerentes del emisor y de los inversionistas institucionales, así como los miembros del comité de inversiones de estos últimos, en su caso;

b) Los directores y gerentes de las sociedades vinculadas al emisor y a los inversionistas institucionales;

c) Los accionistas que individualmente o conjuntamente con sus cónyuges y parientes hasta el primer grado de consanguinidad, posean el diez por ciento (10%) o más del capital del emisor o de los inversionistas institucionales; y,

d) El cónyuge y los parientes hasta el primer grado de consanguinidad de las personas mencionadas en los incisos precedentes.

Así también se encuentra regulada una extensión de presunciones en el artículo 42, estableciéndose que, salvo prueba en contrario, a efectos de la mencionada ley, se presume que tienen información privilegiada, en la medida que hubieran tenido la posibilidad de acceder al hecho objeto de la información, las siguientes personas:

a) Los socios, administradores y personal encargado de la auditoría de las sociedades auditoras contratadas por el emisor;

b) Los accionistas, socios, directores, administradores y miembros del: i) comité de clasificación de las clasificadoras; ii) comisión clasificadora de inversiones a que se refiere el Decreto Ley Nº 25897; iii) empresas proveedoras de precios de que trata el Título XIV de la presente ley; iv) entidades a que se refiere el artículo 69 de la ley; v) las valorizadoras para los fines de las ofertas públicas de adquisición; y vi) las mencionadas en la Ley Nº 28739;

c) Los administradores, asesores, operadores y demás representantes de los agentes de intermediación;

d) Los miembros del consejo directivo, gerentes y demás funcionarios de las bolsas y entidades responsables de la conducción de mecanismos centralizados;

(15) A decir de Reyna Alfaro, este es un error del legislador peruano, pues establecer una cuantía permite distinguir claramente entre el ilícito administrativo y el delito, con lo cual se mantiene indemne el principio del non bis in ídem; no obstante, es indispensable que el límite sea fijado teniendo como dato primordial la "alteración apreciable de la cotización"; REYNA ALFARO, L. M. Ob. cit., p. 49.

e) Los directores, funcionarios de las instituciones encargadas del control o supervisión de emisores de valores de oferta pública o inversionistas institucionales, incluyendo la Conasev y la Superintendencia;

f) Los directores, gerentes y demás funcionarios de las instituciones de compensación y liquidación de valores;

g) Los dependientes que trabajen bajo la dirección o supervisión directa de los directores, gerentes, administradores o liquidadores del emisor e inversionistas institucionales;

h) Las personas que presten servicios de asesoría temporal o permanente al emisor vinculadas a la toma de decisiones de gestión;

i) Los funcionarios de las instituciones financieras que estén a cargo de los créditos a favor del emisor;

j) Los funcionarios del emisor y de los inversionistas institucionales, así como de sus sociedades vinculadas; y,

k) Los parientes de las personas señaladas en los incisos a), b) y c) del artículo anterior y de las mencionadas en los incisos precedentes.

Como es de verse de la legislación extrapenal, son muchas las personas que podrían acceder a la denominada "información privilegiada", pero, con respecto a la categoría de autor a efectos penales, solo pueden ser incriminados aquellos que están detallados en el artículo 251-A del Código Penal. Cualquier extensión por obra de una interpretación por analogía se encuentra proscrita, en mérito al principio de legalidad; sin perjuicio de ser pasibles de responsabilidad administrativa.

Cabe agregar que sobre el "deber de reserva" existen ciertas excepciones, conforme se estipula en el artículo 47 de la Ley del Mercado de Valores, modificado por el artículo 9 de la Ley Nº 27649, del 23 de enero de 2002, que establece que el deber de reserva no opera en los siguientes casos:

a) Cuando medien pedidos formulados por los jueces, tribunales y fiscales en el ejercicio regular de sus funciones y con específica referencia a un proceso o investigación determinados, en el que sea parte la persona a la que se contrae la solicitud;

b) Cuando la información concierna a transacciones ejecutadas por personas implicadas en el tráfico ilícito de drogas o que se hallen bajo sospecha de efectuarlo, favorecerlo u ocultarlo y sea requerida directamente a la Conasev o, por conducto de ella, a las bolsas, demás entidades responsables de la conducción de mecanismos centralizados, a las instituciones de compensación y liquidación de valores, así como a los agentes de intermediación, por un gobierno extranjero con el que el país tenga suscrito un convenio para combatir y sancionar esa actividad delictiva; y,

c) Cuando la información sea solicitada por organismos de control de países con los cuales la Conasev tenga suscritos convenios de cooperación o memoranda de entendimiento, siempre que la petición sea por conducto de la Conasev y que las leyes de dichos países contemplen iguales prerrogativas para las solicitudes de información que les curse la Conasev.

Dicho lo anterior, cuando se divulgue información contenida en las transacciones bursátiles por parte del *insider trading*, en mérito a una solicitud formulada por los organismos descritos en el artículo precitado, dicha actuación será "penalmente atípica".

Al respecto, cabría la siguiente interrogante: ¿qué sucedería si, por ejemplo, los órganos de control filtran la información recibida a fin de que ciertas personas se vean beneficiadas en el mercado bursátil? Si hemos de convenir que la configuración típica está condicionada a que el agente haga un uso indebido de información privilegiada que conoce en virtud de su función, no podría ser penalizable, no obstante, se lee del tipo penal, que puede ser cualquiera quien da un empleo ilegal a la información privilegiada.

En definitiva, los funcionarios del sistema de control no están autorizados para develar la información que manejan en una investigación y si así lo hacen estarán incursos en la figura delictiva examinada.

4. Modalidad del injusto

Como se anotó, en el ámbito de los delitos financieros, el concepto de información privilegiada nace como consecuencia de la necesidad de mantener los principios que ordenan el buen funcionamiento, integridad y equilibrio del sistema, como son la transparencia, la igualdad y la confidencialidad encaminadas a tutelar eficientemente la salud de la economía.

En general, la información privilegiada se puede definir como aquella información "que presentando caracteres de relevancia o concreción no ha sido aún divulgada, y cuyo contenido tiene especial relevancia en orden al valor de las transacciones bursátiles en la bolsa".

De acuerdo con el tenor del artículo 251-A del Código Penal, el uso indebido de información privilegiada constituye un delito contra el sistema financiero que se caracteriza por su afectación difusa. Por ende, constituiría un delito de peligro, puesto que la difusión de la información puede generar un serio riesgo para el funcionamiento y normal desarrollo del sistema financiero. Sin embargo, según se puede ver de la descripción típica, parece que el legislador otorgó una mayor preponderancia a los intereses patrimoniales de los comitentes, al condicionar la punición de la conducta a la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio económico. Con ello, se aparta de la estructura natural de aquellos injustos que

atacan bienes jurídicos supraindividuales, cuya tipificación toma lugar a partir de la imagen de los tipos de peligro.

Es importante precisar que en este ámbito de criminalidad, se advierten básicamente dos criterios de imputación. Por una parte, encontramos la tesis imperante en el sistema norteamericano, inspirado en un sistema subjetivista, que sanciona al sujeto activo del delito cuando se halla vinculado con un deber de fidelidad o lealtad con la entidad financiera, bursátil o del mercado de valores (en la legislación colombiana se ha tenido en cuenta esta posición). No obstante, este criterio esencialmente restrictivo se ha ampliado posteriormente a través de la adopción de la *misappropriation theory*, llegando a considerar dentro de los alcances de la responsabilidad a personas que, aun careciendo de una relación de confianza, se han apropiado indebidamente de la correspondiente información (esta es la posición adoptada por la legislación peruana)[16].

En el otro extremo, nos hallamos ante un criterio objetivista, dominante en legislaciones europeas, el cual prescinde de la naturaleza o carácter de la relación existente entre quien se sirve de la información y la entidad a que ella se refiere, poniendo el énfasis en las características que posee la información misma cuyo aprovechamiento o divulgación constituye el objeto de prohibición[17].

En el modelo punitivo, la característica especial es que el uso indebido de información privilegiada haya sido adecuado a los tipos penales ubicados en el ámbito de los delitos financieros, situación distinta a lo que sucede en otros países, como Chile, donde el comportamiento ha sido penalizado cuando se afecta específicamente el mercado de valores, dejándose de lado las actividades de las entidades financieras, de banca y seguros.

La información que se usa debe ser aquella conocida en el marco de "la reserva", en cuanto a la función que desempeña el *insider trading* en los negocios y transacciones bursátiles[18]; sin embargo, al haber el legislador tipificado un tipo penal mixto, la información puede ser obtenida por otros canales.

El verbo rector en este tipo penal es el "utilizar", que debe entenderse como "aprovecharse" de algo, que en el caso concreto es la información. En el ámbito del mercado de valores debe ser una información relevante para la cotización de

(16) Vide, al respecto, ALCALDE RODRÍGUEZ, E. "Uso de información privilegiada: algunas consideraciones sobre el sentido y alcance de la prohibición en relación con su sujeto, objeto y sanción". En: *Revista chilena de Derecho*. Vol. 27, Nº 1, 2000, p. 13.

(17) Ídem.

(18) Así, GONZÁLEZ RUS, J. J. et ál. Ob. cit., p. 818; VALLE MUÑIZ, J. M. et ál. Ob. cit., p. 868.

cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, información que por supuesto tiene el carácter de reserva[19].

Como se ha puesto de relieve, el uso indebido puede desdoblarse en dos resultados materiales: primero, en la obtención de un beneficio económico y, segundo, en la evitación de un perjuicio económico. Este beneficio y/o perjuicio puede incumbir a un tercero; lo cual es lógico pues el *insider*, por lo general, tratará de negociar la información privilegiada con personas que manejan negocios en bolsa.

Ahora bien, la pregunta sería: ¿puede admitirse la posibilidad de cometerse el delito por "omisión"? Desde una consideración puramente gramatical, habría que negar dicha posibilidad en la medida que la configuración típica requiere necesariamente de un "hacer" por parte del sujeto activo. Resulta impensable la obtención de un beneficio económico sin usar la información; se requiere de una actuación activa por parte del agente que repercuta en los valores que se negocian en el mercado bursátil.

Lo que aquí vienen a castigarse, escribe González Rus, son conductas de interferencia en el mercado de valores como consecuencia de la información conocida, lo que no concurre en quien se abstiene de intervenir[20]. Ante todo, hay que tener en cuenta que el sujeto iniciado tiene un deber de sigilo pero no un "deber de negociar", con lo que limitarse a no intervenir no puede estimarse estructuralmente equivalente al obrar activo. Por lo demás, –dice Martínez-Buján Pérez– desde la perspectiva valorativa, tampoco puede equipararse aquí la omisión a la acción[21].

En todo caso, el legislador debió haber ampliado el concepto de información privilegiada para abarcar a toda aquella que importe un deber de actuar en ciertos negocios bursátiles por parte del *insider*; su no punición, por ende, tiene que ver también con razones de estricta legalidad.

Como en la mayoría de los delitos de carácter económico, el uso indebido de información privilegiada requiere de un elemento subjetivo del tipo, que está dado por la intención de obtener un provecho, la que se presenta tanto cuando se logra una ganancia como cuando se evita una pérdida[22]. Esta intención coincide con el contenido del dolo; no debe confundirse con la presencia de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente, pues esta finalidad ulterior no se exige en

(19) Vide, al respecto, RODRÍGUEZ AZUERO, S; RINCÓN CÁRDENA, E; CALDERÓN VILLEGAS, J. J. *Temas de Derecho Financiero contemporáneo*. Universidad de Rosario, 2006, p. 468.

(20) GONZÁLEZ RUS, J. J. et ál. Ob. cit., p. 820. Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Ob. cit., p. 585.

(21) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Ob. cit., pp. 1387-1388.

(22) Vide, al respecto, RODRÍGUEZ AZUERO, S.; RINCÓN CÁRDENA, E.; CALDERÓN VILLEGAS, J. J. Ob. cit., p. 469.

el artículo 251-A del Código Penal. Dicho elemento subjetivo del injusto ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, incluido el propósito de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio económico para sí o para un tercero.

IV. AGRAVANTE

Dentro de los alcances del artículo 251-A del Código Penal se ha incorporado como una agravante que se configura cuando el sujeto activo del delito de uso de información privilegiado tiene la condición de "director, funcionario o empleado de una bolsa de valores, de un agente de intermediación, de las entidades supervisoras de los emisores, de las clasificadoras de riesgo, de las administradoras de fondos mutuos de inversión en valores, de las administradoras de fondos de inversión, de las administradoras de fondos de pensiones, así como de las empresas bancarias, financieras o de seguros".

Según los presupuestos descritos en este párrafo, los directores, funcionarios o empleados de las referidas entidades tienen el deber de guardar estricta reserva con relación a la información privilegiada que poseen. Aquí radica nuestro cuestionamiento señalado antes: el círculo de autores debió restringirse a aquellos que operan dentro del mercado bursátil, los agentes de intermediación y a todos aquellos que negocian valores bursátiles, pues precisamente dicha actuación funcional les permite acceder a la llamada "información privilegiada". Ellos se constituyen en "garantes" de los intereses patrimoniales que representan en la bolsa de valores, con el deber de actuar con lealtad y la debida providencia, de cautelar los legítimos intereses de los comitentes, conforme se desprende de la Ley del Mercado de Valores.

La pena agravada adquiere razón de ser cuando se vulnera el deber de fidelidad para con la entidad a la que el agente representa o de la que forma parte; la agravación opera cuando la revelación de la pertinente reserva perjudica los intereses de propia institución a la que pertenece el agente. Aquí no solo importa la infracción de los deberes de lealtad, sino también un típico caso de "prevalimiento funcional", que revela el plus de disvalor del comportamiento prohibido.

V. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

Con arreglo a los criterios generales que rigen el marco de los delitos socioeconómicos, el delito contenido en el artículo 251-A del Código Penal debería ser catalogado como un delito de peligro, en mérito a la naturaleza supraindividual del bien jurídico, objeto de tutela penal.

Sin embargo, el legislador no optó por dicha técnica legislativa, al haber supeditado la perfección delictiva a un resultado material: "obtener un beneficio

o evitar un perjuicio económico para sí o para un tercero"[23]. De modo que si dicho resultado material no se produce en el supuesto concreto, habrá que negar la consumación del delito y, de ser el caso, afirmar un delito tentado, siempre y cuando la acción realizada sea idónea y apta para la concreción de dicha exterioridad lesiva.

Si el agente es descubierto mientras realiza la conducta ilícita estaremos ante un caso de tentativa inacabada. Si, por el contrario, el individuo ha ejecutado todos los actos precisos para la consecución del beneficio económico o evitación del perjuicio, y estos no se obtienen, estaremos ante un supuesto de tentativa acabada[24].

Se advierte una conducta mutilada en dos actos: primero, la utilización de la información privilegiada y, luego, la obtención del resultado material; aspecto este último que deberá ser acreditado en el proceso penal. Serán las pericias financieras, bursátiles, etc., las que determinarán si efectivamente el autor obtuvo un beneficio patrimonial o se evitó un perjuicio económico.

VI. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La incriminación del delito contemplado en el artículo 251-A del Código Penal se encuentra supeditada al dolo del autor, por lo que se rechaza la posibilidad de su punición a título de imprudencia. Se exige conciencia y voluntad de la realización típica.

El dolo debe abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, no solo la conducta de usar indebidamente una información de naturaleza reservada, sino también la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio económico. No se trata, por lo tanto, de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente ("ánimo de lucro"[25]), pues no importa un propósito ulterior, sino que la finalidad está ya inserta en el dolo.

Se admite la penalización del comportamiento prohibido a título de "dolo eventual", como conciencia del riesgo típico: quien usa una información privilegiada en el mercado bursátil sabe perfectamente que ello le reportará una ventaja económica indebida.

(23) En la doctrina española existe toda una discusión dogmática sobre si la obtención del beneficio y la causación del perjuicio en 75 millones de pesetas es de una condición objetiva de punibilidad o un resultado material; vide al respecto, RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. Ob. cit., pp. 115-119. En opinión de Martínez-Buján Pérez, se trata de un resultado material que debe ser abarcado por el dolo del autor, que deberá proyectarse sobre el límite cuantitativo; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Ob. cit., p. 1390; GONZÁLEZ RUS, J. J. et ál. Ob. cit., p. 820; VALLE MUÑIZ, J. M. et ál. Ob. cit., p. 869; MESTRE DELGADO, E. et ál. *Código Penal. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*. p. 357.

(24) REYNA ALFARO, L. M. Ob. cit., pp. 48-49.

(25) De esta posición, REYNA ALFARO, L. M. Ob. cit., p. 48.

El delito de financiamiento de créditos mediante información fraudulenta

Artículo 247

"El usuario de una institución bancaria, financiera u otra que opera con fondos del público que, proporcionando información o documentación falsas o mediante engaños obtiene créditos directos o indirectos u otro tipo de financiación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

(…)".

I. FUNDAMENTOS DE LA IMPUTACIÓN PENAL

La esencia del negocio crediticio es desembolsar y recuperar adecuadamente las operaciones de crédito. Para lo primero, es necesario realizar una rigurosa evaluación crediticia, que determine la capacidad de pago del cliente (lo que es estrictamente técnico) y su solvencia moral (lo que es muchas veces subjetivo, aunque en la actualidad existen mejores formas de establecerla y, en todo caso, a medida que el analista va adquiriendo experiencia desarrolla más su "olfato" para detectar comportamientos típicos de un posible cliente moroso). Para lo segundo (recuperar los bienes), es necesario tener un adecuado sistema de cobranza(1).

Lo dicho no impide señalar que cualquier tipo de negocio lleva ínsito un riesgo, propio del mundo de los negocios. Sin embargo, en el ámbito del sistema bancario y financiero este riesgo pretende ser minimizado para procurar la recuperación del capital prestado así como el cobro de los intereses convenidos.

(1) Los bancos crean mediante el crédito sus propios recursos liberando a las empresas y, en general, a los agentes con necesidad de financiamiento, de la obligación de formar un ahorro previo. En ese sentido, deben disponer de dinero central y retirar un beneficio de la distribución de crédito. Estos dos elementos constituyen condiciones permisivas de la distribución de crédito bancario: el primero permite al banco satisfacer las necesidades de dinero central, surgidas del funcionamiento cotidiano de la empresa bancaria, es decir, retiros de los clientes, mantenimiento de reservas obligatorias y pagos a otros bancos; el segundo, responde al objetivo esencial de la firma bancaria: la generación de un beneficio, VELÁZQUEZ VADILLO, Fernando. *Condiciones permisivas y factores limitativos de la oferta de crédito bancario*. Red Análisis Económico, México D.F., 2006, p. 336.

La tasa de morosidad bancaria es precisamente fiel reflejo de que las entidades financieras no hayan sido lo suficientemente rigurosas en la concesión de los créditos a sus clientes, ya sea por no haber evaluado debidamente el récord crediticio del solicitante o porque este ha presentado documentación falsificada no detectada en su oportunidad.

Esta forma de obtener un crédito es precisamente la que es objeto de punición, en tanto revela un desvalor suficiente. Se trata en realidad de una "estafa financiera", pues los medios de los que se vale el agente para la obtención del crédito son precisamente el engaño, el ardid y el fraude, elementos también identificables en el artículo 196 del CP (estafa).

En la actualidad, las entidades del sistema cuentan con departamentos y gerencias que se dedican en exclusividad a la evaluación de la cartera crediticia, a través del cruce de información, así como a la investigación de todos aquellos datos que resulten necesarios para corroborar la veracidad de la documentación presentada por el solicitante.

Sobre el aspecto en discusión, podemos decir que existen factores razonables que limitan el crédito. En primer lugar, la política monetaria, que actúa sobre la disponibilidad de la moneda central de los bancos comerciales, generalmente en un sentido restrictivo a fin de procurar la estabilidad de precios. En segundo lugar, las consideraciones de riesgo implican que el banco restrinja el crédito otorgado a los clientes con reducidas posibilidades de reembolsar sus deudas(2). Para nuestro análisis, el aspecto que nos interesa es este último, puesto que los alcances de la descripción típica del artículo 247 del CP involucran este tipo de situaciones.

Con relación a lo anterior, es conocido que los mercados de crédito se encuentran sujetos a problemas de asimetría de información, puesto que quien solicita el crédito conoce mejor de su verdadera naturaleza y de sus verdaderas posibilidades de repagarlo con respecto a quien otorga el crédito.

Estas asimetrías de información, en cuanto a la naturaleza o riesgo del prestatario, pueden categorizarse en problemas de "selección adversa" y de "riesgo moral"(3). Existe selección adversa cuando en una relación entre el prestamista y el prestatario, el primero desconoce las características del segundo; en cambio, el daño moral aparece cuando, después del establecimiento de una relación contractual entre las partes, el estado es revelado únicamente a una de las partes. Generalmente, la parte informada es el agente que solicita el crédito y la no informada es la entidad financiera. Dado que esta última no puede observar las acciones del agente, no le

(2) Ídem.

(3) DAPENA, José Pablo y DAPENA, Juan Lucas. *Sistema de información en Pymes y acceso al crédito en contextos de asimetría de información*. Buenos Aires, 2003, p. 1.

es posible formular previamente condiciones al respecto a la hora de formular el contrato[4].

Ante la situación descrita, las entidades de crédito se ven en la necesidad de evaluar detalladamente las características del solicitante del crédito, y este último, a la vez, está en la obligación de proporcionar la información necesaria y real que justifique su requerimiento, de lo contrario, pondría en riesgo la posibilidad de devolución del capital prestado, originando con ello inestabilidad para el sistema financiero. Por ello, en la medida en que se asegure una información amplia (en su calidad y cantidad) sobre el sujeto solicitante del crédito, la actividad financiera se traducirá en un sistema más eficiente y con proyecciones de fortalecimiento.

En general, un sistema de revelación de información permite a la entidad financiera disminuir riesgos en el otorgamiento del crédito. En la medida que el fraude involucre una pretensión calculada e intencional de engañar y desvirtuar la realidad, será imperativo determinar las acciones adecuadas para evitarlas o sancionarlas.

Conociendo esta necesidad, el legislador peruano ha estimado conveniente tipificar como delito aquellas conductas que consisten en engañar al sistema crediticio a través de información fraudulenta que oculta la real capacidad del solicitante de un crédito, frente a la responsabilidad de pago que este significa, perjudicando con ello tanto a la entidad de préstamo y a sus ahorristas, como al sistema financiero en su conjunto.

En otras palabras: se trataría de la punición de todas aquellas conductas fraudulentas, que persiguen la obtención de un crédito, colocando en riesgo la buena marcha de las entidades bancarias, conforme a los fines que se proponen en la ley de la materia.

II. TIPICIDAD OBJETIVA

1. Sujeto activo

La realización típica del delito en cuestión puede ser cometida por cualquier persona; la descripción objetiva no exige una cualidad específica para ser autor a efectos penales; se trataría de un delito común, perpetrado por cualquier persona en contra de los intereses generales que la norma pretende tutelar.

(4) DESTINOBLES, André Gerald. "Los mercados de información asimétrica". En: *Revista de la Facultad de Economía*. BUAP. Año VII, Nº 19, Puebla, 2002, p. 174.

Si el crédito es solicitado por dos personas, vía una sociedad conyugal u otro patrimonio indiviso, serán penalizados a título de coautores, si es que el préstamo es asumido por la institución matrimonial.

Todos aquellos que cooperen, colaboren y contribuyan en la comisión del delito, sin tener el "dominio funcional del hecho", responderán como partícipes (instigadores o cómplices).

Cuando este partícipe tiene la calidad de accionista, asociado, director, gerente y funcionario de la institución, serán reprimidos con la misma pena que el autor (tercer párrafo del artículo 247 del CP). De igual forma, que en el tipo penal previsto en el artículo 244 del CP, el legislador apela a un mayor ejercicio de prevención general negativa, asegurando que el partícipe sea reprimido con la misma pena que el autor, dejando de lado las reglas generales de autoría y participación.

Cuando el usuario es una persona jurídica, debemos aplicar la fórmula del "actuar en lugar de otro" (artículo 27 del CP), identificando para ello a los gestores sociales de la empresa, quienes asumen los órganos de representación de la sociedad; por ende, son aquellos quienes pueden ser pasibles de responsabilidad penal.

2. Sujeto pasivo

Será el Estado, que a través de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), regula la actuación y supervisión de las entidades bancarias y financieras.

3. Comportamiento básico

La calificación crediticia es una de las herramientas más importantes que utilizan los prestamistas para evaluar su solicitud de crédito. Las calificaciones se determinan exclusivamente por la información que aparece en su informe de crédito y que puede predecir su futuro desempeño crediticio. Se prevé, entonces, el futuro financiero de una persona, pues una pésima conducta de pago lo convierte en un sujeto descalificado para el sistema bancario.

En este contexto, las entidades financieras como garantía para el otorgamiento del crédito verifican como mínimo la siguiente información:

a) **Identidad**: La mayoría de los informes de crédito comienzan con los datos personales, tales como los nombres, apellidos, direcciones, empleos, estado civil, ingresos (tanto personales como familiares), entre otros. Asimismo, en el caso de las personas jurídicas se solicita la razón social, documentación sobre la inscripción o constitución, así como la masa accionaria, actividad habitual, estado financiero, etc.

b) Documentos públicos: La sección de documentos públicos refleja, por ejemplo, si el solicitante del crédito tiene algún proceso judicial por deudas, en el caso de las garantías ofrecidas se verifica si estas están gravadas o si el solicitante del crédito guarda derecho legítimo sobre la propiedad ofrecida. También se incluye información sobre quiebras, ejecuciones hipotecarias y similares.

c) Cuentas de crédito: La mayor parte de los informes de crédito brindan información detallada sobre los antecedentes crediticios.

Para el otorgamiento del crédito, la entidad requerida revisará y cotejará que se cuente con la información mínima que disminuya los riesgos de imposibilidad de pago por parte del requirente.

Sin embargo, pueden presentarse situaciones en donde el solicitante del crédito utilice información falsa con la finalidad de poder obtener un respaldo que le permita acceder a un crédito que en situaciones normales no le sería aprobado. El problema radica en que este sujeto coloca en serio riesgo la recuperación de los fondos desprendidos de la entidad financiera; situación que precisamente ha sido tipificada como el delito en examen.

Al respecto, Lamas Puccio apunta que, en el delito de financiamiento por medio de información fraudulenta, el verbo rector es "engañar" para la obtención de un fin determinado que de otra manera sería imposible obtener. La acción consiste en proporcionar información falsa, o llevar a cabo una serie de actividades engañosas para un objetivo específico(5).

El agente puede valerse de las más diversas formas fraudulentas, empleando ardid, fraude o engaño, presentando una información que no condice con la verdad, de modo tal que induzca al gestor del crédito a tomar una decisión desacertada, que no hubiese adoptado de haber conocido la verdad de la situación financiera del cliente.

Asimismo, es importante mencionar que este comportamiento puede hallarse en relación concursal con otros delitos, por atentar contra la "fe pública" (en los casos de falsificación de documentos), siempre que haya elaborado, total o parcialmente, un documento público o privado, configurándose el denominado "concurso medial de delitos", donde el delito-medio es la falsedad material y el delito-fin es el financiamiento por medio de información falsa.

No puede hablarse de un concurso delictivo con el tipo penal de estafa; lo que se produce en realidad es un conflicto aparente de normas penales, que en mérito a

(5) LAMAS PUCCIO, Luis. *Derecho Penal económico*. 2ª edición, Lima, 1996, p. 265.

los principios de especialidad o alternatividad, se resuelve a favor de la conducta típica contemplada en el artículo 247 del CP.

Otro aspecto relevante es que la imputación penal recae ante el solo hecho de materializarse la obtención del crédito a través de información fraudulenta, aun cuando no se haya causado un daño a los fondos de la entidad financiera, es decir, su imposibilidad de devolución o pago.

No se requiere la verificación de resultado lesivo alguno, v. gr. piénsese en el caso del cliente que presentó información falsa para la obtención de un crédito, pero finalmente lo paga a plenitud.

Se trata, por lo tanto, de un delito de mera actividad. Por ello, bajo la lógica del artículo 247 del CP es suficiente la puesta en peligro de estos activos y de la estabilidad del sistema financiero para sancionar al sujeto activo bajo los estándares de pena descritas en la norma sustantiva.

4. Comportamiento agravado

4.1. El artículo 247 del CP ha descrito las siguientes agravantes:

> "Cuando como consecuencia del crédito, la Superintendencia de Banca y Seguros resuelve la intervención o liquidación de la institución financiera".

El artículo 104 de la Ley Nº 26702 (Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros), describe que son causales de intervención de una empresa del sistema financiero o de seguros los siguientes:

a) La suspensión del pago de sus obligaciones;

b) Incumplir durante la vigencia del régimen de vigilancia con los compromisos asumidos en el plan de recuperación convenido o con lo dispuesto por la superintendencia;

c) En el caso de empresas del sistema financiero, cuando el patrimonio efectivo sea menos de la mitad del requerido en el primer párrafo del artículo 199[6].

(6) "El patrimonio efectivo de las empresas debe ser igual o mayor al 10% de los activos y contingentes ponderados por riesgo totales que corresponden a la suma de: el requerimiento de patrimonio efectivo por riesgo de mercado multiplicado por 10, el requerimiento de patrimonio efectivo por riesgo operacional multiplicado por 10, y los activos y contingentes ponderados por riesgo de crédito. Dicho cómputo debe incluir toda exposición o activo en moneda nacional o extranjera, incluidas sus sucursales en el extranjero".

d) Pérdida o reducción de más del 50% (cincuenta por ciento) del patrimonio efectivo en los últimos doce meses.

e) Tratándose de empresas del sistema de seguros, la pérdida o reducción del patrimonio efectivo por debajo del 50% (cincuenta por ciento) del patrimonio de solvencia.

Como se aprecia, la agravación de la pena se justifica por la desestabilización de las actividades, servicios y obligaciones de las entidades financieras; situación que pone en riesgo la subsistencia y confianza de la entidad y, además, genera un grave daño para la economía y confianza en la inversión en nuestro país.

En este caso sí podemos hablar de la necesidad de que se produzca un resultado, un desvalor suficiente que para el legislador revela una mayor alarma social y justifica una mayor pena.

Empero, no siempre será factible determinar con rayana seguridad que la concesión de un crédito fraudulento fue el factor desencadenante de la intervención del organismo regulador o de la liquidación de la institución financiera; pueden aparecer otras circunstancias concomitantes que también hayan abonado en dicho resultado. Esta cuestión puede poner en aprietos al juzgador, si es que pretendemos ajustar la responsabilidad penal a los criterios de la imputación objetiva: la intervención de la SBS o la liquidación de la institución financiera debe ser consecuencia directa de la concesión del crédito (generación del riesgo no permitido).

Ahora bien, el artículo 114 de la Ley Nº 26702 ha establecido que las empresas del sistema financiero o de seguros se disuelven, con resolución fundamentada de la SBS, en los siguientes casos: a) cuando ha concluido el plazo de intervención, y b) por las causales contempladas en los artículos pertinentes de la Ley General de Sociedades.

En este segundo caso, los efectos del comportamiento delictivo generan que la institución financiera se constituya en un proceso de extinción, situación que motiva su desaparición en el mercado financiero, lo cual en términos macro y microeconómicos representa un serio problema, cuyo impacto es de trascendencia nacional.

4.2. La segunda agravante señala lo siguiente:

"Cuando los accionistas, asociados, directores, gerentes y funcionarios de la institución cooperen en la ejecución del delito".

En este supuesto, el legislador peruano ha decidido incrementar el nivel de reproche social al abuso del poder y responsabilidades otorgadas a los representantes

y funcionarios de las instituciones financieras que, aprovechando de su cargo y conocimientos técnicos, cooperan en la ejecución del delito. La alusión al verbo "cooperar" supone, además, elevar la categoría de partícipe a la de autor del delito.

Con relación a esto último, Lamas Puccio señala que solo una vez producida la situación de intervención o liquidación, producto del estado de falencia económica de la institución financiera, se podrá verificar en su doble enfoque (objetivo y subjetivo) el grado de complicidad y discernir si esta es o no atribuible a los accionistas, asociados, directores, gerentes y funcionarios de la institución, en cuyo caso podrá caber la imputación de haber creado un riesgo para el anormal desenvolvimiento de la institución financiera(7).

No estamos plenamente de acuerdo con dicha opinión, pues estimamos que la intervención delictiva puede ser identificada desde el primer momento en que se facilita la perpetración del delito. Ello sucede cuando una comisión evaluadora califica favorablemente cierta documentación apócrifa, o cuando un accionista se vale de sus influencias para que la documentación no sea debidamente verificada por las instancias correspondientes.

Máxime si esta previsión no constituye una "circunstancia agravante", sino la regulación expresa de una forma de participación en la descripción del tipo legal (no hace alusión a una posición funcional del autor o al desvalor del resultado).

La participación de los sujetos mencionados puede ser identificada por cualquier medio o forma, sin que sea necesario esperar la intervención o liquidación de la entidad financiera, puesto que el comportamiento se adecuaría de forma inmediata a los preceptos descritos en el tipo penal.

5. Formas de imperfecta ejecución

La perfección delictiva del tipo base toma lugar cuando el agente obtiene el crédito, es decir, cuando la entidad bancaria le concede el crédito, mediando una información fraudulenta. No se requiere que el dinero haya ingresado a sus arcas, basta, a nuestro entender, con su aprobación por el funcionario bancario competente.

Los actos anteriores, como el ingreso de la información falsaria para su evaluación, han de ser reputados como tentativa delictiva. Empero, puede haberse ya configurado el delito de falsedad material en su fase consumativa.

En el caso de la forma agravada, esta adquiere perfección delictiva cuando se produce de forma efectiva la intervención del organismo regulador o cuando el ente administrativo declare la liquidación de la entidad financiera.

(7) LAMAS PUCCIO, Luis. Ob. cit., p. 267.

6. Tipicidad subjetiva

De acuerdo a la descripción típica del artículo 247 del CP, debe verificarse que el agente realizó el tipo penal con conocimiento y voluntad de obtener un crédito, mediante el uso de medios fraudulentos (para sortear el obstáculo que representa ser considerado por el sistema financiero como un sujeto "no confiable").

El aspecto cognitivo del dolo ha de cubrir únicamente el hecho de ingresar documentos falsificados a fin de obtener el crédito, de modo que la intervención de la SBS, así como la declaración de liquidación de la institución financiera no tiene incidencia alguna en dicho elemento subjetivo del injusto.

De igual modo, la cooperación de los accionistas, directivos, asociados y funcionarios es a título de dolo, puesto que su nivel de conocimiento y estatus les permite identificar la imposibilidad del acceso a un crédito por parte del solicitante, pese a lo cual hacen posible la transacción.

El delito de conducción de vehículo automotor bajo los efectos del alcohol o de sustancias psicotrópicas

I. DESCRIPCIÓN LEGAL

El artículo 274 del CP, luego de la modificación efectuada por la Ley Nº 29439, del 19 de noviembre de 2009, prescribe:

> "El que encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, conduce, opera o maniobra vehículo motorizado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas e inhabilitación, conforme al artículo 36, inciso 7.
>
> Cuando el agente presta servicios de transporte público de pasajeros, mercancías o carga en general, encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción superior de 0.25 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de libertad será no menor de uno ni mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 7".

II. CUESTIONES PRELIMINARES

Las pistas y carreteras del país presentan un panorama desgarrador debido a las víctimas que día a día cobran los comportamientos imprudentes de los conductores, que en estado de ebriedad o bajo el efecto de sustancias psicotrópicas, causan la muerte de miles de peruanos, enlutando a numerosas familias y ciudadanos, quienes demandan una respuesta enérgica por parte del Estado.

Es preocupante ver como un gran número de conductores de vehículos, de forma temeraria, sea por manejar bajo la influencia del alcohol o de sustancias psicotrópicas, por conducir a gran velocidad o sin observar las medidas de

precaución necesarias, no internalizan que un vehículo automotor constituye en sí mismo un instrumento de riesgo para los bienes jurídicos fundamentales.

Nuestra "sociedad de riesgo", como se le ha denominado doctrinariamente, importa un estado actual de las cosas donde la conducción en estado de ebriedad se ha convertido en una amenaza latente para los intereses jurídicos más preciados; v. gr. la vida, el cuerpo y la salud, que se ven constantemente en peligro en el tráfico automotor.

Un Estado de Derecho supone que la actuación de los ciudadanos debe someterse estrictamente a los roles que las normas imponen al respecto, es decir, los preceptos jurídicos contienen modelos valiosos de conducta, cuya finalidad es proteger preventivamente bienes jurídicos.

Cuando los individuos desobedecen dichas normas provocan una defraudación a las expectativas de los ciudadanos, validando la reacción inmediata de los medios de control social formales. Entre estos, el Derecho Penal ocupa un sitial privilegiado, no solo por sus efectos preventivo-generales, sino también sociopedagógicos en la población.

Cada vez que se presentan hechos de sangre, luctuosos por lo general, se desencadena una especie de "acción-reacción". La primera representada por actos que causan temor y alarma en la sociedad, y la segunda, definida por la actuación del legislador, quien perfila su rol promotor y sancionador a través de la reforma continua de la ley penal.

Nadie duda de que el Derecho Penal cumple un rol fundamental en aras de intensificar la protección jurídica de los bienes jurídicos fundamentales. Nuestros reparos se conducen por otro sendero, en el sentido de que no se puede atribuir únicamente al *ius puniendi* estatal la misión de prevenir conductas disvaliosas como la conducción en estado de ebriedad, en el entendido de que estos comportamientos obedecen a factores socioculturales, de idiosincrasia de la colectividad. Así, nada cuesta elegir racionalmente no conducir cuando se ingiere alcohol, sin embargo, el arraigo de ciertas costumbres en la sociedad determina un comportamiento generalizado en contrario.

Es de verse que los vehículos automotores son considerados como un "bien riesgoso", no obstante, su conducción es una actividad jurídicamente aprobada siempre y cuando se conduzca conforme a los parámetros normativos establecidos.

El legislador, en el artículo 1970 del Código Civil, definió la denominada "responsabilidad por riesgo", es decir, la obligación a reparar aquel daño que se causa, mediante un bien riesgoso, por el solo hecho de la propia actuación. De forma que quien realiza este tipo de actividad se le exige un especial cuidado y el respeto estricto de las normas pertinentes, así como adoptar las medidas de

precaución necesarias para controlar los focos de riesgo que tengan aptitud para lesionar un bien jurídico.

Por tales motivos fue que se penalizó en el artículo 274 del CP la conducta en estudio, sobre el pronóstico de generalidad, de que aquel individuo que consume una dosis significativa de alcohol, pierde de forma notable sus facultades psicomotrices, debilitando sus posibilidades de dominabilidad, lo que a la postre significa la creación de una situación de peligro abstracto para los bienes jurídicos personalísimos, sin necesidad de que se verifique una lesión o concreta puesta en peligro de dichos intereses jurídicos (como sucede en los tipos penales de homicidio y de lesiones).

Se dice que el Derecho Penal no tiene por qué esperar a que se produzca la lesión efectiva de los bienes jurídicos fundamentales, sino que debe anticiparse a ella, adelantando las barreras de intervención punitiva a estadios que ni siquiera representen una puesta en peligro real de dichos bienes. Ello importa una construcción normativa abstracta, que con base en un juicio apriorístico genera la desaprobación de una conducta de mera actividad, como forma de proteger un bien jurídico de orden supraindividual, concebido como la "seguridad pública", conforme se revela del Título XII del CP.

La descripción sociológica anotada líneas atrás, generó la dación de la Ley Nº 27753, del 9 de junio de 2002, que modificó los artículos 111 (homicidio culposo), 124 (lesiones culposas) y 274 (conducción en estado de ebriedad), determinando sanciones punitivas de mayor severidad, cuando el agente, al momento de los hechos, presenta en la sangre una proporción de alcohol mayor a los 0.5 gramos-litro.

Este norte político-criminal, en principio, resulta legítimo, a la luz de las funciones tutelares del Derecho Penal, pero tal vez demasiado enérgico, de acuerdo con los marcos penales propuestos, según los principios de culpabilidad y de proporcionalidad(1).

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En el fondo de estos delitos, enseña Muñoz Conde, late la idea de adelantar la intervención del Derecho Penal para poder emplearlo en el castigo de conductas peligrosas que deben ser castigadas por la gran trascendencia de los daños que pueden generar para bienes jurídicos personales (como la vida, la integridad física,

(1) PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo I, 2ª edición, Idemsa, Lima, 2009, p. 133.

la salud o el patrimonio), y también para bienes jurídicos sociales o universales, así como a la colectividad en su conjunto(2).

Como es de inferirse, tanto en la doctrina nacional como en la extranjera no hay opinión unánime sobre cuál es el bien jurídico que se estaría violando o lesionando cuando se configura el delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad o de sustancias psicotrópicas. Pero hay consenso en que se estaría afectando varios bienes jurídicos, es decir, sería un delito pluriofensivo.

De la interpretación del artículo 274 del CP, se aprecia que el legislador, ha considerado conveniente proteger con los postulados del tipo penal tanto la seguridad del tráfico (interés jurídico colectivo) como la vida e integridad física de las personas (bienes jurídicos particulares).

Dicho en otros términos, la construcción normativa de un bien jurídico de orden supraindividual, como la seguridad pública, encierra un cometido político-criminal de trascendencia para la misión tutelar del Derecho Penal, en cuanto refuerza la protección punitiva de los bienes jurídicos fundamentales, dada la evidente vinculación que existe entre las actividades del tráfico rodado y los intereses jurídicos que entran en juego; v. gr. la vida, el cuerpo y la salud.

Esto si bien no niega autonomía sustantiva a este grupo de delitos, vemos que en realidad es la necesidad de garantizar la incolumidad de estos intereses individuales, lo que determina la aparición en el CP de bienes jurídicos colectivos, que se adscriben perfectamente a una sociedad sumida en los riesgos, que han de ser enfrentados mediante el efecto preventivo de la norma jurídico-penal.

Dicho lo anterior, debe entenderse que la seguridad del tráfico se erige como bien jurídico intermedio o funcional, que responde a la necesidad de elaborar una construcción que atienda no a los intereses que se afectan en concreto, sino a las condiciones en las cuales se debe desarrollar el tráfico rodado, desprovisto de riesgos que superen los márgenes permitidos, sobre la base del disvalor puro de la acción. Por consiguiente, el hecho punible contenido en el artículo 274 del CP es de "peligro abstracto".

IV. TIPO OBJETIVO

1. El sujeto activo

El sujeto activo del injusto puede ser cualquier persona (la norma sustantiva no distingue si el conductor debe estar legalmente autorizado para ejercer la conducción del vehículo).

(2) MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. 15ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 601.

Se dice en la doctrina que se trata de un delito de "propia mano", donde la realización de la conducta típica es una condición de "facticidad", que no puede ser transmitida del hombre de adelante al hombre de atrás, pues solo el conductor es quien maneja un vehículo automotor en "estado de ebriedad" (construcción teórico-conceptual que se deriva de la postura objetiva-formal de autoría desde un punto de vista mecanicista de las cosas). Los delitos que clásicamente han sido caracterizados como delitos de propia mano son los de violación sexual, conducción en estado de ebriedad, bigamia y falso testimonio(3).

Siguiendo los postulados anotados, no sería admisible una autoría mediata en el delito en estudio; empero, debemos partir de un análisis material-normativo, en el que lo que importa es el dominio del decurso de la acción típica, centrándonos en el objeto del ataque antijurídico, que en este caso es la "seguridad del tráfico rodado"; de manera que al ámbito de protección de la norma han de ingresar todos aquellos comportamientos que se dirigen a su afectación, no a reprimir de quien se embriaga, pese a sus deberes normativos.

Por consiguiente, quien está por detrás, puede fácilmente determinar a otro a que ingiera una dosis de bebidas alcohólicas en cantidad significativa, hasta su inimputabilidad, de modo que, por sus deficiencias psíquicas, no se halle en condiciones de autoconducirse conforme a sentido. En el caso del error de tipo del hombre de adelante, puede también aceptarse esta clase de autoría, siempre que sus particulares circunstancias así lo permitan, como puede suceder en el caso de un adolescente novato sin experiencia en la ingesta de esta clase de bebidas.

Hilvanando la idea descrita, podría admitirse también una inducción(4), cuando se determine a otro a conducir un vehículo bajo la influencia del alcohol. Piénsese, por ejemplo, en el caso del policía que interviene a un sujeto conduciendo su vehículo en estado de ebriedad y lo deja ir ilegítimamente. De esa forma lo determina a seguir manejando e incurrir en el delito, entendiéndose que este injusto es de efectos permanentes en el tiempo. Otro ejemplo podría ser el caso de que una persona convence a un amigo a beber alcohol, sabiendo que este deberá luego manejar su vehículo.

La variante de inducción ha de verse de forma evidente cuando el hombre de atrás obliga, mediando amenaza, a que el autor inmediato conduzca su vehículo bajo los efectos del alcohol, cuando se presentan aún visos de autodeterminación volitiva por parte del autor, lo que niega una posible variante de autoría mediata.

(3) PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte General*. Rhodas, Lima, 2007, p. 358.

(4) Así, TAMARIT SUMALLA, J. M. et ál. *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal.* 7ª edición, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 1450.

Orts Berenguer apunta que es imaginable el supuesto en el cual un sujeto se ocupa del volante y otro de los cambios, del embrague y del freno[5]. Podría decirse, entonces, que se trata de un supuesto de coautoría, en tanto cada uno de los intervinientes ejecuta una acción indispensable para la realización típica en su estado de perfección delictiva.

El problema se presenta cuando se piensa que el delito de conducción en estado de ebriedad, al ser constitutivo de un tipo de peligro abstracto, no requiere de otra prueba para dar por acreditada la realización típica. Por tales motivos, se construye un delito de peligro presunto, prescindiéndose del principio de presunción de inocencia, como si la prueba de alcoholemia, por sí sola, resultara suficiente para sostener válidamente una condena penal por este delito, confundiéndose con los elementos de cognición que se deben tener en cuenta en el marco de una investigación penal.

Es que los operadores de justicia generalmente no se han enfrentado durante todo el desarrollo del proceso penal[6][7] a la actuación probatoria, que confunden

(5) ORTS BERENGUER, E. et ál. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1712.

(6) La gran generalidad de los casos que se conocen ante las instancias formales de persecución penal son llevados a los alcances de los criterios de oportunidad en el decurso de la investigación preliminar, ante la admisión de culpabilidad del imputado, quien en mérito del grado de alcoholemia arrojado en el examen de sangre, se ve forzado a incoar este procedimiento especial, siempre que el fiscal lo estime pertinente, mediando la obligación de sufragar el monto de reparación civil; punto este último controversial, pues se supone que dicha institución es en realidad una indemnización extracontractual, requiriéndose entonces la producción de un daño susceptible de ser reparado, tal como se desprende del artículo 1969 del CC.

(7) Por otro lado, vemos que la modificación efectuada por la Ley Nº 29439, al suponer una reacción penal de mayor intensidad, puede determinar en algunos casos, la no procedencia del principio de oportunidad, más aún cuando el conductor del vehículo es un funcionario y/o servidor público. En tal virtud, no podemos resignarnos a conceptos que en puridad pueden contener una validez dogmática de *lege lata*, pero no se corresponden con los criterios materiales de interpretación, conforme al principio de lesividad, y en el plano procesal, a la carga de la prueba del órgano acusador y al principio de presunción de inocencia; la prueba de alcoholemia es una prueba preconstituida, pero es susceptible de ser cuestionada en el juicio, generando que el fiscal sostenga la imputación con otros medios de prueba. Así Orts Berenguer sostiene que el test de alcoholemia ni es la única prueba que puede producir esta condena ni es una prueba imprescindible para su existencia. Esta prueba, en todo caso, ha de practicarse con las garantías formales, en especial, el conocimiento por el interesado a través de una oportuna información de su derecho a un segundo examen alcoholométrico y a la práctica médica de un análisis de sangre; véase ORTS BERENGUER, Enrique. Ob. cit., pp. 1714-1715. El hecho de negarse a someterse a la prueba de alcoholemia, ha supuesto la inclusión de una circunstancia agravante en la descripción legal del artículo 368 del CP (desobediencia y resistencia a la autoridad), a través de la Ley Nº 29439, en concreto, cuando la orden esté referida a la realización de un análisis de sangre o de otros fluidos corporales con la finalidad de determinar el grado de ingesta de alcohol o de consumo de drogas tóxicas, estupefacientes psicotrópicas o sintéticas. Ello es cuestionable, primero, por el principio del *nemo tenetur sea ipso acusare*, el derecho a la no autoincriminación y a la presunsión de inocencia. La incorporación de este tipo penal es de dudosa constitucionalidad, primero, porque la realización de dicha injerencia corporal repercute en un probable mandato de detención y, segundo, porque la orden debe ser impartida por un funcionario estatal competente. ¿Es que acaso un funcionario policial puede ordenar dichas injerencias en la esfera corporal del

con los indicios, que han de recogerse en las primeras diligencias de investigación, necesarios para construir la hipótesis de incriminación (teoría del caso) para que el fiscal formalice la denuncia penal ante el órgano jurisdiccional o formalice la investigación preparatoria.

Si se adoptara la posición de descartar la prueba de la no peligrosidad, es decir, de que el imputado no esté en condiciones de poder destruir las bases de la imputación delictiva y, al fiscal, de aparejar suficiente acervo probatorio, quebrantamos las bases materiales de un Derecho Penal democrático y de un proceso penal a la imagen y semejanza de los dictados de un Estado de Derecho.

2. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo es la sociedad, por cuanto este tipo penal no prevé lesión alguna de bien específico y concreto, conforme a la naturaleza del bien jurídico tutelado en la presente capitulación.

3. Modalidad típica

Del análisis de los supuestos típicos comprendidos bajo los alcances normativos del artículo 274 del CP, se puede apreciar que la conducta prohibida está compuesta por dos elementos que son necesarios para la configuración del delito:

3.1. La conducción de un vehículo motorizado

En principio, de acuerdo con los supuestos de la norma, debe entenderse por conducir, operar o maniobrar a toda acción que consista en manejar y/o manipular los mecanismos de dirección de un vehículo motorizado u otro análogo, desplazándolo en el espacio.

Con ello se comprueba que la conducción exige la puesta en marcha del objeto de riesgo, lo que supone necesariamente que la acción de conducir tenga una cierta duración temporal, se traduzca en el recorrido de un espacio y tome lugar en la vía pública[8]; de forma que ha de rechazarse el ilícito si la conducta se produce en un estacionamiento particular[9] o en lugares desolados; criterios de mínima lesividad así lo aconsejan.

En la ejecutoria superior recaída en el Exp. Nº 511-97, se expone lo siguiente: "Si bien es cierto que conforme al dopaje etílico, este arroja ebriedad superficial,

sospechoso?; véase, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*. 2ª edición, Rodhas, Lima, 2009, pp. 694-691.

(8) Cfr. CARMONA SALGADO, C. et ál. *Derecho Penal español. Parte especial*. 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2005, p. 184.

(9) Así, ORTS BERENGUER, E. Ob. cit., p. 1712.

también lo es que en autos no existen elementos que conlleven a la certeza de que el encausado se encontraba conduciendo un vehículo, toda vez que este ha señalado categóricamente que se encontraba libando licor en la plaza con sus amigos con su vehículo estacionado, por lo que el solo dicho del efectivo policial no logra producir convicción ni tiene por sí solo verdadera naturaleza de prueba"[10].

El objeto del delito por medio del cual el autor genera la situación de riesgo puede ser un vehículo motorizado, pero también algún instrumento, herramienta u otro análogo, siempre y cuando se encuentren operativos, es decir, sean funcionalmente idóneos. Si esto no es así, estaríamos ante un delito de imposible realización.

Es de verse que no queda claro, a qué se refiere la norma penal con los demás objetos del delito distinto a los vehículos motorizados, dejando a la discrecionalidad judicial la posibilidad de poder calificar aquellos instrumentos mecánicos o de otra índole (aunque se deben descartar aquellos que carecen de motor que impulse su recorrido).

3.2. Encontrarse en estado de ebriedad con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro o bajo el efecto de estupefacientes

Esta cuantificación del nivel de alcohol en la sangre del agente tuvo inclusión normativa mediante la Ley Nº 27753.

Antes de dicha precisión normativa, el tipo penal hacía alusión solo al término "estado de ebriedad"[11], propiciando mayores márgenes de intervención del *ius puniendi* estatal a estadios orgánicos que no necesariamente manifiestan una imposibilidad de conducir de forma idónea, según la idea de un conductor razonable.

Pero, a su vez, se colocó un elemento que tiende a confundir el injusto penal con el injusto administrativo, propiciando un estado de inseguridad jurídica, indeseable según los dictados del Estado de Derecho. Fue, sin duda, las ansias de la población de mayor penalización, de demandas enérgicas contra el delito, que provocó en el legislador dicha proyección normativa.

Resulta importante resaltar, que la ratio justificativa de tal incorporación al texto punitivo fue reducir el arbitrio judicial en la determinación de la tasa de ingesta de

(10) LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, M. *Jurisprudencia del proceso penal sumario*. Grijley, Lima, 1999, p. 451.

(11) El artículo 274 del CP en su redacción primigenia señalaba lo siguiente: "El que conduce vehículo motorizado en estado de ebriedad o drogadicción será reprimido con prestación de servicio comunitario no mayor de veinte jornadas e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 7), hasta por seis meses".

alcohol. Con esta objetivización de las tasas de alcoholemia (0.5 gramos-litro), el legislador busca erradicar los pronunciamientos judiciales discrecionales, reduciendo con ello los errores e injusticias.

Este baremo, en realidad, tiene un doble filo; no en vano en el Derecho Comparado se sigue una tipificación que toma en cuenta "la influencia de la bebida alcohólica"[12], de modo que debe comprobarse que el nivel de ingesta de alcohol ha producido trastornos en las facultades psicomotrices del autor[13], lo que, a nuestro entender, incide también en la valoración del peligro abstracto[14].

En la ejecutoria superior recaída en el Exp. Nº 7854-97, se dice lo siguiente: "El hecho de haber el inculpado invadido el carril contrario, produciéndose un choque de vehículos, en razón de que se encontraba en estado etílico, lo que hizo que perdiera el control y la maniobrabilidad de su unidad, se encuadra dentro de los alcances típicos del artículo 274 del Código Penal"[15].

En palabras de Tamarit Sumilla, aun tratándose de un delito de peligro abstracto, debe tenerse en cuenta la oposición doctrinal a todo automatismo basado en la idea de una mera presunción *iuris et de iure* de peligro, que lleve a afirmar la relevancia típica de supuestos desprovistos de una mínima peligrosidad potencial, como la conducción por una zona absolutamente desierta o la realización de una sencilla maniobra de aparcamiento[16].

Puede que los 0.5 gramos-litro se adquiera con tres o cuatro vasos de cerveza sin desencadenar necesariamente el estado de ebriedad, pero el grado de alcohol en la sangre debe ser un rasgo cuantitativo que debe delimitar el injusto penal y el injusto administrativo, a efectos de evitar la vulneración al principio del non bis in ídem[17].

No puede descartarse que la elevada cifra de mortalidad en el Perú, como producto de la conducción de vehículos bajo la influencia de alcohol, incide en el mensaje de "si vas a manejar no tomes ni una gota de alcohol"; de ahí la tendencia

(12) Así, el artículo 379 del CP español.

(13) Vide, ORTS BERENGUER, E. Ob. cit., pp. 1713-1714.

(14) Así, en la doctrina nacional, Reátegui Sánchez, quien sostiene que debe constatarse el dato objetivo de concentración alcohólica en la sangre y que dicha circunstancia desate su influencia en la forma de conducir un vehículo; REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. *Estudios de Derecho Penal, Parte Especial.* Jurista Editores, Lima, 2009, p. 135.

(15) BACA CABRERA, D. et ál. *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios.* T. II, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 447.

(16) TAMARIT SUMILLA, J. M. Ob. cit., pp. 1449-1450; CARMONA SALGADO, C. Ob. cit., pp. 185-186.

(17) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal.* Ob. cit., pp. 100-104.

a reducir cada vez más el grado de alcohol en la sangre, como sucede con la Ley Nº 29439.

En palabras de Carmona Salgado, el grado de concentración de alcohol en la sangre no puede ser el criterio decisivo para determinar la existencia de dicho tipo penal, entre otros motivos, porque ello suscitaría una grave situación de desigualdad entre lo requerido por la normativa administrativa sobre seguridad vial en materia de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas y la correspondiente prueba de alcoholemia(18).

Como sabemos, los delitos de peligro abstracto son construidos normativamente bajo una valoración que se desprende de la experiencia, de la comprobación del riesgo en un número significativo de casos, desde una verificación científica(19).

La pregunta sería la siguiente: ¿se puede afirmar con rayana seguridad que el nivel de alcohol en la sangre en un grado de 0.5 gramos-litro producirá los mismos efectos en todos los individuos?

Desde el baremo del hombre medio, como se ha sostenido en muchos acápites dogmáticos en la doctrina, se podría generalizar la idea del sujeto infractor, lo que, a nuestro entender, colisiona con el fundamento personal de la culpabilidad. El juicio de imputación individual (reproche personal) debe tomar lugar al momento de la comisión del hecho punible (*tempus comissi delicti*), de acuerdo con las características personales del presunto autor del delito; y es sobre esa base que debe determinarse si la ingesta de alcohol ha producido o no estragos en las facultades psicomotrices del agente.

En la doctrina nacional, Revilla Llaza escribe que si determinado tipo penal solo exige comprobar la "peligrosidad de la conducta" se tratará de un delito de peligro abstracto; si, en cambio, además, exige la comprobación de un "resultado de peligro", se tratará de un delito de peligro concreto(20).

Si bien distingue dos variantes de tipos de peligro abstracto, en una de las cuales sí es posible la comprobación *ex ante* de que la conducta era peligrosa(21),

(18) CARMONA SALGADO, C. Ob. cit., p. 185; ORTS BERENGUER, E. Ob. cit., p. 1715.

(19) A decir de Bacigalupo, el peligro es abstracto cuando el tipo penal se reduce simplemente a describir una forma de comportamiento que según la experiencia general representa en sí misma un peligro para el objeto protegido; BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 223. Para Reátegui Sánchez, la tipificación de los delitos de peligro abstracto se hace a través a un juicio de peligrosidad *ex ante* sobre la peligrosidad de la conducta; REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. Ob. cit., p. 137.

(20) REVILLA LLAZA, P. "La inadmisibilidad de la prueba de la no peligrosidad en los delitos de peligro abstracto". En: *Actualidad Jurídica*. Nº 162, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2007, p. 91 y ss.

(21) Schröder distingue dos categorías de delitos de peligro abstracto: unos de peligro abstracto determinado y, otros de peligro abstracto indeterminado; citado por BACIGALUPO. Ob. cit., p. 226.

en la otra bastaría con que se acredite que la conducta se ajusta plenamente a la formalidad literal del tipo penal a efectos de la realización típica.

Es en tal mérito, que se alzan las variadas objeciones doctrinales contra los tipos penales de peligro abstracto, que guardan similitud con las desobediencias administrativas, donde la antinormativa es solamente objetiva.

Punto importante a saber es el referente a la interpretación de los preceptos penales, que puede tornarse complicado ante el empleo del legislador de términos vagos y confusos. Si bien debe partirse de la estricta legalidad, no es menos cierto que la orientación interpretativa ha de sujetarse también a los fines teleológicos del Derecho Penal en cuanto a la protección de los bienes jurídicos, marginando de la imputación penal aquellas conductas desprovistas de un disvalor suficiente, como puede suceder cuando se conduce un vehículo en estado de ebriedad en un "pueblo fantasma".

Como señalan Fiandaca y Musco, la referencia al fin tutelar de la norma tiende a limitar la esfera de lo penalmente relevante para impedir que la ley fuese aplicada de manera contraria o más allá de los fines para los que había sido dictada(22).

No podemos someter la punición a valoraciones apriorísticas, en suma formalistas, que apegadas a la ley, colisionen con los fundamentos basilares del Derecho Penal. Por consiguiente, siempre debe estar presente y vigente la posibilidad de que el imputado pueda refutar la peligrosidad de la conducta; en otras palabras, de controvertir el sostén de la imputación delictiva(23), de la teoría del caso que propone el fiscal en su escrito de acusación.

En todo lo referente a la influencia de las drogas o sustancias psicotrópicas, resulta de aplicación todo lo dicho en el marco del análisis propuesto en los delitos de tráfico ilícito de drogas(24), en cuanto a su definición, contenido y efectos; no obstante debe decirse que al igual que la influencia del alcohol, deben manifestarse evidencias de que el agente perdió ciertas facultades psicomotrices, incidiendo en un factor de merma en la conducción correcta del vehículo.

(22) FIANDACA, G. y MUSCO, E. *Derecho Penal. Parte general.* Temis, Bogotá, 2006, p. 142.

(23) En tal sentido Revilla Llaza apunta: "La inadmisibilidad de la prueba de la no peligrosidad en los delitos de peligro abstracto, sobre la base de presunciones de peligrosidad, ni siquiera es justificable en los ilícitos de carácter masivo o que contienen normas de organización, como sucede en nuestro bizarro tipo de 'conducción de vehículo en estado de ebriedad' (artículo 274 del Código Penal), donde se suele alegar razones preventivo-generales, pedagógicas o 'didácticas' para la población"; vide REVILLA LLAZA, P. Ob. cit., p. 92.

(24) Vide, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*. Jurista, Lima, 2009, pp. 92-105.

V. VALORACIÓN DEL JUICIO DE REPROCHE PERSONAL

La pena presupone un injusto penal, culpable y algunas veces punible, es decir, la atribución a un sujeto de un suceso que lesiona y/o pone en peligro un bien jurídico, y que configura un tipo penal; debiendo estar comprendida la conducta en los alcances normativos del enunciado legal, tanto objetivos como subjetivos.

Debe verificarse la ausencia de causas de justificación (preceptos autoritativos[25]), con lo que se complementa el disvalor de la antinormativa penal, para pasar al siguiente nivel de valoración: la imputación individual, que la doctrina conoce generalmente como "culpabilidad" o "responsabilidad". Sea cual fuese la rotulación terminológica, lo cierto que esta importa un análisis estrictamente personal sobre la persona que ha cometido el hecho punible al momento de su perpetración.

La imputación individual comprende una serie de conceptos que de forma valorativa han penetrado en la dogmática bajo el nombre de la "culpabilidad", y que hacen referencia a este factor que condiciona la punición, según las diversas variables a saber; pudiéndose afirmar que la culpabilidad está compuesta por las facultades físicas y cognoscitivas óptimas, es decir, las condiciones mínimas para que la persona pueda motivarse normativamente[26].

Ingresando al análisis específico del juicio de reproche personal, es sabido que esta categoría dogmática cumple una función esencial, a efectos de decidir por la sanción punitiva, que haya de ser en puridad razonable y ponderada, de acuerdo con las características personales del agente infractor.

Hablamos, entonces, del factor "imputabilidad" en cuanto a las capacidades psicofísicas mínimas con las que debe contar el autor para poder ser sancionado con una pena. La "imputabilidad" significa en realidad la atribuibilidad de un juicio de reproche personal, por no haber adoptado el modelo de conducta contenido en la norma, pese a que el autor estaba en condiciones de poder evitar la realización

(25) De ser el caso, la conducción bajo la influencia del alcohol o de sustancias psicotrópicas puede tomar lugar en ciertas circunstancias de extrema necesidad, cuando un bien jurídico de especial protección constitucional se encuentre en una situación de peligro de lesión. Por ejemplo, en un domicilio particular se celebra una fiesta y uno de los invitados sufre un paro cardiaco, y la única persona que puede transportarlo al hospital ha bebido alcohol. En este caso debe justificarse la conducción de vehículo en estado de ebriedad dado que, ante un peligro concreto y un abstracto, debe preferirse en general el concreto; vide PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte general.* Ob. cit., p. 459; en cambio, si fue el agente el que creó el estado de peligro con su conducción temeraria, no será posible admitir esta causa de justificación, como el se desprende del contenido normativo del artículo 20, inciso 5 del CP.

(26) PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte general.* Ob. cit., p. 531.

de la conducta antinormativa[27]. A decir, de Urruela Mora, es la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a dicha comprensión[28].

No olvidemos que nuestro sistema de punición parte de una doble vía de reacción jurídico-penal: aparte de la pena tenemos las medidas de seguridad, que son las sanciones que han de recaer sobre aquellos sujetos declarados "inimputables"; mientras que la pena es privativa de aquellos cuya "culpabilidad" puede afirmase con seguridad.

En el marco de las causales y/o variantes de la inimputabilidad, destaca la llamada "grave alteración de la conciencia", que toma lugar cuando esta se perturba a partir de elementos exógenos, propiciando la pérdida notable de las facultades psicocognitivas del individuo y, con ello, de poder autoconducirse conforme a la directiva de conducta contenida en el precepto penal.

Estos estados mentales suelen afectar a personas normales, es decir, no se requiere de una patología para que prosperen[29]. Ahora bien, la doctrina define a la embriaguez como causa de inimputabilidad a través de una grave alteración de la conciencia, como una perturbación profunda de la conciencia que afecta la inteligencia o la voluntad del sujeto, perturbando su comprensión del injusto del hecho o motivando que no pueda adecuar su comportamiento a esa comprensión[30].

La embriaguez, producto de la ingesta excesiva de alcohol, provoca una serie de alteraciones en el organismo: desinhibe al individuo, lo relaja, sus sentidos se ven poco a poco disminuidos en sus capacidades normales, se pierden las facultades de control de los movimientos corporales y musculares, generándose reacciones autómatas, que ya no responden a la esfera cognitiva del individuo; es decir, quien se embriaga ya no está en capacidad para discernir adecuadamente o dirigir su conducta conforme a un proceso normal de "motivabilidad" normativa.

Conforme a lo anotado, puede afirmarse que la ingesta de significativas dosis de alcohol así como el consumo de sustancias psicotrópicas, puede provocar una grave alteración de la conciencia a la persona, que en tal estado comete el hecho punible; por lo que, en principio, se diría que dicha persona debería estar exonerada de una pena, al estar inmersa en una situación de inimputabilidad[31].

(27) Ídem.

(28) URRUELA MORA, A. *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*. Comares, Granada, 2004, p. 156.

(29) PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 540.

(30) REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. Ob. cit., p. 142.

(31) Cfr. URRUELA MORA, A. Ob. cit., pp. 247-248.

En palabras de Urruela Mora: a la hora de evaluar la imputabilidad del sujeto, la circunstancia de hallarse bajo los efectos de sustancias psicotrópicas (lo que normalmente ocurre en quienes desarrollan trastornos mentales ligados a dichos consumos) en el momento de cometer el delito, es también tenida en cuenta junto con el propio trastorno padecido, a efectos de determinar la responsabilidad penal(32).

Empero, ello implicaría un tremendo privilegio, inconcebible, cuando se advierte que aquel sujeto se sometió –voluntaria y/o negligentemente– a dicho estado, sabiendo, por ejemplo, que luego debía manejar un vehículo (ómnibus), conducta con la que generó un accidente con resultados fatales.

Esto importaría reducir al máximo los efectos preventivo-generales de la pena, así como la degradación de la función tuitiva del Derecho Penal (más aún si sabemos que, en nuestra constelación criminológica, son muchos los infractores que perpetran el delito bajo la influencia de alcohol o de drogas tóxicas, como una vía para desinhibir cualquier freno volitivo).

A partir de la línea argumental esbozada fue que apareció la doctrina de la *actio libera in causa*, que a decir de Labanut Glena tiene por efecto retrotraer la reprochabilidad al momento de la manifestación de voluntad, siendo indiferente, para la imposición de la pena, el estado mental del actor al instante de producirse el resultado dañoso(33).

En una sociedad regida por un conjunto de prescripciones normativas, se construyen modelos valiosos de conducta, a fin de que sus destinatarios (los ciudadanos) los adopten en su conducir cotidiano, de modo que no se afecten los intereses jurídicos fundamentales.

Por consiguiente, el efecto preventivo-general de las normas en la *actio libera in causa* importa la valoración de la conducta en el momento de la preordenación delictiva y no cuando el sujeto da rienda suelta a su resolución criminal, lo que implica su modalidad dolosa(34). Será imprudente cuando el autor se coloca en dicho estado psíquico por descuido, sin haber previsto diligentemente que el grado de alcohol consumido afectaría sus facultades psicosensoriales(35).

Si no se apreciara la doctrina de la *actio libera in causa* no hubiese tenido ningún sentido la tipificación del delito de conducción de vehículo bajo la influencia del alcohol o de sustancias psicotrópicas, pues la contradicción de

(32) Ibídem, p. 249.

(33) LABATUT GLENA, G. *Derecho Penal*. *Parte especial*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1983, p. 118.

(34) PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 542.

(35) Vide, al respecto, REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. Ob. cit., pp. 135-136.

dicho enunciado con una regla de la parte general del CP (culpabilidad) sería evidente[36]. Ha sido la propia dogmática la llamada a acuñar proposiciones teórico-conceptuales que permiten superar esa aparente dicotomía.

Dicho lo anterior, observamos que la valoración de la culpabilidad del autor, tal y como se presenta al momento de la acción típica, no lo exime de responsabilidad penal. Cuestión distinta podría decirse en aquellos casos donde el consumo habitual y permanente del alcohol repercute de forma considerable en el organismo del sujeto, alterando su plano psíquico de forma grave.

Resumidamente, diremos que el momento en que debe producirse el efecto de inimputabilidad, propio del estado transitorio de inconsciencia, es la realización del comportamiento típico, sin embargo, su excepción es la *actio libera in causa*, que según los términos previstos en la norma, solo puede ser dolosa.

VI. AGRAVANTE

Vemos que la Ley Nº 29439, del 19 de noviembre de 2009, modificó el artículo 274 del CP, definiendo una valoración jurídico-penal diferenciada, cuando se trata de un conductor de transporte público. En cambio, el grado de alcohol en la sangre se mantuvo en el nivel de 0.5 gramos-litro cuando el agente es un conductor de transporte particular, según la modificación efectuada por la Ley Nº 27753, del 9 de junio de 2002.

De lo anotado, se advierte que el legislador ha fijado normativamente una distinción penológica conforme a las características particulares del autor, considerando la conducta típica más grave cuando el agente es conductor de un vehículo de transporte público.

Es cierto que quienes conducen vehículos automotores dirigidos a la prestación de un servicio público tienen la exigencia de conducirse con gran cuidado al transportar pasajeros, quienes pueden verse afectados cuando el conductor está bajo la influencia de la ingesta de alcohol. Pero no es menos cierto que la penalización de una conducta según los principios del Estado Constitucional de Derecho debe sujetarse al principio de igualdad, sin establecer diferencias irrazonables.

En todo caso, las circunstancias especiales pueden ser tomadas en cuenta en el ámbito de la determinación judicial de la pena, pero no como un elemento de distinción en la construcción punitiva.

Estadísticas recientes revelan que cuatro de cada diez accidentes fatales son protagonizados por vehículos de transporte público; lo que quiere decir que más

(36) Así, TAMARIT SUMALLA, J. M. Ob. cit., p. 1452.

de la mitad de las muertes en nuestras carreteras obedecen a la negligencia de conductores particulares.

Puede que los conductores de transporte público contravengan más las normas contenidas en el Código Nacional de Tránsito, pero son los particulares quienes más incurren en la infracción penal en estudio, tal como revelan los operativos de alcoholemia que se realizan en las ciudades.

Según la modificatoria producida por la Ley Nº 29439, se le está asignando al Derecho Penal tareas que desbordan su base legitimadora.

VII. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

La redacción normativa propuesta en el tipo legal describe una conducta de peligro abstracto, donde la realización de la mera actividad de conducir un vehículo automotor bajo la influencia de alcohol o de sustancias psicotrópicas, da por cumplido el tipo del injusto; a lo que debe añadirse la idoneidad del comportamiento para develar el disvalor, que ingresa al ámbito de protección de la norma.

Entonces, el agente tiene el derecho de presentar evidencias de la no peligrosidad de la conducta, con arreglo a los principios rectores del Derecho Penal, lo cual toma otro cauce cuando se trata de una infracción administrativa, donde la responsabilidad es en esencia objetiva.

Bastará, entonces, que se compruebe la realización típica, a efectos de perfección delictiva, a lo cual se suma la idoneidad del medio. Por ejemplo, un automóvil en desperfecto o sin gasolina no es un medio apto para trasladarse de un lugar a otro; tampoco es idónea la conducción en un lugar desolado, ni el mero empujón de un vehículo; menos cuando quien pretende manejar está tan ebrio que ni siquiera puede insertar la llave en el contacto. En tales casos cobran importancia las categorías del delito imposible y de la tentativa inidónea.

Si bien se trata de un delito de mera actividad, sus efectos son de naturaleza permanente: hasta que cesa la actuación antijurídica; v. gr. cuando el automóvil es parqueado o cuando su funcionamiento se paraliza, por falta de gasolina o cualquier desperfecto mecánico o electrónico.

En la ejecutoria superior recaída en el Exp. Nº 639-98 se dice que: "el delito de conducción de vehículos en estado de ebriedad es un delito de comisión instantánea, pues la acción se agota en todos sus efectos en el momento en que se concretan los elementos o las condiciones de su punibilidad"[37].

(37) BACA CABRERA, D. et ál. Ob. cit., p. 445.

Un delito tentado es, en realidad, de dudosa aceptación, dada la naturaleza del tipo penal; la ingesta previa de alcohol en un determinado lugar y el dirigirse al vehículo para conducirlo, a nuestro entender, está fuera del marco legal[38].

Si como consecuencia del riesgo –no permitido– producido por el autor (conducción bajo la influencia de drogas legales e ilegales) se produce la muerte de la víctima o esta se ve afectada gravemente en su integridad física, la tipificación se traslada a los delitos de homicidio y lesiones.

Ha de quedar claro que la fórmula de la *actio libera in causa* comprende, desde el plano subjetivo, todos aquellos riesgos susceptibles de lesión, de quien se somete a dicho estado de inimputabilidad.

VIII. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La ley penal solo permite su comisión dolosa, que debe abarcar tanto el conocimiento por el autor del hecho de conducir un vehículo tras haber ingerido las sustancias legalmente relacionadas, de la influencia negativa de estas mismas sobre la conducción, como la voluntad de actuar en esas condiciones.

Como sostuvimos en acápites precedentes, el factor subjetivo (de contenido normativo), no debe ser verificado al momento de la comisión del hecho punible, sino desde un momento *ex ante*, cuando el autor se predetermina a ingerir alcohol, sabiendo que ha de conducir un vehículo automotor: cuando su organismo está desprovisto de toda sustancia que pueda afectar sus poderes de control y de dominabilidad.

Al retrotraer el examen del tipo subjetivo del injusto, adoptamos la teoría de la *actio libera in causa*, complementándolo con el análisis del juicio de reproche personal, efectuado líneas atrás.

(38) Cfr. ORTS BERENGUER, E. Ob. cit., p. 1716.

El delito de desobediencia y resistencia a la autoridad

I. CONCEPTOS PRELIMINARES Y BIEN JURÍDICO

La clasificación de los injustos penales que el legislador ha realizado en el Título XVIII del CP bajo el rótulo de "Delitos contra la Administración Pública", desde una consideración de política criminal, se desdobla en dos planos:

i) Aquellos injustos penales cometidos estrictamente por funcionarios o servidores públicos en el marco concreto de su ejercicio funcionarial (delitos especiales propios), donde se produce una infracción a los deberes propios de la función; y

ii) Aquellos delitos que son cometidos per se por particulares o *extraneus*.

En el marco de una propuesta dogmática –sistematizadora–, es menester efectuar una distinción del bien jurídico tutelado de acuerdo a la división planteada. No es correcto postular en ambas esferas una identidad del interés jurídico protegido, aunque se parta desde los criterios generales que han de guiar el correcto funcionamiento de la Administración Pública, según los parámetros de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Pues las perturbaciones que puedan suscitarse como consecuencia del desvalor de la conducta del *intraneus*, en comparación con las del *extraneus*, son de mayor entidad por el hecho de que aquel está inmerso en el aparato público-estatal, dando lugar a la defraudación de las expectativas legítimas de los ciudadanos, bajo el entendido de que la actuación de la Administración tiene por fin satisfacer los intereses generales(1), tal como se desprende del artículo 39 de la Ley Fundamental.

Con ello no queremos decir que conductas como la prevista en el artículo 368 del CP (delito de desobediencia y resistencia a la autoridad) no merezca ser alcanzada con una pena, sino que la reacción penal ha de ser modulada conforme al grado de afectación a la función pública, teniendo en cuenta que los delitos estrictamente funcionariales justifican una punición de mayor intensidad.

(1) Así, OSSA ARBELÁEZ, J. *Derecho Administrativo sancionador: hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía.* Legis, Bogotá, 2000, p. 8.

El aparato público-estatal (Administración Pública) no solo se rige por las directrices jurídico-constitucionales de imparcialidad, objetividad o independencia (propias del contenido material del bien jurídico protegido, por ejemplo, en los delitos de peculado, malversación de fondos, cohecho y colusión ilegal), sino también por el principio de legalidad, como criterio rector que irradia todo el ordenamiento jurídico.

En virtud de dicho principio, no solo los funcionarios públicos están sujetos al ámbito estricto de la ley, sino que también las máximas que emanan del Estado de Derecho, generan obligaciones a los particulares (administrados) para con la Administración Pública, cuyo incumplimiento (desobediencia) puede constituir una infracción de orden penal.

En una comunidad, política y jurídicamente organizada bajo el sistema democrático, se realizan una serie de valoraciones sobre las relaciones Estado-ciudadano, que se manifiestan en una diversidad de prescripciones normativas reguladoras de las diversas situaciones jurídicas.

Por otra parte, en virtud del denominado "principio de autoridad", algunos funcionarios públicos cuentan con ciertas potestades decisorias, que en la práctica inciden en la creación, modificación o anulación de ciertas situaciones jurídico-administrativas o, en su caso, típicamente jurisdiccionales; dichos funcionarios se encuentran investidos de autoridad, lo que significa que sus mandatos o decisiones deben ser cumplidas y acatadas por los administrados –o los usuarios de la administración de justicia–, so pena de incurrir en un ilícito o en el tipo penal del artículo 368 del CP.

El carácter no vinculante o discrecional del acatamiento de la orden del funcionario significaría un desmoronamiento de las bases fundacionales del Estado de Derecho, asentadas en la legalidad y en las incidencias jurídicas del *ius imperium* de la Administración.

A decir de Ossa Arbeláez, la potestad pública resulta inherente a la Administración Pública, pues no es concebible que esta cumpla su cometido en bien de la comunidad si carece de un poder represor que haga viable el ejercicio racional de la función pública(2).

En la doctrina española, se apunta que la legalidad define y atribuye con normalidad potestades a la Administración. La acción administrativa es el ejercicio de tales potestades, el cual creará, modificará, extinguirá, protegerá o ejercitará

(2) Ibídem, p. 72.

relaciones jurídicas concretas. La dinamicidad inacabable de la vida administrativa tiene su causa en este mecanismo técnico(3).

La estructura funcional de una sociedad toma lugar a partir de la consagración de una serie de derechos y obligaciones como de la vía arbitrada que se patentiza en la positivización de las normas legales, cuya finalidad es la coexistencia pacífica de los ciudadanos.

En tal virtud, los ciudadanos han de guiar su quehacer conductivo conforme a determinados roles, cuya esencia y dinámica depende de las circunstancias concretas que haya de asumir el individuo. Se expiden así determinadas órdenes (actos administrativos, resoluciones administrativas, resoluciones jurisdiccionales, etc.), cuyo cumplimiento es un imperativo categórico para los destinatarios (administrados), en tanto observen ciertas exigencias de naturaleza formal como material.

Es pues privativo del funcionamiento de las reglas del Estado Constitucional de Derecho que los destinatarios de las decisiones (administrativas y judiciales) deban acatarlas a plenitud, según los efectos prescriptivos (imperativos) de dichas órdenes (lógicamente, el derecho de resistencia toma lugar ante órdenes manifiestamente antijurídicas o que desbordan los parámetros normativos).

La actividad material de la Administración Pública ha de exteriorizarse a través de diversos actos administrativos, cuyos alcances y consecuencias jurídicas son vinculantes para los administrados.

Entonces, es merced a la expedición de mandatos de autoridad que la administración se vincula con los administrados, permitiendo el funcionamiento del sistema jurídico a cabalidad. No se puede concebir la vigencia real de un Estado de Derecho si es que los ciudadanos hacen caso omiso a las órdenes que se emiten en los diversos estamentos de la Administración Pública, propiciando un debilitamiento de la legalidad aplicable y del principio de autoridad, cuya faz negativa y radical es la anarquía.

En palabras de Dromi, la actividad estatal exteriorizada de diferentes maneras (ley, acto administrativo, reglamento, actuación interadministrativa, contrato administrativo, acto político y sentencia), genera directa o indirectamente consecuencias de tipo jurídico. Estas consecuencias instituyen, recíprocamente, derechos (o prerrogativas) y deberes (u obligaciones) para las partes intervinientes,

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 2000, p. 423.

traduciendo una relación jurídica entre la Administración (Estado) y los administrados (individuos), entre la autoridad y la libertad(4).

No es correcto afirmar, por lo tanto, que hay libertad donde los ciudadanos desprecian y desobedecen los mandatos de la ley; tampoco la hay allí donde las autoridades gubernamentales hacen de las normas y prescripciones instrumentos carentes de legitimidad, o de opresión y represión ciudadana.

La relación vinculante entre el Estado y los individuos se materializa en una instrumentación jurídico-formal para que los derechos se ejerzan y los deberes se cumplan. Este principio de legalidad encuentra su primera manifestación en la letra constitucional, desde donde se traslada al resto del ordenamiento jurídico(5).

El principio de legalidad, en opinión de Pereira Menaut, es sumisión del gobierno a la ley (y las sentencias judiciales que aplican la ley), sumisión de los jueces a la ley, y existencia de una jurisdicción contencioso-administrativa o equivalente que examine la conformidad de la actuación administrativa con la ley(6).

Como consecuencia del principio de legalidad, también la Administración tiene una actividad reglada en Derecho, ya que no puede arbitrariamente gestionar los intereses que se le confíen, sin que ello descarte que está dotada de poderes discrecionales(7).

Conforme a lo anotado, es posible concluir que el objeto de protección jurídica en los tipos penales contra la Administración Pública aludidos son los principios de legalidad y de autoridad, que son consustanciales a la idea *iusfilosófica* del Estado de Derecho.

En concreto, el bien jurídico protegido en el artículo 368 del CP es la acción libre del funcionario público en tanto la resistencia a su autoridad por un particular lesiona el orden de la Administración Pública, atacando el ejercicio de la libertad funcional, de modo que es la libre acción del funcionario público lo que el tipo penal protege inmediatamente y el orden de la Administración mediatamente(8).

En la doctrina nacional, se sostiene que el bien jurídico es el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública que, en esta ocasión, encuentra su interés concreto plasmado en una etapa *ex post* de la función pública(9); ello quiere

(4) DROMI, R. *Derecho Administrativo.* Parte 1, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 131.

(5) Ibídem, p. 132.

(6) PEREIRA MENAUT, A. C. *Lecciones de teoría constitucional*. 2ª edición, Colex, Madrid, 2006, p. 119.

(7) OSSA ARBELÁEZ, J. Ob. cit., pp. 6-7.

(8) DONNA, E. A. *Derecho Penal. Parte especial.* Tomo III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 58.

(9) GARCÍA NAVARRO, E. "Cuestiones de imputación en atentados contra órdenes funcionariales ejecutables". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 182, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2009, p. 141.

decir, que el núcleo de desvalor se centra en la etapa ya ejecutiva de la orden **funcionarial**.

Advertencia importante a destacar es que cuando nos referimos a la sujeción de los funcionarios a la ley y de los ciudadanos a los mandatos de la ley, no hacemos alusión a un concepto formal de legalidad, sino a una acepción de mayor contenido sustancial: alejándonos de la posición de un positivismo a ultranza, postulamos un neoconstitucionalismo, donde se garantiza en mejor medida la vigencia de los derechos y libertades fundamentales.

El CP argentino ha disgregado el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad en sus artículos 238 y 239, respectivamente(10).

Por su parte, el CP español describe en su artículo 410 el delito de desobediencia funcionarial, que puede ser perpetrado únicamente por autoridades o funcionarios públicos que se nieguen abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior.

Mientras que en el Capítulo II del Título XXII del citado Código, se tipifican los "atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos" y "la resistencia y desobediencia", habiéndose tipificado en el artículo 550 la conducta de "los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o le hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas", injusto cuyo autor puede ser cualquier persona(11).

En la doctrina española se apunta que el contenido de injusto de los atentados se hallaría representado por la lesión de esa dignidad funcional; en definitiva, aparecerían como delitos contra el buen funcionamiento de los poderes públicos(12).

II. TIPICIDAD OBJETIVA

1. Descripción típica

"El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años.

(10) Antes de la Ley Nº 21.338 la conducta estaba refundida en el artículo 239.

(11) Véase, al respecto, CARBONELL MATEU, J. C. et ál. *Derecho Penal. Parte especial*. 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia 1999. p. 2076.

(12) Ibídem, p. 2071.

Cuando se desobedezca la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de la libertad será no menor de seis meses ni mayor de cuatro años o prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas".

2. Sujeto activo

Autor del injusto penal puede ser cualquier persona, la descripción normativa no hace alusión a algún elemento especial funcionarial o de otra índole.

El hecho de que el agente sea funcionario o servidor público no constituye un dato determinante de agravación. El artículo 368 no está incluido entre los supuestos de las circunstancias agravantes contempladas en el artículo 367 del CP, lo que a nuestro parecer no resulta sistemático, tomando en cuenta que este delito tiene un contenido similar a los previstos en los artículos 365 y 366 (violencia contra un funcionario público).

Al tratarse de un delito común, importa un ámbito de libertad de configuración, de manera que podría darse una autoría mediata cuando el "hombre de atrás" se aprovecha de la ignorancia o carencia de culpabilidad del "hombre de adelante" para realizar típicamente el delito.

Se podría decir que solo puede ejercer la resistencia (de propia mano) quien es el destinatario de la orden (administrativa o judicial), pero nada obsta que un tercero pueda ejercerla, manipulado por el sujeto obligado. Todo dependerá de la naturaleza de la resolución, pues si es de naturaleza personalísima no podría darse esta mediatización.

Donna señala que autor del delito puede ser tanto el destinatario de la orden como un tercero que quiere impedir o trabar el acto funcional, aunque no esté afectado por dicha orden[13].

Pueden haber dos agentes que compartan el codominio funcional del hecho, cuando son ambos los destinatarios de la orden. Por ejemplo, durante el desalojo de un bien inmueble, varios moradores ejercen en forma conjunta actos de resistencia contra la autoridad o sobre los servidores encargados de su ejecución.

Pueden observarse otros títulos de participación delictiva, donde el agente, sin contar con el dominio funcional del hecho, aporta una contribución esencial para que el autor pueda desobedecer o resistir la orden impartida por el funcionario público (complicidad primaria). Asimismo, pueden darse casos de instigación,

(13) DONNA, E. A. Ob. cit., p. 62; CREUS, C. *Derecho Penal. Parte especial.* Tomo II, 5ª edición, Astrea, Buenos Aires 1996, p. 227.

cuando el agente convence o determina al autor a perpetrar el mencionado injusto penal.

3. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo es el Estado, como titular de toda la actuación que toma lugar en el seno de la Administración Pública, lo que no impide identificar sujetos pasivos de la acción: los funcionarios públicos (autoridades)(14), sobre quienes recae la acción de resistencia.

4. Modalidades típicas

Antes de pasar revista a las modalidades típicas reguladas en el artículo 368 del CP, hemos de identificar previamente el significado de la expresión "orden impartida por un funcionario público en el ejercicio legal de sus funciones".

¿A qué tipo de orden se refiere el enunciado normativo? Sin duda, a no cualquier clase de orden. Debe tratarse de una resolución emitida por una autoridad competente, y generar un deber (obligación) en el destinatario de naturaleza coercitiva y ejecutiva(15). La orden es el mandato de carácter intimidatorio y de cumplimiento obligatorio que debe ser acatada y observada(16). No puede tratarse de una mera solicitud o simple requerimiento.

La resolución administrativa o la resolución jurisdiccional, para que sean exigibles al destinatario, deben observar ciertos requisitos formales. No se puede obligar al administrado a cumplir una orden impartida que no le ha sido debidamente notificada. Para la ejecución de la orden se requiere que el destinatario tome conocimiento oportuno de ella(17); lo que da lugar a lo que cierto sector de la doctrina denomina "conminación previa"(18).

Una notificación defectuosa es susceptible de ser declarada inválida, tal como se desprende del tenor del artículo 26 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley Nº 27444), que prescribe: "en caso que se demuestre que la notificación se ha realizado sin las formalidades y requisitos legales, la autoridad ordenará se rehaga, subsanando las omisiones en que se hubiesen incurrido, sin perjuicio para el administrado".

(14) Véase, al respecto, GARCÍA NAVARRO, E. Ob. cit., p. 143.

(15) Ibídem, p. 144.

(16) ROJAS VARGAS, F. *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley, Lima, 1999, p. 541.

(17) El artículo 16 de la Ley Nº 27444 dispone que el acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos.

(18) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, M. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Palestra. Lima, 2001, p. 171.

Aquella orden impartida por un particular que carece de la condición de funcionario público, no surte efectos válidos, razón por la cual el destinatario no tiene la obligación de acatarla.

Se trata de una orden –resolución administrativa o judicial– de trascendencia jurídica, que solo puede ser impartida por un funcionario público con autoridad y potestad de emitirla, y que debe ser cumplida por su destinatario en tanto esté en capacidad de hacerlo.

Así, por ejemplo, en la ejecutoria recaída en el Exp. Nº 1394-1998-Lambayeque, se señala que: "la desobediencia y resistencia a la autoridad es un delito doloso de omisión, el cual tiene tres requisitos, que han de existir: a) una obligación o deber de actuación en el sujeto activo; b) el no cumplimiento de dicho deber u obligación; y c) la posibilidad de haberla cumplido. El no pago a un extrabajador, en cumplimiento de un pacto celebrado ante un juzgado laboral, al no tener posibilidad de realizarlo, no constituye delito de desobediencia y resistencia a la autoridad"[19].

Por otro lado, la orden no debe confundirse con un deber jurídico (por ejemplo, retornar al país pese a haber sido expulsado). No son órdenes todas las sentencias judiciales, ni siquiera las que crean un estado (o sea una orden prohibitiva de carácter general), solo las que contengan una orden expresa de ejecución[20]. Lo anotado resulta importante a efectos de limitar el ámbito de protección de la norma.

Por ejemplo, no incurre en el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad quien incumple una sentencia civil que obliga a pagar una determinada suma de dinero por alimentos (sin embargo, su intimación es una condición previa para ser denunciado por el delito de omisión de asistencia alimenticia)[21]. Tampoco el incumplimiento de resoluciones que, por ejemplo, obligan al pago de una obligación exigible, o al reconocimiento de paternidad de un hijo extramatrimonial.

Asimismo, se apunta que no debe tratarse de cuestiones vinculadas con intereses personales de cualquier índole (afectiva, patrimonial, personal) o con las garantías constitucionales[22]. Así, Gómez, siguiendo la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones de Argentina, escribe que el simple incumplimiento de las sentencias o resoluciones judiciales que ordenan solventar obligaciones contractuales

(19) ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Serie de Jurisprudencia 3, p. 171.

(20) ABANTO VÁSQUEZ, M. Ob. cit., p. 170.

(21) Véase, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte especial.* Tomo I, 1ª reimpresión actualizada, Idemsa, Lima, 2009, pp. 452-453.

(22) ABANTO VÁSQUEZ, M. Ob. cit., p. 172.

o legales, que recaen exclusivamente sobre el patrimonio del deudor no importa desobediencia punible[23].

En tal sentido, en el caso de las ejecuciones coactivas, por ejemplo, por el no pago de deudas tributarias, aun cuando medien las intimaciones respectivas de ejecutar un embargo, no procedería la tipificación por este delito, al incumbir un derecho patrimonial del afectado con la medida.

4.1. Resistencia a la autoridad

Esta modalidad del injusto importa una conducta obstruccionista por parte del agente, en cuanto a la realización de actos que obstruyen la actuación funcionarial; es decir, el autor se alza en contra del imperio de la autoridad, impidiendo la concreción de la orden –legalmente impartida por un funcionario público–[24].

Se aprecia que los actos de resistencia pueden o no recaer sobre la persona que emitió la orden, más aún cuando frecuentemente son los servidores (subalternos) los encargados de ejecutar la orden expedida por el funcionario público. Por consiguiente, esta modalidad comporta la infracción a una norma prohibitiva, que solo puede tomar lugar a través de la realización de una acción, en tanto el agente debe ejecutar un comportamiento destinado a evitar la ejecución de la orden (ello a diferencia de la segunda modalidad del injusto, que devela la infracción a una norma de mandato, que se define por una omisión).

Resistirse a la orden impartida por el funcionario público reviste un grado superior de compromiso comisivo que la simple desobediencia[25].

"Resistir" es una palabra que tiene varios significados: oposición de un cuerpo o una fuerza a la acción o violencia de otra; repugnar, contrariar, rechazar, contradecir; bregar o forcejear[26].

La acción que consiste en resistir o desobedecer a un funcionario público en el ejercicio de sus funciones[27], según nuestra *lex lata*, debe oponerse a una orden legal impartida por un funcionario en el ejercicio de sus funciones.

En la ejecutoria recaída en el Exp. Nº 137-98, se señala que el hecho de que el procesado haya desobedecido la orden de detenerse de un efectivo policial y se haya dado a la fuga en su vehículo, y luego lo haya atropellado cuando lo

(23) GÓMEZ, E. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V, Ediar, Buenos Aires, pp. 471-472.

(24) Así, GARCÍA NAVARRO, E. Ob. cit., p. 147.

(25) ROJAS VARGAS, F. Ob. cit., p. 542.

(26) GÓMEZ, E. Ob. cit., p. 469.

(27) FONTÁN BALESTRA, C. *Derecho Penal. Parte especial*. 14ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 790.

alcanzó, constituye una conducta típica de desobediencia a la orden impartida por un funcionario público en ejercicio de sus funciones"[28].

Distinción importante con respecto a los delitos de violencia contra un funcionario público es que el tipo penal previsto en el artículo 368 del CP no hace alusión al uso de violencia o amenaza como medios comisivos destinados a perturbar o impedir la actuación funcional del sujeto pasivo. Aquellos, a diferencia de este, implican un atentado contra la actuación funcionarial de los funcionarios públicos.

La resistencia y la desobediencia se hayan en dos planos distintos. La segunda modalidad revela el no acatamiento de una orden, es decir, un no hacer lo que la resolución (administrativa o judicial) ordena realizar. Por consiguiente, los medios comisivos (violencia y amenaza) solo pueden concurrir en la modalidad de resistencia.

Desde una interpretación sistemática de los aludidos tipos penales, dicha opción resulta ajustada a la sustantividad que debe regir en las familiaridades delictivas. En tal sentido, estimamos que no puede configurarse el delito de resistencia a la autoridad sin el uso de la violencia y la amenaza, en tanto los actos de resistencia requieren del empleo de una fuerza física –idónea y apta– para impedir que se ejecute la orden[29].

Sin embargo, a veces bastará una violencia leve o el despliegue de fuerza sobre las cosas; por ejemplo, cuando el destinatario de la ejecución de un embargo coloca barreras de protección en la puerta que impiden que los funcionarios puedan ejecutar la orden o simplemente se resiste a que la despojen de sus pertenencias.

La violencia y la amenaza, contempladas en los artículos 365 y 366 del CP, han de recaer generalmente sobre el funcionario público o un tercero –órgano auxiliar–, pero también puede recaer sobre objetos, y esa resistencia puede legítimamente admitirse en el tipo penal de desobediencia y resistencia a la autoridad. Una interpretación de mayor amplitud que esta supondría una interpretación analógica *in malam partem*, incompatible con el artículo III del Título Preliminar del CP.

En palabras de Rojas Vargas, a lo sumo se ha considerado que la norma puede admitir actos moderados o mínimos de violencia o intimidación, es decir, "una

(28) BACA CABRERA, D. et ál. *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 495.

(29) Así, GARCÍA NAVARRO, E. Ob. cit., p. 148.

oposición tenaz, defensiva, resuelta, decidida, con utilización de fuerza real (física o síquica) frente a la actuación del funcionario agredido"[30][31].

En el supuesto de que se trate de una violencia o de una amenaza graves, el artículo 368 del CP no resulta aplicable por motivos de estricta legalidad, sino el artículo 366 (donde se alude al término "funcionario público" en forma genérica).

Un ejemplo de resistencia sin el ejercicio de violencia, podemos apreciarlo en la ejecutoria recaída en el Exp. Nº 71-93-Lima, donde se señala: "Constituye delito de desobediencia o resistencia a la autoridad, negarse a recepcionar las citaciones y emplazamientos que realizan los efectivos de la Policía Nacional en cumplimiento de las facultades y funciones que la ley les señala. Tal actitud del procesado implica una conducta que denota rebeldía al cumplimiento de una orden emitida por autoridad competente"[32].

En esta modalidad delictiva, la orden que pretende ejecutar el funcionario se dirige contra el agente, quien despliega actos de resistencia para que aquel no pueda ejecutar la orden; por eso se anota que la resistencia tiene lugar contra una decisión que va a ejecutarse o comienza a ejecutarse[33].

Si no hay orden ni destinatario, no hay resistencia ni desobediencia posible, y las imposiciones contra el funcionario constituyen atentado[34].

Importa, por lo tanto, un acto de resistencia contra la actuación del funcionario que se dirige contra el agente y, no como en el artículo 365 del CP, donde el autor obliga al funcionario público a realizar un acto propio de sus funciones.

La resistencia coloca siempre al delincuente objetiva y subjetivamente en la situación de destinatario o testigo de una orden auténticamente estatal, de una orden ajena a la cual se opone[35]. En el injusto penal examinado se produce un atentado, una lesión al principio de autoridad y a la legalidad de que viene revestida la orden.

La resistencia importa siempre una oposición activa al desarrollo actual del acto funcional por parte del agente, de modo que la acción típica solo es posible durante su desarrollo, no antes de su comienzo ni cuando ya ha cesado[36]. La resistencia

(30) ROJAS VARGAS, F. Ob. cit., p. 543.

(31) Vide, al respecto, ABANTO VÁSQUEZ, M. Ob. cit., p. 177.

(32) Véase FRISANCHO APARICIO, M. *Jurisprudencia penal. Ejecutorias supremas y superiores 1998-2001*. Jurista editores, Lima, 2002, p. 461.

(33) Cfr. FONTÁN BALESTRA, C. Ob. cit., p. 791.

(34) SOLER, S. *Derecho Penal argentino.* Tomo V, 3ª edición, 8ª reimpresión, TEA, Buenos Aires, 1978, p. 94.

(35) Ibídem, p. 92.

(36) CREUS, C. Ob. cit., p. 226.

que sanciona la ley no puede ser cualquiera, sino solo aquella con aptitud suficiente para impedir la ejecución del acto de autoridad funcional.

La resistencia presupone una ejecución actual o inminente de un acto por parte de una autoridad que se halla en el ejercicio legítimo de funciones (funcionario del Estado)[37]. Exige, conceptualmente, una previa actuación o pretensión de la autoridad dirigida hacia el sujeto que resiste[38].

4.2. Desobediencia a la autoridad

La "desobediencia" supone el desacato del particular: este, como destinatario de la orden impartida por el funcionario, se niega a obedecerla, o simplemente no cumple con la resolución administrativa o judicial, impidiendo sus efectos jurídicos. Ello sucede, por ejemplo, cuando el empleador desobedece la orden de un juez laboral que lo intima a que reponga en su puesto a un trabajador despedido.

Por lo general, existen términos o plazos legales señalados en la orden que el destinatario deja correr sin acatar la conminación a actuar o dejar de hacer[39].

En este supuesto, el cumplimiento de la orden que recae en el destinatario está pendiente, pero este se niega a obedecerla o cumplirla[40]. Como apunta Soler, la desobediencia solamente surge cuando existe destinatario y ocurre de parte de este[41].

Mediando esta conducta se aprecia una actuación renuente del destinatario de la orden (sujeto activo), quien se niega a cumplir con la orden emitida por el funcionario, por lo que es propiamente una actitud omisiva.

En la ejecutoria recaida en el Exp. Nº 58-2002-Lima, se señala que el hecho de que una depositaria judicial de unos artefactos domésticos se negara a devolverlos, pese a ser requerida bajo apercibimiento de ley, configura el delito de desobediencia a la autoridad[42].

(37) DONNA, E. A. Ob. cit., p. 59; GÓMEZ, E. Ob. cit., p. 469.

(38) CARBONELL MATEU, J. C. et ál. Ob. cit., p. 2074.

(39) ROJAS VARGAS, F. Ob. cit., p. 541.

(40) GARCÍA NAVARRO, E. Ob. cit., p. 149.

(41) SOLER, S. Ob. cit., p. 94.

(42) SALAZAR SÁNCHEZ, N. *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*. Jurista Editores, Lima, 2004, p. 74.

5. Orden legalmente impartida por un funcionario

Aspecto importante y determinante de tipicidad penal es que la "orden sea legalmente impartida por el funcionario". En el presente caso, el legislador se decanta por la palabra **legalidad** en vez de **legitimidad**.

Según el amplio espectro de la legalidad normativa, la actuación de la Administración Pública se expresa en los ámbitos de potestades funcionales de los servidores y funcionarios públicos, quienes tienen delimitadas sus esferas competenciales, con arreglo a una división de las tareas que procura la optimización y eficacia de los servicios públicos.

Es la propia ley la que define y delimita los ámbitos de competencia de los funcionarios, de modo que la atribución de una potestad que no se encuentra reconocida por aquella supondría una actuación ilegal, generando consecuencias jurídico-penales trascendentes en el marco del juicio de tipicidad penal(43).

Así, por ejemplo, cuando un policía ordena la detención de un ciudadano fuera del supuesto de flagrancia delictiva, realiza una actuación ilegal, de modo que si el particular se resiste a dicha orden impartida, no incurrirá en el tipo penal del artículo 368 del CP.

Debe distinguirse la ilegalidad de la arbitrariedad. Mientras que la primera significa una actuación contra *legem* o contraria a la normativa en el sentido de que el funcionario ordena la ejecución de un acto sin tener competencia para ello, en la segunda, el funcionario sí cuenta con dicha potestad funcionarial, sin embargo, en el desarrollo de dicha actuación, no somete sus decisiones a los supuestos de hecho contenidos en la ley, sino a criterios irrazonables, sustituyendo la voluntad normativa por la suya propia.

Ante esta última hipótesis, el particular no tiene más remedio que acatar la orden, sin perjuicio de interponer los recursos impugnativos que la ley le franquea(44).

Un servidor público, en principio, también tiene la obligación de acatar la orden impartida por su superior jerárquico. Si se resiste a ejecutar la orden, cometería el delito en análisis, a menos que importe un acto manifiestamente antijurídico, en cuyo caso estaría exento de pena en razón de la ilegitimidad de la orden. Si se trata de una orden ilícita, su ejecución, según el caso, podrá estar amparada en el marco de la obediencia debida.

(43) Véase, al respecto, GARCÍA NAVARRO, E. Ob. cit., p. 145.

(44) Véase, al respecto, ABANTO VÁSQUEZ, M. Ob. cit., p. 173.

Habrá ilegalidad, en todo caso de antijuridicidad penal, ante órdenes de ejecutar actos manifiestamente antijurídicos.

Un aspecto de relevancia es el concerniente al recojo y actuación de medidas limitativas de derechos fundamentales, cuanto se realiza la prueba de alcoholemia en delitos contra la seguridad del tráfico automotor (artículo 274 del CP), pues quienes realizan estas diligencias son efectivos policiales, servidores públicos que no cuentan legalmente con la autoridad para la realización de tales intervenciones corporales.

En este punto, deben diferenciarse las potestades de la Policía Nacional reguladas en el Código Nacional de Tránsito, de aquellas potestades que se circunscriben al decurso de la investigación penal. Las primeras se ejercen ante la configuración de contravenciones administrativas, en tanto que las segundas, ante injustos penales incardinados en una investigación o procedimiento penal.

Habría que concluir, por lo tanto, que los agentes policiales sí están facultados para la realización de la toma del aire aspirado cuando se detectan conductores presumiblemente afectados por la ingesta de alcohol. Empero, la extracción de sangre para detectar el grado de alcohol, importa una atribución solo concedida a los jueces penales[45].

6. Causal de atipicidad penal

Del tenor literal de la parte *in fine* del primer párrafo del artículo 368 del CP, se advierte la inclusión de una "causal de atipicidad penal", cuando la desobediencia o resistencia se realizan ante "la propia detención del destinatario de la orden", valorándose un supuesto que no exteriorizaría una mayor lesividad social, pues la atipicidad penal solo tiene lugar cuando el comportamiento se encuentra desprovisto de ofensividad.

Sin embargo, cualquier desobediencia o resistencia a una orden impartida por el funcionario público, sea cual fuere el interés jurídico afectado, importa un atentado a los principios de legalidad y de autoridad. Tanto en la resistencia a un embargo preventivo como a una detención preliminar, se pone en cuestión la vigencia fáctica del orden legal.

La causal de atipicidad señalada, por ende, revela que su fundamento político-criminal trasunta por coordenadas distintas.

Mediando una orden de prisión preventiva, el juzgador competente ordena la privación cautelar del imputado, en mérito a la concurrencia de determinados

(45) No podemos ampliar el desarrollo en cuestión en la medida que el legislador ha incluido de forma expresa esta modalidad del injusto de desobediencia y resistencia a la autoridad, conforme al artículo 1 de la Ley Nº 29439 (vide *infra*).

presupuestos legales. Desde una visión lata de la cláusula, debe extenderse a la denominada detención preliminar (judicial), que toma lugar en el decurso de los primeros actos de investigación.

En valoración de este supuesto se presentaría un conflicto de intereses entre la ejecución de las órdenes que emanan de las autoridades de la Administración (pública y de justicia) y la libertad personal del sospechoso(46) (imputado), al que debe añadirse la expectativa legítima de los ciudadanos de que las órdenes sean cabalmente cumplidas.

Sin embargo, partiendo de tal premisa, podría decirse que ante una sentencia condenatoria, donde igualmente se ve afectada la libertad personal de un individuo, también existiría este conflicto, por lo que el condenado tendría el derecho de resistir la orden que lo priva de su libertad, lo cual no es admisible en tanto supondría un quiebre del Estado de Derecho.

La razón de esta causal, al parecer, responde a un criterio de racionalidad, razonabilidad y ponderación en la reacción punitiva, según el principio de mínima intervención, a fin de evitar una doble amenaza sobre quien pende un mandato de detención de ser privado de su libertad personal: por un lado, la supuesta comisión de un hecho punible y, por otro lado, por cometer el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad.

En la legislación procesal penal, observamos que el imputado no tiene la obligación de decir la verdad (*nemo tenetur sea ipso accusare*), de manera que no puede ser sancionado en mérito al delito de falso testimonio contenido en el artículo 409 del CP. Así también, vemos que en el artículo 413 del CP(47) se sanciona penalmente a quien, estando legalmente privado de su libertad, se evade por medio de violencia o amenaza, de lo que se infiere que si no media ninguno de los medios comisivos mencionados, el hecho es atípico (v. gr. quien se sustrae de la esfera de punición mediante destreza u ardid).

Al comparar la conducta contemplada en el artículo 368 con la del 413 del CP, se obtiene que la primera debe realizarse antes de que se produzca la detención personal del imputado, mientras que la segunda cuando el agente, estando ya privado de su libertad, acomete la maniobra evasiva.

No obstante, no puede ser reputada como una causal de atipicidad penal, al estar intacto el juicio de ofensividad; tampoco una causal de justificación, al no advertirse un interés jurídico prevalente; y el reproche personal del agente no está excluido.

(46) Véase, al respecto, Ibídem, p. 179.

(47) Una conducta similar se advierte en el artículo 280 del CP argentino.

Queda, por ende, analizar la "punibilidad", aquel factor que, ajeno al injusto y a la culpabilidad, hace decaer el merecimiento y necesidad de pena, generalmente en el caso de excusas absolutorias por motivos personales, cuando la sanción punitiva no resulta acorde con los mencionados principios rectores del Derecho Penal.

La procedencia de una excusa absolutoria requiere de una vinculación especial entre el sujeto activo y sujeto pasivo del delito o, en su defecto(48), de un acto atribuido por el agente que demuestre una intención de retorno al ordenamiento jurídico, cuestión que no se devela en el presente caso; en consecuencia, no se trata propiamente de una excusa absolutoria.

Más bien la causal examinada revela un decaimiento de la motivabilidad normativa, pues al estar incurso el autor en una situación de presión psíquica o angustia, no puede determinar su conducta conforme a las normas, al estar de por medio la privación de su libertad, lo que afecta significativamente su capacidad decisoria y de actuar con arreglo al Derecho.

Por consiguiente, se infiere un juicio de atribución de reproche personal disminuido, que no llega a una eximente completa, y que solo debería incidir en una atenuación de la pena y no acarrear su exoneración, como se ha previsto en la *lege lata*.

Finalmente, cabe añadir que si la violencia ejercida por el autor para resistirse a su arresto preventivo produce afectaciones visibles a la integridad corporal del efectivo policial, estas han de ser reputadas como lesiones, según los tipos penales aplicables.

7. Formas de imperfecta ejecución

La realización típica, es decir, la perfección delictiva de este injusto, toma lugar en el momento en que el autor, que estaba obligado a cumplir o acatar la orden emitida por el funcionario público, se resiste a ella (delito de consumación instantánea): en el caso de la desobediencia, se consuma cuando el agente no cumple con acatar la orden en los plazos previstos por ella.

La configuración del delito de desobediencia responde a la estructura propia de un delito de mera actividad, que no exige la producción de ningún resultado material, perceptible sensorialmente y vinculado causalmente con la exteriorización de la voluntad del sujeto(49).

(48) Véase, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte general*. Rodhas, Lima, 2009, pp. 719-721.

(49) POLAINO NAVARRETE, M. *Delitos contra la Administración Pública.* Tomo III, p. 322.

Conforme a la naturaleza jurídica del delito de desobediencia y resistencia a la autoridad, no resulta admisible penalizar los actos anteriores a su consumación[50], máxime cuando se trata de una conducta omisiva, que no revelan la objetividad de una conducta peligrosa.

8. Tipo subjetivo del injusto

Una figura criminosa así concebida solo resulta reprimible a título de dolo, con conciencia y voluntad de realizar el tipo. El agente ha de saber que se está resistiendo o desobedeciendo a cumplir una orden impartida legítimamente por un funcionario público.

El aspecto cognitivo del dolo debe abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, por lo que la duda sobre la legitimidad de la orden funcionarial podría ser considerada como error de tipo, del mismo modo que la duda sobre su carácter ejecutivo o coercitivo (por ejemplo, cuando el autor piensa erróneamente que se requiere de una segunda intimación para revestir a la orden de carácter ejecutivo).

No se exige la concurrencia de un elemento de naturaleza trascendente, ajeno al dolo.

9. Circunstancia agravante

Nadie duda de que el delito de conducción de vehículos bajo la influencia del alcohol o sustancias psicotrópicas, merece una respuesta punitiva severa[51]. Empero, la decisión de convertir la conducta de quien desobedezca la orden de someterse a la prueba de alcoholemia merece diversas objeciones.

En primer lugar, cabe examinar si la prueba de alcoholemia constituye una vulneración al principio de presunción de inocencia (derecho a la no autoincriminación). En segundo lugar, si es que los efectivos policiales son autoridad legalmente reconocida para solicitar estas medidas limitativas de derechos fundamentales.

En tercer lugar, si la pena acordada por el legislador para esta circunstancia agravante resulta acorde a los principios de proporcionalidad y culpabilidad. Y en cuarto lugar, si es que en realidad había necesidad de incorporar este párrafo o bastaba con la redacción originaria del artículo para reprimir esta clase de conductas desvaliosas.

(50) Así, ABANTO VÁSQUEZ, M. Ob. cit., p. 179.

(51) Véase, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte especial.* Ob. cit., pp. 142-145.

La introducción de esta circunstancia agravante en nuestro CP importa un reforzamiento intenso del principio de autoridad, pues se sanciona con una pena más grave al ilícito contemplado en el delito previsto en el artículo 274 del CP (conducción de vehículo automotor bajo la influencia de alcohol o sustancias psicotrópicas). El artículo 380 del CP español tipifica una conducta semejante, que en su momento motivó una cuestión de inconstitucionalidad, como nos relata la doctrina española(52).

Con respecto al primer punto en discusión, es de examinarse el principio de presunción de inocencia y el derecho a la no autoincriminación, con arreglo a las máximas del debido proceso penal y al principio acusatorio. En mérito a dichos principios garantistas, la carga de la prueba de la incriminación recae exclusivamente en el persecutor público –coadyuvado por la Policía Nacional–, quien debe recabar evidencias suficientes e idóneas, que una vez actuadas (medios probatorios), puedan enervar el principio de presunción de inocencia.

En tal sentido, el imputado puede ejercer únicamente una defensa pasiva, sin necesidad de construir su propia teoría del caso o versión de los hechos distinta a la del fiscal. No tiene el deber de declarar, de presentar pruebas que admitan su responsabilidad, inclusive tiene el derecho a mentir (*nemo tenetur sea ipso accusare*), pues no está sometido al principio de veracidad.

El imputado no tiene que probar su inocencia, pues ya de antemano es constitucionalmente considerado así. Corresponde al Estado, mediante sus órganos predispuestos, demostrar lo contrario para poder revertir ese estado y obtener una condena(53).

Es en tal contexto que debemos determinar si es que en la realización o ejecución de la prueba de alcoholemia, el imputado se convierte en un objeto o sujeto de prueba, para luego tomar partido si dicha restricción de derechos fundamentales afecta o no el derecho a la no autoincriminación.

En definitiva, alega Moreno y Bravo, el deber de someterse a las pruebas de comprobación podría tener el significado de imponer al acusado la obligación de colaborar con la acusación para el descubrimiento de los hechos(54).

Estamos frente a una inspección corporal, en tanto la prueba de alcoholemia, mediando la extracción de sangre del sospechoso, mide el nivel de alcohol en la sangre del intervenido.

(52) Véase, al respecto, MORENO Y BRAVO, E. *El artículo 380 CP 1995 y el principio de proporcionalidad*. 1999, pp. 437-438.

(53) JAUCHEN, E. M. *Derechos del imputado*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 116.

(54) MORENO Y BRAVO, E. Ob. cit., p. 438.

Gimeno Sendra, siguiendo la jurisprudencia de su país, anota que por intervenciones corporales puede entenderse todo acto de coerción sobre el cuerpo del imputado por el que se le extrae determinados elementos, en orden a efectuar sobre los mismos determinados análisis periciales tendentes a averiguar el hecho punible o la participación en él del imputado(55).

Los exámenes de alcoholemia son aquellas medidas de intervención que se realizan en el ámbito de la criminalidad del tráfico diario, y que son ejecutadas por los órganos encargados de velar por la seguridad ciudadana, las cuales tienen por fin establecer el presupuesto material que suponga su punibilidad, a partir del nivel de alcohol que se detecta en el organismo del conductor(56).

La ejecución o realización de la prueba de alcoholemia, si importa ya una extracción de sangre, requiere de una orden del funcionario legalmente competente para ello, sin mediar violencia. Si el sospechoso se resiste, se le debe informar que puede ser denunciado por la figura delictiva bajo examen.

A nuestro parecer, en el caso del test de alcoholemia, en cuanto a la extracción de sangre refiere, el imputado no es tratado como sujeto de prueba, sino como objeto de prueba, en tanto su propio organismo se convierte en una fuente de conocimiento para obtener indicios de que conducía bajo la influencia del alcohol (sin que su resultado positivo, empero, tenga mérito suficiente para su condena por el delito previsto en el artículo 274 del CP).

Una posición en contrario supondría que los conductores tendrían la potestad de realizarse o no dicha prueba, lo que generaría un amplio espacio de impunidad(57), así como la desprotección del bien jurídico seguridad pública.

No podría postularse la legitimidad de la intervención policial basada en el aire espirado, en supuestos de infracción a las normas del Código de Tránsito, ni que estos fueran legítimos en la vía penal.

Por ello, los agentes que la practiquen deben hacerlo respetando todas las garantías exigibles, utilizando los elementos de medición homologados y dando cuenta en el atestado de todas las incidencias; sobre todo cumpliendo con el deber de información al intervenido respecto de sus consecuencias y de las posibilidades

(55) GIMENO SENDRA, V. et ál. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Colex, Madrid, 2007, p. 406.

(56) PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal.* Tomo I, Rhodas, Lima, 2009, p. 687.

(57) Véase, al respecto, RIFÁ SOLER, J. M. y VALLS GOMBÁU, J. F. *Derecho Procesal Penal*. Iurgum, Madrid, 2000, p. 296.

que ofrece la ley tanto de que se practique una segunda prueba de contraste, como de someterse voluntariamente a un análisis de orina o de sangre(58).

En resumidas cuentas, el deber de someterse a un examen de alcoholemia no implica vulnerar la presunción de inocencia, en tanto no supone que el intervenido realice una declaración contra sí mismo; solo implica una autorización para que se ejecuten sobre su cuerpo ciertas pruebas científicas(59).

El segundo punto de discusión estriba en determinar quiénes son los funcionarios o servidores públicos con que cuenta la autoridad legal para ordenar la realización o ejecución de la prueba de alcoholemia (pericia anticipada), en el entendido de que son los agentes policiales quienes habitualmente intervienen a los conductores bajo la sospecha de que se hayan bajo la influencia del alcohol.

Al respecto, deben diferenciarse los casos en que la actuación de los efectivos policiales se realiza en el marco de las potestades que le confieren el Código Nacional de Tránsito, de aquellos supuestos en que se desempeñan en el ámbito de la investigación penal (vide *supra*). La intervención en el decurso de la comisión de infracciones administrativas es una competencia propia de la Policía Nacional, en tanto representa al Estado en lo concerniente a la seguridad del orden público.

El nuevo Reglamento de Tránsito dispone en el artículo 307 que:

> "El grado alcohólico máximo permitido a los conductores y peatones que sean intervenidos por la autoridad, se establece en 0,50 grs./lt.
>
> El efectivo policial podrá exigir al intervenido que se someta a una serie de pruebas, como el test 'Hogan' y/o pruebas de coordinación y/o equilibrio, el uso de alcoholímetro y otros, para determinar la presencia de intoxicación por cualquier sustancia que le impida la coordinación. Su negativa establece la presunción legal en su contra.
>
> El resultado de las pruebas realizadas mediante equipos, aparatos o artefactos homologados y/o calibrados por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi constituye medio probatorio suficiente. El conductor o peatón puede solicitar, a su costo, la realización de pruebas adicionales, como el análisis cuantitativo de alcohol en muestra de sangre (alcoholemia), para cuya realización se deberá obtener inmediatamente la muestra médica".

(58) MORENO CATENA, V. et ál. *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 1999, pp. 228-229.

(59) PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal.* Ob. cit., pp. 689-690.

Observamos que las pruebas que en este nivel se efectúan son aquellas que se dirigen a la acreditación o comprobación de una infracción de orden administrativa y no de naturaleza penal.

Conforme a la división de funciones que asumen los diversos sujetos procesales, la búsqueda de pruebas y restricción de derechos fundamentales importa una actuación típica del fiscal y de la Policía Nacional, según lo previsto en el artículo 159 de la Constitución Política, la Ley Nº 27379, la Ley Orgánica del Ministerio Público y el nuevo Código Procesal Penal.

Lo importante a todo esto es que la imposición de medidas coercitivas, y la afectación o restricción de derechos fundamentales, están condicionadas a una resolución jurisdiccional, previa solicitud del sujeto legitimado. De manera que la Policía no tiene facultad legal alguna para adoptar una medida de coerción procesal, fuera del caso de detención en flagrancia. Pero las medidas restrictivas de derechos fundamentales solo pueden ser ordenadas por el juez penal competente, no pueden ser acordadas de oficio por parte de las agencias de persecución penal.

Ni la Ley Nº 27379 ni el C de PP regulan la prueba de alcoholemia como medida de intervención corporal. No obstante, es claro que su adopción solo puede emanar de una decisión debidamente motivada del juzgador.

Asimismo, los efectivos policiales tienen la facultad legal de intervenir a presuntos sospechosos de conducir un vehículo bajo la influencia del alcohol o de sustancias psicotrópicas, conforme a lo dispuesto en el Reglamento Nacional de Tránsito, y tomarle la prueba del aire espirado; sin embargo, su participación en la investigación del delito debe someterse rigurosamente a las disposiciones constitucionales y legales pertinentes.

El artículo 213 del nuevo Código Procesal Penal, vigente en todos los Distritos Judiciales de la República[60], señala:

> "La Policía, ya sea en su misión de prevención de delitos o en el curso de una inmediata intervención como consecuencia de la posible comisión de un delito mediante la conducción de vehículos, podrá realizar la comprobación de tasas de alcoholemia en aire aspirado.
>
> Si el resultado de la comprobación es positiva o, en todo caso, si se presentan signos evidentes de estar bajo la influencia de bebidas alcohólicas u otro tipo de sustancia prohibida, el intervenido será retenido y conducido al centro de control sanitario correspondiente para realizar la prueba de intoxicación en sangre o en otros fluidos según la prescripción del facultativo".

(60) Según la primera disposición final de la Ley Nº 29439.

De la norma invocada se infieren dos consecuencias. Primera, los agentes policiales, en su labor preventiva de los hechos delictuosos, tienen la facultad de intervenir a los conductores que presumiblemente estén conduciendo un vehículo automotor bajo la influencia del alcohol o de otra clase de sustancia prohibida, y en tal virtud podrán realizar la prueba del aire aspirado (la que no implica una intervención corporal).

Segunda, si es que la comprobación es positiva, el intervenido será conducido a un centro sanitario, a fin de que se le realice la prueba de intoxicación en sangre, pericia que sí constituye una intervención corporal, por lo que su adopción ha de ceñirse a lo previsto en el artículo 203.1 *in fine* del Código Procesal Penal de 2004, el cual señala que las medidas que disponga la autoridad requieren de una resolución del juez de la investigación preparatoria, previa solicitud del representante del Ministerio Público (principio de rogación)[61].

En caso de urgencia o peligro por la demora, la Policía Nacional o el Ministerio Público podrán efectuar medidas que restrinjan derechos fundamentales, bajo la obligación de solicitar inmediatamente la confirmación judicial, tal como se desprende del artículo 203.3 del mencionado Código.

Según lo anotado, solo podrá configurarse esta modalidad agravada de resistencia y desobediencia a la autoridad, cuando el sospechoso intervenido se niegue a realizarse el examen de sangre, previa resolución jurisdiccional debidamente motivada o, de forma excepcional, cuando el fiscal o la Policía lo ejecute, siempre que exista urgencia o peligro en la demora y se le haya informado de las garantías contenidas en el inciso 3 del artículo 210 del nuevo Código Procesal Penal.

Consecuentemente, si la Policía obra fuera de las excepciones que contempla el Código, pretendiendo realizar un examen de sangre al sospechoso, este, si es que se resiste a su realización, no será pasible de ser denunciado por el delito previsto en el artículo 368 del CP. Igualmente, los agentes policiales tienen el deber de informar previamente al conductor del vehículo de las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de su negativa a someterse a la prueba de alcoholemia.

El tercer punto es el concerniente al principio de proporcionalidad. Según este, la magnitud de la reacción punitiva ha de ser razonablemente adecuada a la gravedad del injusto penal así como del grado de reproche personal (culpabilidad). En efecto, el reconocimiento de este principio importa sujetar la respuesta penal a baremo de razonabilidad, que es un factor esencial para garantizar que la pena

(61) Véase más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal.* Ob. cit., pp. 684-691.

que se imponga sea resultado de una decisión conforme a sus fines preventivos, y no manifestación de una venganza pública (inaceptable en un Estado Social y Democrático de Derecho).

Presupuesto de pena es la comisión de un injusto penal reprochable a un sujeto con capacidad de responsabilidad penal: injusto y culpabilidad se constituyen en la fuente material y espiritual de todo el sistema de punición, que no puede ser vulnerado en aras de afianzar ciertos fines político-criminales incompatibles en el orden de valores constitucionales.

El principio de proporcionalidad significa, en otras palabras, la interdicción de la arbitrariedad pública, la prohibición de exceso y la vigencia de la "pena justa" o "proporcionada"(62).

El principio de prohibición de exceso o de proporcionalidad aparece primigeniamente como un límite al poder de policía para convertirse, más recientemente, en un principio esencial de Derecho Público, cuya aplicación cubre generosamente toda clase de medidas que afectan la libertad individual del ciudadano(63).

El principio de proporcionalidad, como principio independiente dentro de los principios de la sanción, recoge la creencia de que la entidad de pena –esto es, la aflicción que ella origina por su naturaleza e intensidad o por los efectos sociopersonales que desencadena– debe acomodarse a la importancia de la afección al objeto tutelado y a la intensidad de la responsabilidad concurrente(64).

El principio de proporcionalidad conecta los fines del Derecho Penal con el hecho cometido por el delincuente, rechazándose el establecimiento de conminaciones penales (proporcionalidad abstracta) o la imposición de penas (proporcionalidad concreta) que carezcan de toda relación valorativa con tal hecho, contemplado en la globalidad de sus aspectos(65).

En el primer ámbito de valoración, se toma en consideración el grado de jerarquización del bien jurídico protegido. En definitiva, la vida y la dignidad de la persona son los intereses jurídicos de mayor valor, seguidos por otros bienes personalísimos. Por ello, el delito de asesinato debe ser sancionado con más pena que un delito de robo. Precisamente, del principio de proporcionalidad se

(62) TOCORA, F. *Principios penales sustantivos*. Temis. Bogotá, 2002, p. 53.

(63) PEÑA CABRERA, R. *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general*. 3ª edición, Grijley. Lima, 1997, p. 84.

(64) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *La racionalidad de las leyes penales*. Trotta, Madrid, 2003, p. 162.

(65) SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1992, p. 260. Así, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *Fundamentos de Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, Madrid, 1993, p. 263.

desprende la necesidad de que el bien jurídico tenga la suficiente relevancia para justificar una amenaza de privación de libertad en general, y una efectiva limitación en concreto(66).

En cuanto al segundo elemento, es necesario remitirse a la esfera subjetiva del agente, o mejor dicho a su fuero interno, donde la energía criminal desplegada va a suponer una mayor intensidad antinormativa, y donde el dolo supone definitivamente una desvaloración que importa una mayor pena en comparación con la culpa.

La proporcionalidad toma en cuenta también la relación con el daño inferido al bien jurídico y con la trascendencia social del hecho (daño social). El Derecho Penal tiene un perfil motivador, formador de conciencia social, que sufre notorio desmedro con la ejecución del delito(67).

El principio de proporcionalidad, en sentido general, significa modular la sanción punitiva tomando en referencia el grado de afectación producido en el bien jurídico, no solo desde un aspecto material (antijuridicidad), sino también desde la esfera interna del agente (dolo o culpa)(68).

Importa la correspondencia que debe existir entre la intromisión en la esfera de libertad individual, y la gravedad del delito y el juicio de reproche culpable. De esta forma, se limita la intervención del *ius puniendi* en el ámbito de libertad a lo estrictamente necesario, a fin de garantizar los fines preventivos de la sanción punitiva. En otras palabras, la pena (tipo de sanción y su extensión) será proporcional a las condiciones que la hacen "necesaria"; en ningún caso pueden exceder esa necesidad(69).

Desde una perspectiva de la teoría de la prevención general positiva, se dice que "toda norma que contenga una pena alejada de proporcionalidad –por no ser adecuada a la gravedad del delito y a la culpabilidad del autor– estará acogiendo un mecanismo de sanción innecesario que no servirá de medio para reafirmar una norma, ya que esta no podrá servir de base de organización de las relaciones sociales"(70).

Es de advertirse que la pena prevista por el legislador en el último párrafo del artículo 368 del CP es más grave que la contenida en el artículo 274 *in fine*,

(66) CARBONELL MATEU, J. C. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 211.

(67) GARRIDO MONTT, M. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 46.

(68) Ibídem, p. 50.

(69) Ibídem, p. 49.

(70) Ibídem, p. 440.

pues mientras la primera es pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, la segunda es pena privativa de libertad no mayor de tres años, de forma que quien desobedece la orden impartida por el juez de someterse a la prueba de alcoholemia, recibe *in abstracto* una pena más severa que aquel que es perseguido penalmente por el delito de conducción de vehículo bajo la influencia del alcohol o de sustancias psicotrópicas (teniendo como prueba anticipada el examen de alcoholemia).

Lo anotado manifiesta una inadmisible asimetría punitiva entre ambos tipos penales. No es proporcional penalizar con mayor rigor el acto de resistencia contra la autoridad para evitar la prueba de alcoholemia, que la conducta comprobada del conductor de estar afectado con la ingesta de alcohol; máxime, cuando dicho examen pericial no constituye prueba plena para la acreditación del aludido injusto penal, al que deben sumarse otras evidencias demostrativas, susceptibles de enervar el principio de presunción de inocencia.

La jurisprudencia española es clara al señalar que en los supuestos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, no basta para emitir un juicio de culpabilidad la mera prueba del test de alcoholemia, sino que es necesaria una actividad probatoria incriminatoria que determine que el consumo de alcohol haya alterado realmente las facultades del conductor que nos permitan hablar de un hecho temerario(71).

La sola prueba preconstituida del examen de alcoholemia no constituye, entonces, la única evidencia necesaria para acreditar la comisión del injusto contenido en el artículo 274 del CP. Por tales motivos, no se puede decir con rayana seguridad que aquel conductor que se niega a pasar dicha prueba es culpable de dicho delito; dicho juicio de valor se basaría en una presunción legal contra el reo, inaceptable en un proceso penal acusatorio y garantista.

Parece que la necesidad de reafirmar radicalmente el principio de autoridad, así como de frenar la delincuencia en el tráfico automotor, ha llevado al legislador a contravenir el principio de proporcionalidad, tal como se observa en el artículo 380 del CP español(72).

Finalmente, sobre el último punto en discusión, conforme a la línea argumental expuesta, no cabe más que reprobar jurídicamente la inclusión de esta circunstancia de agravación, pues resultaba suficiente la redacción normativa del primer párrafo del artículo 368 del CP para disuadir y penalizar esta clase de conductas desvaliosas.

(71) Ibídem, p. 445.

(72) Ibídem, pp. 446-447.

Análisis del delito de abuso de autoridad

I. ANOTACIONES PRELIMINARES

Las máximas que sostienen la estructura fundacional del Estado Constitucional de Derecho repercuten sustantivamente en el marco de la actuación de los funcionarios y/o servidores públicos, en el sentido de que sus respectivas actuaciones han de comprometerse exclusivamente al servicio de los intereses generales, conforme a su consagración iusfundamental.

Desde los albores de las ideas republicanas, surgió la necesidad de crear instituciones orientadas a la prestación de los servicios públicos esenciales, a lo que se puso mayor atención con el nacimiento del Estado social, en el cual la actuación de la Administración Pública se centra en procurar el máximo bienestar de la comunidad, de modo que los actos de quienes desempeñan la función pública deben tener por finalidad la satisfacción de los intereses de los ciudadanos.

En un Estado de Derecho, la legitimidad de la actuación funcionarial depende de la observancia de principios constitucionales, de su legalidad y de su congruencia con los cometidos axiológicos que le atribuye la Ley Fundamental.

Es así que resulta imprescindible que los funcionarios públicos, con su actuación, no rebasen los parámetros que la normativa les impone. Esto significa que no están autorizados legalmente a proceder como les place o de forma libérrima, todo lo contrario, están obligados a observar estrictamente los mecanismos y procedimientos previstos en la ley y en la Constitución.

Es decir, si bien están legitimados a dictar órdenes, mandatos, resoluciones, dictámenes, de efectos jurídicos trascendentes para con los derechos subjetivos de los particulares, su actuación funcionarial debe respetar, en rigor, los ámbitos de legalidad que definen un acto arreglado a Derecho.

El hecho de que una persona esté investida de un cargo público no la faculta, y menos la legitima, a que obre en contravención a la ley, pues precisamente esta se encarga de delimitar su proceder funcionarial bajo criterios de razonabilidad,

ponderación y proporcionalidad, que son mecanismos de interdicción de la arbitrariedad pública.

Las garantías de un Estado Constitucional de Derecho hacen intolerable e injustificable, el uso arbitrario del poder, ahí donde el funcionario público pretende sustituir la voluntad de la ley con su propia voluntad, cuando reemplaza los fundamentos legales con sus propias razones, haciendo de la aplicación de la ley fuente de arbitrariedad, valiéndose de criterios subjetivos, antojadizos e irrazonables.

La tipificación del injusto penal de abuso de autoridad, tipificado en el artículo 376 del CP, supone una orientación de política criminal destinada a cerrar espacios de impunidad, cuando la conducta atribuida al funcionario público no se ajusta a los alcances normativos del resto de tipos penales que, de forma específica, regulan los comportamientos prohibidos que implican injustos típicamente funcionariales.

Por eso se admite que este tipo de "abuso innominado" solamente tendría aplicación supletoria: cuando los otros supuestos de abusos de autoridad específicos no sean aplicables(1).

Por consiguiente, la presente figura delictiva, se constituye en un ilícito penal subsidiario(2) y residual, pues solo resulta de aplicación cuando los injustos especiales funcionariales no pueden cobijar, en rigor, el comportamiento arbitrario imputable al funcionario público.

En tal sentido, un amplio sector de la doctrina nacional estima que la razón de ser de la inclusión de un tipo penal tan amplio como este radica en la intención del legislador de evitar vacíos normativos(3).

Concordamos que la justificación de penalizar esta conducta obedezca a motivos de política criminal. Y si bien su construcción normativa resulta muy abierta –tal como se desprende de su tenor literal–, ello puede salvarse si es que se fijan presupuestos y criterios de interpretación muy precisos, que permitan al aplicador encajar la conducta prohibida bajo la ratio de la norma, cuando estas signifiquen per se un atentado a la legitimidad de los actos funcionariales, bajo criterios de imputación objetiva.

(1) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Palestra Editores, Lima, 2001, p. 225; ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley, Lima, 1999, p. 87.

(2) Así, SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino.* Tomo V, 3ª edición, 8ª reimpresión, Tea, Buenos Aires, 1978, p. 136; ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 88.

(3) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 224.

La punibilidad proviene del hecho de que el funcionario actúa del modo que la ley no se lo permite, o no actúa cuando le obliga a hacerlo, o actúa de un modo prohibido por la ley o no previsto por ella(4).

Parafraseando a Soler, cabe apuntar que el interés de un Estado políticamente ordenado en el cumplimiento regular y legal de los actos de autoridad es tan acentuado, que aun cuando no se produzca la lesión de un derecho ulterior, se castiga el acto abusivo en sí mismo, como un modo de tutelar los valores ínsitos del orden jurídico como tal, en tanto el cumplimiento irregular y abusivo de los actos de autoridad puede ocasionar graves trastornos y perjuicios(5).

El delito de abuso de autoridad se erige como un freno al abuso del poder funcionarial, un mecanismo legal de contención de la arbitrariedad pública que distorsiona los objetivos de la Administración Pública en una sociedad democrática de Derecho.

El bien jurídico tutelado por la norma penal representa una finalidad político-criminal, enmarcada en los principios constitucionales rectores que rigen el funcionamiento de la Administración Pública en un Estado Constitucional de Derecho, dejando de lado cualquier atisbo axiológico que entrañe una imbricación a criterios metajurídicos.

Por ello, nos inclinamos por identificar a la legalidad de la actuación funcionarial(6) como el objeto de tutela penal, lo que permitirá la sanción de aquellas conductas de los funcionarios públicos que desbordan el ámbito normativo, y que son lesivas a los intereses generales de la comunidad.

Creus –comentando el CP argentino– apunta que los tipos penales referidos al abuso de autoridad protegen a la Administración Pública, preservando la regularidad de su funcionamiento y la legalidad de los actos administrativos(7).

En la doctrina colombiana, Bernal Pinzón señala que lo que se protege es el interés público, en el sentido de que las funciones públicas de las que están investidos los funcionarios públicos no sean utilizadas por estos para la comisión de hechos ilegítimos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes a los particulares(8).

(4) CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial.* Tomo II, 5ª edición, Astrea, Buenos Aires 1996, p. 257.

(5) SOLER, Sebastián. Ob. cit., p. 135.

(6) Cfr. FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial*. 14ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 815.

(7) CREUS, Carlos. Ob. cit., p. 256.

(8) BERNAL PINZÓN, Jesús. *Delitos contra la Administración Pública*. Temis, Bogotá, p. 161.

En la determinación de la objetividad jurídica de estas infracciones, Carrara expresó que el criterio que determina los límites del delito de abuso de autoridad es en parte positivo y en parte negativo. Es positivo en cuanto requiere que se haya cometido un abuso de autoridad lo suficientemente grave como para ser objeto de represión, y no de simples providencias disciplinarias. Es negativo en cuanto requiere que el abuso no haya sido cometido por el funcionario con el fin de procurarse a sí mismo el goce de un bien sensible, así como que no se trate de un verdadero y propio delito en su especie, sino que la criminalidad resulte únicamente de haber abusado de los poderes conferidos por la función pública(9).

II. TIPICIDAD OBJETIVA

1. Sujeto activo

La autoría adquiere en el presente injusto un carácter especial, en mérito a la construcción normativa que ha determinado que solo pueda ser sujeto activo el funcionario público (*intraneus)*, esto es, quien se encuentra investido de la autoridad que las leyes y la Constitución le confieren.

Al constituir un delito especial propio(10), los particulares (*extraneus*) se encuentran imposibilitados de ser autores, pues no pueden abusar de una función que no poseen: solo se puede hacer uso indebido de lo que se tiene(11).

Más aún, no puede tratarse de cualquier funcionario, pues este debe contar legalmente con **autoridad**: se requiere que los actos realizados sean idóneos y aptos para provocar un perjuicio al derecho de alguien, de modo que solo los actos administrativos, las resoluciones administrativas y las resoluciones judiciales cuentan con dicha potencialidad.

Cuando el funcionario es un ejecutor coactivo, que actúa en un procedimiento de cobranza coactiva, se configura la circunstancia agravante prevista en el último párrafo del artículo 376 del CP.

Si bien solo el funcionario con mando y autoridad, es exclusivamente autor de esta figura delictiva, debe precisarse que la acción es realizable "ordenando" y "cometiendo". En este último caso puede tratarse de un servidor público que no es propiamente una autoridad. Se trata de dos variantes del injusto penal que serán analizadas más adelante.

(9) Citado por FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 814.

(10) Así, BERNAL PINZÓN, Jesús. Ob. cit., pp. 161 y 162; CREUS, Carlos. Ob. cit., p. 260; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 227.

(11) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 91.

Si es que un particular interviene en la realización típica, mediando una contribución positiva, podría ser catalogado como un partícipe, sea como cómplice primario o secundario.

La coautoría no es desdeñable, siempre que se identifiquen dos o más funcionarios que compartan una determinada autoridad funcionarial en un ámbito específico de la Administración. Será necesario que la orden sea autorizada por dichos funcionarios o, en la modalidad de "cometer", sean dos o más servidores los que ejecuten la orden funcionarial.

La procedencia de la autoría mediata no resulta admisible, en el sentido de que el particular (*extraneus*), al no poseer la cualidad funcional que se exige para ser autor, no podrá ejercer un dominio funcional sobre el hombre de adelante (funcionario público). La participación delictiva del particular solo puede ser constitutiva de complicidad.

2. Sujeto pasivo

Siguiendo el patrón sistematizador propuesto, sujeto pasivo será el Estado como titular de toda la actuación pública que tiene lugar a través de los actos típicamente funcionariales de autoridad.

El tipo penal exige que el acto abusivo se cometa u ordene "en perjuicio de alguien". Con ello se revela que la conducta típica, en el segundo supuesto, debe significar un estado de probable lesión al derecho de un tercero, esto es, del administrado que puede verse afectado con la perpetración del injusto.

En tal medida, no debe considerarse que este injusto funcional se configure como un delito de resultado, en cuanto a la concreta afectación del administrado (particular). De ser así, se estaría desnaturalizando su esencia de delito "de peligro", cuya perpetración no está supeditada a la efectiva producción de un perjuicio individual, en el caso de la referida modalidad típica.

3. Modalidades típicas

El primer punto que debe de determinarse es lo concerniente al "acto arbitrario[12]", debiéndose definir con exactitud qué tipo de acto puede ser perjudicial para alguien. El acto debe trascender de la esfera estricta de la Administración[13], no puede tratarse de actos de la Administración, ni meras providencias o decretos, cuya incidencia jurídica no alcanza el desvalor contenido en el enunciado normativo.

(12) El CP argentino, en su artículo 248, prevé el dictado de resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales, la ejecución de órdenes o resoluciones de esta clase existentes, y la no ejecución de las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.

(13) Así, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 231.

¿Cuáles son entonces dichos actos? En primera línea adquieren dicha caracterización, los llamados "actos administrativos", cuyo dictado implica la creación, modificación o extinción de derechos subjetivos de los administrados.

El artículo 1.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General dispone: "Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de Derecho Público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta".

Según la norma indicada, se trata de decisiones que se producen en el seno de la Administración Pública, cuya propiedad más trascendente es la de generar derechos u obligaciones en los intereses de los administrados(14).

Así, en la ejecutoria suprema recaída en el R.N. Nº 5541-97-Piura-Tumbes, se dice que: "Para que se materialice el delito de abuso de autoridad, se requiere de parte del sujeto activo que haya cometido un hecho lo suficientemente grave como para ser objeto de represión penal, y no simple providencias disciplinarias"(15).

A partir de actos administrativos, materializados en resoluciones, se concede, por ejemplo, la pensión a un jubilado, se impone una multa a una empresa, se dispone la situación al retiro de un efectivo policial o militar, se dispone el cierre de un establecimiento comercial, se atribuye el derecho marcario, etc., esto es, una serie de actos que pueden resultar lesivos para los intereses jurídicos de los administrados.

Así, también tenemos en el ámbito de la administración de justicia, las resoluciones jurisdiccionales (autos y sentencias), cuyo dictado manifiesta, por ejemplo, el reconocimiento de un derecho subjetivo (v. gr. la propiedad), la privación de la libertad personal (v. gr. un mandato de detención preliminar), la imposición de una determinada suma de dinero por concepto de responsabilidad extracontractual, la obligación del pago de una deuda, etc.

Igualmente, el tipo penal incluye las decisiones fiscales, como, por ejemplo, la disposición que formaliza una denuncia penal o que solicita al juez penal la adopción de una medida limitativa de derechos.

Contrariamente, no pueden constituir abuso de autoridad los actos legislativos, por injusta que sea la ley; ni las sanciones disciplinarias arregladas a Derecho. Tampoco las resoluciones judiciales que condenan o absuelven a alguien con base

(14) Vide, al respecto, MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. *Delitos contra la Administración Pública*. Diké. Medellín, 1995, pp. 497-498.

(15) ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia penal*. Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 642.

en la sensibilidad u opinión del afectado[16]; para ello, el interesado cuenta con los mecanismos impugnativos previstos en la ley.

El segundo punto que debe precisarse es el término "arbitrario"[17]. Arbitrario es aquel acto administrativo o resolución judicial que resulta abiertamente incompatible con la legalidad aplicable, acaeciendo cuando el funcionario basa su decisión en criterios antojadizos o interpretaciones subjetivas carentes de razonabilidad.

Lo arbitrario exterioriza un desborde típico de la legalidad, cuando el *intraneus* en su resolución aplica la ley sin sujetarla a los presupuestos que la rigen o la aplica a supuestos de hecho que no se encuentran contemplados en ella. Es ahí donde el intérprete debe complementar la materia de prohibición –el concepto de lo arbitrario en el abuso de autoridad– remitiéndose a normas extrapenales (ley penal en blanco).

En la ejecutoria recaída en el Exp. Nº 1897-2000-Lima, se dice lo siguiente:

> "Respecto al delito de abuso de autoridad, previsto en el artículo 376 del Código Penal, es menester efectuar las siguientes precisiones: a) Tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público, en el sentido de que las funciones de las que están investidos los funcionarios públicos no sean utilizadas por estos para la comisión de hechos ilícitos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes o los particulares; b) La conducta abusiva, presupone la facultad o el poder de ejercer la función pública, de la cual hace un uso excesivo el funcionario público, siempre dentro del marco de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico; y c) Que, el precepto debe ser integrado por las normas de otras ramas del Derecho Público que son las que fijan las funciones de los órganos de la administración y, consiguientemente determinan la forma y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercitarlas lícitamente"[18].

Cabe precisar que no se configura la arbitrariedad propia del abuso de autoridad cuando el funcionario dispone un acto que no se encuentra comprendido en su esfera competencial legal (por ejemplo, el registrador que celebra el matrimonio entre homosexuales). Debe tratarse de un acto que se encuentra contenido en el marco de competencia funcionarial del agente, es decir, el funcionario debe ser legalmente competente para dictarlo, pero hacerlo en contravención a la ley.

(16) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 94.

(17) El CP colombiano, en su artículo 152, hace alusión no solo al término "arbitrario", sino también "injusto".

(18) ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia penal y procesal penal*. Idemsa, Lima, 2002, p. 730.

La arbitrariedad consiste en la oposición del acto a las leyes (el funcionario sustituye la ley por su propia voluntad[19]. El acto arbitrario –escribe Bernal Pinzón– se configura como un acto personal del funcionario, en cuanto refleja al hombre con sus pasiones, debilidades e imprudencias, y ya no al funcionario con sus deficiencias y errores[20].

En el abuso de autoridad el funcionario realiza algo a lo que está facultado, pero lo hace en situaciones que no corresponde y sabiendo (subjetivamente) su improcedencia[21]; por ello, presupone la existencia legítima de situaciones en las que el acto sí corresponde[22].

El interés teórico y práctico se concentra, por lo tanto, no en los supuestos en los que la orden o la disposición es jurídicamente imposible, sino en aquellos casos en los que el hecho consiste realmente en un abuso, es decir, en el uso incorrecto, arbitrario e improcedente de una facultad jurídica[23].

El abuso que está implícito en la conducta estructural del delito en examen, puede ser cometido también cuando el funcionario goza de determinado poder discrecional, pues sin duda este poder no puede autorizar al funcionario a hacer un ejercicio arbitrario de él[24].

Es en tal virtud que todas las decisiones que emiten los funcionarios con autoridad deben estar debidamente motivadas, como una garantía constitucional que no solo abarca las resoluciones jurisdiccionales, sino también las resoluciones administrativas[25].

Mediando la debida motivación, el funcionario debe explicar coherentemente las razones y motivos que justifican el sentido de su fallo, a través de un razonamiento lógico-jurídico lo suficientemente claro, que permita a los involucrados saber el por qué de la procedencia o improcedencia de su petición o pretensión. A partir del examen riguroso de esta garantía constitucional es que puede determinar si la decisión del funcionario es o no arbitraria.

Con relación a la arbitrariedad de la detención, nuestro Tribunal Constitucional, en la STC Exp. Nº 1091-2002-HC/TC, ha señalado:

(19) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 231.
(20) BERNAL PINZÓN, Jesús. Ob. cit., p. 169.
(21) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 816.
(22) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 93.
(23) SOLER, Sebastián. Ob. cit., p. 138.
(24) BERNAL PINZÓN, Jesús. Ob. cit., p. 169.
(25) Así, MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Ob. cit., pp. 501-503.

> "Dos son (…) 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 que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada" (fundamento jurídico 19).

En efecto, es sabido que las agencias de persecución penal se encuentran legalmente autorizadas para injerir en los derechos fundamentales de los sospechosos; lo que importa una tensión latente entre la libertad personal de quien se presume jurídicamente inocente (imputado) y el interés en la sociedad de que sea perseguido y debidamente sancionado.

Bajo tal premisa, la ley procesal penal y la Constitución Política atribuyen ciertas facultades a la Policía, al Ministerio Público y al Poder Judicial, por ejemplo, para detener preliminarmente a un imputado, pero para ello deben de concurrir los presupuestos formales y materiales que las normas procesales y constitucionales exigen para su adopción(26), de modo que si no se sujetan rigurosamente a dichos presupuestos, pueden incurrir en el delito de abuso de autoridad.

Sin embargo, debe precisarse que, en el caso de que el agente sea un juez penal, el abuso de autoridad puede verse desplazado por el tipo penal previsto en el artículo 419 del CP, que sanciona específicamente al "juez que, maliciosamente o sin motivo legal, ordena la detención de una persona o no otorga la libertad de un detenido o preso, que debió decretar", en mérito al principio de especialidad.

En suma, una detención arbitraria es toda aquella que se dispone sin concurrir los presupuestos que legitiman su adopción, cuando el funcionario que la dicta rebasa el contenido normativo que regula su imposición o no respeta los límites fijados por la ley, o cuando la detención permanece en el tiempo pese a haberse desvanecido los motivos que justificaron su dictado(27), o simplemente no concurren las razones que otorgan validez a su dictado.

A decir de Bovino, es evidente que el concepto de "detención arbitraria" no es un concepto cerrado, sino, por el contrario, es un principio que opera cuando, a pesar de estar cumplidos los requisitos constitucionales y legales, se verifica alguna circunstancia incompatible con los derechos y garantías protegidos en la

(26) Así, el artículo 135 del CPP de 1991, concordante con el artículo 268 del NCPP.

(27) Vide, al respecto, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. "Aproximación a una teoría constitucional de las medidas cautelares personales, con especial atención a la prisión preventiva". En: *APECC. Revista de Derecho*. Año IV, Nº 6, Lima, p. 29.

Convención Americana. Ello sucede, por ejemplo, cuando el motivo que funda la detención no se vincula a requisitos lícitos, sino a cualquier otra razón ilegítima, v. gr. la persecución de un adversario político[28]; casos en los cuales el funcionario público sustituye a la ley, empleando razonamientos o motivos que no se ajustan a la ratio de los presupuestos establecidos en la ley aplicable.

Al respecto, la Convención Interamericana de Derechos Humanos ha dado el siguiente concepto, en el Caso 10.247 y otros (Perú)[29]:

> "Una detención es arbitraria e ilegal cuando es practicada al margen de los motivos y formalidades que establece la ley, cuando se ejecuta sin observar las normas exigidas por la ley y cuando se ha incurrido en desviación de las facultades de detención, es decir, cuando se practica para fines distintos a los previstos y requeridos por la ley, la Comisión ha señalado también que la detención para fines impropios es, en sí misma, un castigo o pena que constituye una forma de pena sin proceso o pena extralegal que vulnera la garantía del juicio previo".

Por otro lado, el artículo 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que "nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios", oponiéndose de ese modo al abuso del poder de los funcionarios, cuando hacen de su competencia funcional un medio para la realización de su voluntad personal, sobreponiéndola sobre la voluntad general de la ley, bajo motivos carentes de razonabilidad o proporcionalidad.

Asimismo, nuestra jurisprudencia ha estimado que: "Al haber los efectivos policiales privado arbitrariamente de su libertad por más de veinticuatro horas al agraviado, sin haber sido puesto oportunamente a disposición de la fiscalía de turno conforme a ley, se ha acreditado el delito y la responsabilidad penal del acusado [por delito de abuso de autoridad]" (ejecutoria recaída en el Exp. Nº 3425-96-Lambayeque)[30].

Por último, debe precisarse que cuando el artículo 376 del CP hace alusión a un "acto", alude a la necesidad de que se realice una determinada "acción". Las arbitrariedades que puedan tomar lugar mediante "omisiones" deben ser subsumidas en el artículo 377 del CP, que específicamente sanciona al "funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo".

(28) BOVINO, Alberto. "La libertad personal en el sistema interamericano". En: *Justicia penal y derechos humanos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 70.

(29) Citada por BOVINO, Alberto. Ob. cit., p. 72.

(30) ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia penal*. Ob. cit., p. 632.

4. Modalidades del injusto típico

Conforme a su redacción legal, el delito de abuso de autoridad tiene dos variantes, que adquieren singularidad según su propia naturaleza. Según el artículo 376 del CP, el acto funcional abusivo puede tomar lugar mediante los verbos "ordenar" y "cometer".

La modalidad de "ordenar" puede ser cometida únicamente por los funcionarios revestidos con autoridad, a quienes la ley y la Constitución les han conferido potestades y poderes resolutivos en casos concretos, por ejemplo, en el decurso de un procedimiento administrativo o jurisdiccional. Se configura cuando el funcionario con autoridad encomienda a un órgano funcional el cumplimiento o ejecución de esa voluntad(31).

En palabras de Abanto Vásquez, en la modalidad de "ordenar" el sujeto activo solo puede ser una "autoridad" que, en el ejercicio de sus atribuciones (pero abusando de ellas) manda a otro (un funcionario o un particular) que ejecute determinado acto(32).

Los actos de autoridad se exteriorizan cuando el funcionario dicta un acto administrativo (resolución), ordenando la ejecución de un mandato, dirigido a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

Como enseña Soler, una resolución se transforma en orden cuando es confiada a un órgano del Estado con la conminación de ejecutarla o darle cumplimiento(33).

Dicha orden, para que sea legal, debe ser emitida por un funcionario con competencia funcionarial; de no ser así la conducta se trasladaría al tipo penal previsto en el artículo 361 del CP, que sanciona la usurpación de una función pública, ejerciendo funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene. Además, debe tener una finalidad pública, estar debidamente motivada y observar las formas prescritas por la ley.

Por ejemplo, cuando el juez ordena la prisión preventiva del imputado o cuando el ejecutor coactivo da por iniciado un proceso de ejecución, se afectan derechos subjetivos del justiciable o administrado. Su desvalor se revelará si tales decisiones no se ajustan a la normativa pertinente, no concurren sus presupuestos legales o no expresan las razones y fundamentos para su dictado.

(31) FONTÁN BALESTRA, Carlos. Ob. cit., p. 816.

(32) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 229.

(33) SOLER, Sebastián. Ob. cit., p. 140.

La realización típica de esta modalidad se define por la calidad ejecutiva de la resolución, cuando esta es susceptible de ser materializada por los órganos de la Administración, sin que, para su consumación típica, sea necesario que estos la ejecuten efectivamente. Esta afirmación es relevante para advertir la tipicidad autónoma de las dos modalidades del injusto típico. Como bien señala Bernal Pinzón, el simple ordenar un hecho ilegítimo constituye ya un abuso de poder cometido por el funcionario público que lo ordena(34).

Por ejemplo, "ordena" el director de rentas o de tributos que determina que un local comercial sea clausurado, sin embargo, no es necesario que el servidor público subordinado "ejecute dicha orden" para que se consume el delito.

Puede darse el supuesto en el que el funcionario público con autoridad sea quien a su vez ejecute su propia orden (v. gr. porque el inferior jerárquico competente está imposibilitado de hacerlo). Ello implicaría apreciar un concurso real de delitos, en la medida que ambas modalidades de abuso de autoridad se perfeccionarían, por un mismo funcionario, en momentos distintos.

La modalidad de abuso de autoridad referida a "cometer"(35) un acto arbitrario, puede suponer la realización material de la orden emitida por el funcionario con autoridad, por parte de un servidor público (sin autoridad): este, en virtud a los principios de jerarquía y obediencia, ejecuta la orden impartida por su superior (empero, según el caso, cada quien deberá responder por su propio injusto a título de autor).

En tal caso, es posible que el inferior jerárquico que ejecuta la orden sea eximido de pena, al amparo de una causa de justificación, concretamente de la "obediencia debida"(36)(37), siempre que concurran sus presupuestos de aplicación (inciso 9 del artículo 20 del CP). Sin embargo, dicha circunstancia –que elimina la antijuridicidad de la conducta– no puede admitirse ante órdenes manifiestamente antijurídicas (v. gr. una detención policial notoriamente antojadiza).

No obstante ello, debe precisarse que si, por ejemplo, el capitán de la comisaría ordena a su inferior que le dé una golpiza a un detenido, no se configurará el delito de abuso de autoridad, pues dicho acto no está comprendido dentro de sus

(34) BERNAL PINZÓN, Jesús. Ob. cit., p. 168.

(35) Sobre dicha terminología, Molina Arrubla alega que el vocablo "cometer" no pareciera ser ni el más técnico ni el más adecuado, en la medida que los actos no se cometen, sino que se realizan, se patentizan; véase MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Ob. cit., p. 495.

(36) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte general.* Rhodas, Lima, 2007, p. 112.

(37) Así, SOLER, Sebastián. Ob. cit., p. 140.

facultades legales; constituirá un delito común de lesiones, según la magnitud de la afectación a la integridad corporal de la víctima.

"Cometer" o ejecutar significa llevar a cabo, realizar, material o jurídicamente, el contenido de la orden, es decir, concretarla en los hechos, sobre las personas o las cosas(38).

Sin embargo, la modalidad referida a "cometer" no se encuentra subordinada necesariamente a la de "ordenar", pues en numerosos casos no existe un inferior jerárquico que cumple la orden de su superior (v. gr. detenciones policiales, realizadas de motu propio, fuera del caso de flagrancia delictiva, etc.). Estas formas de abuso de autoridad no dependen de una orden superior, son plenamente independientes de ella(39)(40).

La sistematicidad que debe respetar la construcción de los supuestos del injusto debería verse reflejada en una similar naturaleza de las dos modalidades del delito de abuso: "ordenar" y "cometer", sin embargo, consideramos –guiados por el principio de legalidad– que la primera se configura como un delito de mera actividad, mientras que la segunda como un delito de resultado.

"Cometer" un acto arbitrario se perfecciona cuando este incide efectivamente en los derechos de la víctima –v. gr. cuando se priva a un individuo de su libertad o se produce el desalojo de un bien inmueble–, exigiendo un resultado desvalioso(41).

En tal sentido, cuando un policía que obra ilegalmente por motivos ajenos a su voluntad, no llega aprehender al ciudadano, se configurará una tentativa del delito de abuso de autoridad en la modalidad de "cometer". Si dicha acción fue ordenada por su superior jerárquico, la conducta de este será un delito consumado de abuso de autoridad en la modalidad de "ordenar".

5. La necesidad de que el acto se cometa u ordene en perjuicio de alguien

El legislador, a fin de dotar al abuso de autoridad de sustantividad material, regló, en el presente precepto, un elemento que define el desvalor del resultado: que el acto abusivo se dirija en "perjuicio de alguien".

(38) CREUS, Carlos. Ob. cit., p. 258.

(39) Así, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 230.

(40) CREUS, Carlos. Ob. cit., p. 258.

(41) Así, Rojas Vargas señala que en el "ordenar", a diferencia del "cometer", no es necesario que el acto arbitrario llegue a concretarse, es suficiente que exista la orden para ello; vide ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 96.

La exigencia de este elemento es objetable. La construcción de los injustos típicamente funcionariales, que atacan principios constitucionales de la Administración Pública, suele alejarse de una visión material en el sentido de que para su consumación no resulta indispensable verificar la efectiva lesión del derecho de un administrado, bastando en todo caso la idoneidad de la conducta para afectar el principio de legalidad.

En tal sentido, Abanto Vásquez señala que el perjuicio debe ser entendido como la posibilidad de cualquier menoscabo sobre los intereses y derechos de cualquier persona distinta del propio funcionario(42).

En algunas legislaciones penales, como la argentina, no es necesario dicho elemento fáctico, siendo suficiente la realización del acto abusivo. Estimamos que esta debió ser la línea seguida por nuestro legislador al diseñar el artículo 376 del CP.

La exigencia de perjuicio puede generar problemas de interpretación de las dos modalidades de abuso de autoridad. "Ordenar" un acto arbitrario implica que lo ordenado solo debe estar dirigido a producir un perjuicio a alguien; se trata, por ende, de una modalidad de simple actividad, que no requiere que se produzca la efectiva causación de un perjuicio. En cambio, en el supuesto de "cometer", la realización material de la acción implica la concretización del perjuicio(43).

Se produce el perjuicio cuando se ocasiona una lesión o menoscabo a los derechos de otra persona(44); cuando un ciudadano se ve realmente perjudicado por la orden del funcionario, v. gr. con la pérdida de un bien, la privación de su libertad, etc.

Ese "alguien" a que hace alusión el tipo penal, debe ser de una persona identificable o individuo determinado. Es la persona susceptible de ser perjudicada por la orden emitida, o cuyos derechos subjetivos se lesionan cuando se comete el acto arbitrario.

Si bien este perjuicio puede configurarse de diversas maneras, debemos recordar que el delito de abuso de autoridad es de naturaleza eminentemente subsidiaria, por lo que será desplazado por tipos penales más específicos. En tal sentido, si, por ejemplo, el perjuicio importa un menoscabo al patrimonio estatal merced a la apropiación del funcionario a cargo, se configurará un delito de peculado; si es producto de una concertación en un proceso de licitación, se

(42) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 233.

(43) En la ejecutoria recaída en el Exp. Nº 3436-96-Lambayeque, se expone que: "El delito de abuso de autoridad requiere de un acto arbitrario y de un perjuicio para alguien; sino se acreditan dichos presupuestos cabe la absolución"; véase ROJJASI PELLA, Carmen. *Ejecutorias supremas penales*. Legrima, Lima, 1997, p. 234.

(44) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 98.

configurará el delito de colusión ilegal. Si el perjuicio es consecuencia (extratípica) del dictado de una resolución judicial contraria el texto de la ley, se configurará el delito de prevaricato.

6. Formas de imperfecta ejecución

Según la división de las modalidades típicas efectuada por el legislador en este delito, corresponde hacer un análisis separado de cada una de ellas.

La modalidad de "ordenar", como se dijo, revela una actuación de mera actividad, de modo que la consumación no está subordinada a la ejecución de la orden, menos a la concreción de un perjuicio en los derechos de alguien.

La modalidad de "cometer", en cambio, requiere de un resultado(45) o materialización de una concreta afectación a los derechos subjetivos del afectado. Ello posibilita la configuración de un tipo de imperfecta ejecución. Así, los actos realizados por efectivos policiales para detener ilegalmente a un individuo, que ya manifiestan un peligro objetivo, han de ser reputados como tentativa delictiva.

7. Tipo subjetivo del injusto

El delito de abuso de autoridad, en cualquiera de sus modalidades, únicamente resulta punible a título de dolo (conciencia y voluntad de la realización típica). El autor, por ende, debe ordenar o cometer el acto siendo conciente de su ilegalidad y de que puede perjudicar a alguien.

El aspecto cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal: la emisión de una orden arbitraria o la realización de un acto arbitrario, así como que estas se emprenden en perjuicio de alguien.

La "ilegalidad" de la actuación funcionarial se encuentra comprendida en la estructura del tipo penal, por lo que la conciencia de la antijuridicidad (error de prohibición) se entrecruza con la conciencia de la ilegalidad (error de tipo). Al poder aplicarse ambas reglas, debe preferirse aquella que sea más beneficiosa para el agente, es decir, las del error de tipo(46).

Aparte del dolo, no se exige la presencia de ningún elemento subjetivo de naturaleza trascendente. La maldad, la venalidad o cualquier otra clase de finalidad o propósito ulterior del autor, no es relevante a efectos de la tipicidad subjetiva.

(45) Ibídem, p. 99.

(46) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 235.

8. Agravante

El segundo párrafo del artículo 376 del CP agravaba el delito de abuso de autoridad en el siguiente sentido: "Cuando los hechos deriven de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años".

Sobre el particular, debe apuntarse que el abuso y la arbitrariedad en que pueden incurrir los funcionarios públicos, pueden acontecer en cualquier ámbito de los estamentos públicos, sea en un ministerio, en una municipalidad, en un juzgado, en un tribunal administrativo, etc.

Lógicamente, algunas de las resoluciones administrativas o judiciales arbitrarias, pueden implicar diversos grados de afectación sobre los derechos e intereses de los particulares (administrados o justiciables). Pero este no es un criterio relevante para la configuración el tipo básico, el cual se basa en el abuso de las atribuciones funcionariales: el acto es arbitrario o no es arbitrario, independientemente del sector de la Administración de donde provenga.

De modo que no es correcto estimar que un acto sea más arbitrario por el solo hecho de provenir de un procedimiento de cobranza coactiva, pues este no es un dato que genere a priori un mayor grado de antijuridicidad.

Si bien en la presente agravante no se habla de escalas de afectación a los ciudadanos, la única manera de entender el plus de desvalor que entraña, ha de verse en las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de un procedimiento de ejecución coactiva, en cuanto a la lesión de derechos subjetivos de los administrados(47).

Para aplicar la circunstancia agravante debe haberse iniciado el procedimiento de cobranza coactiva. Este, conforme al artículo 29 de la Ley Nº 26979, se inicia por el ejecutor mediante la notificación al obligado de la resolución de ejecución coactiva, la que contiene un mandato de cumplimiento de la obligación exigible coactivamente, dentro del plazo de siete días hábiles de notificado, bajo apercibimiento de dictarse alguna medida cautelar.

El procedimiento de "cobranza coactiva" importa el conjunto de actos destinados al cumplimiento de una obligación por parte del administrado. La obligación deriva de la acreencia impaga de naturaleza tributaria o no tributaria, o de la ejecución incumplida de una prestación de hacer o no hacer a favor de una entidad de la

(47) En la ejecutoria contenida en el Exp. Nº 462-Lima, se dice: "Se encuentra acreditado el delito de abuso de autoridad por cuanto ha quedado demostrado que la encausada, ejecutora coactiva de la Municipalidad, dolosa y arbitrariamente ha trabado embargo sobre bienes de la agraviada, quien no tenía ninguna obligación con la citada comuna"; véase ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia penal comentada: ejecutorias supremas y superiores 1996-1998*. Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 173.

Administración Pública, proveniente de relaciones jurídicas de Derecho Público (véase el inciso f) del artículo 2 de la ley).

El artículo 13.1 *in fine* de esta ley, dispone que la entidad, previa notificación del acto administrativo que sirve de título para el cumplimiento de la obligación, y cuando existan razones que permitan objetivamente presumir que la cobranza coactiva puede devenir en infructuosa, podrá disponer que el ejecutor trabe como medida cautelar previa cualquiera de las establecidas en el artículo 33, por la suma que satisfaga la deuda en cobranza.

Dicho artículo 33 establece una serie de formas de embargo como el embargo en forma de depósito o secuestro conservativo, que se ejecuta sobre los bienes que se encuentran en cualquier establecimiento, inclusive los comerciales o industriales u oficinas de profesionales independientes.

Las medidas cautelares que establece la ley, en el procedimiento de cobranza coactiva, son idóneas para afectar derechos e intereses de los administrados, de modo que si son ordenadas o ejecutadas arbitrariamente, darán lugar a la circunstancia agravante mencionada.

El delito de denuncia calumniosa

I. CONCEPTOS PRELIMINARES

La comisión de un hecho punible suele generar alarma en la población, que se ve conmocionada ante el menoscabo de los bienes jurídicos fundamentales. Aparece la necesidad de perseguir y sancionar el hecho criminoso, como una obligación del poder penal del Estado, que atribuye esa tarea a determinados órganos estatales.

Constituye un deber primordial del Estado ejercer la actividad persecutoria contra aquellos a quienes se le atribuye la comisión de un injusto penal; deber que asume el Ministerio Público como titular en el ejercicio de la acción penal.

En el proceso penal se persigue un interés social, es decir, la persecución no está sometida a la voluntad de la víctima o a la interposición de su denuncia, pues el fiscal tiene el deber indeclinable de realizar actos investigativos ni bien toma contacto de la noticia criminal. La denuncia es solo una de las formas a través de las cuales el persecutor público toma conocimiento de la comisión de un delito y emprende los primeros actos de investigación(1).

El Derecho Penal forma parte del Derecho Público, en cuanto a la prevención y sanción de aquellos comportamientos que lesionan las normas contenidas en el texto punitivo. De ello resulta que todos los ciudadanos se encuentran comprometidos con el deber de coadyuvar la promoción de la acción penal, en el entendido que ni bien toman conocimiento de un delito –sea de forma circunstancial (como testigos) o siendo víctimas de la conducta criminal– deben denunciar el hecho ante las agencias estatales.

De los dictados de un Estado Constitucional de Derecho dimana el principio de realización de la justicia, de fijar la responsabilidad penal que corresponda contra un individuo como autor de un delito; para ello se requiere previamente que se active la persecución penal, incidiendo en un plano investigativo, que significa el recojo, acopio y adquisición de las evidencias relacionadas con la perpetración de un hecho punible.

(1) PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal.* Tomo II, pp. 233-234.

Pero dicha actuación no puede tomar lugar si previamente la *notitia criminis* no llega a oídos de los órganos de persecución penal. No siempre la Policía o el fiscal tomarán conocimiento directo de la comisión de un delito, v. gr. por flagrancia o por la información que propalan los medios de comunicación social. No en pocos casos son los propios ciudadanos los que se encargan de proporcionar dicha información cuando interponen la denuncia respectiva, sobre todo cuando son víctimas del delito, instando la realización de las primeras diligencias investigativas, encaminadas a construir la hipótesis de incriminación.

La denuncia es toda aquella declaración de la víctima o un tercero a través de la cual pone en conocimiento al representante del Ministerio Público la presunta comisión de un hecho punible, y que incide en la iniciación de actos de investigación, tendientes a esclarecer el hecho y advertir la presencia o no de indicios suficientes de criminalidad, y a verificar si el relato fáctico cuenta con los elementos que lo hacen ver como una conducta delictiva(2).

La jurisdicción se diversifica y especializa en diversas áreas; entre ellas, tiene especial protagonismo la vía criminal, como aquella área judicial donde se tramitan las causas revestidas de una particular característica: las que manifiestan un contenido típicamente delictivo, es decir, que se refieren a aquellas conductas susceptibles de ser encajadas en los contornos normativos de los tipos penales comprendidos en la parte especial del CP.

Dicho lo anterior, aparece el principio de "reserva procesal penal", en cuanto la exclusividad del fuero penal, para ventilar únicamente, aquellos hechos que revelan una sospecha vehemente de criminalidad, en cuanto reconocimiento del *fomus comissi delicti*; el procedimiento penal no está confeccionado para tramitar aquellos conflictos que manifiestan meras desavenencias contractuales, incumplimiento jurídico-obligaciones o para dilucidar nulidades de actos jurídicos, para ello están las otras vías jurisdiccionales pertinentes.

Resulta todo un despropósito, que la justicia penal, se atiborre de causas, que no revelan un contenido punitivo; el principio de legalidad (**material y procesal**), exige que solo sean perseguidos los comportamientos, que tiendan a mostrar los elementos privativos de la teoría del delito, v. gr., tipicidad y antijuridicidad; y, si alguno de estos, no se advierte de las primeras indagaciones (**preliminares**), lo que procede es el archivo de la investigación y no la promoción de la acción penal. Precisamente, la sobrecarga procesal que aqueja la administración de justicia penal, es el cúmulo de procesos, por hechos que no merecen ser ventilados en esta vía, por no detentar los elementos sustanciales de delictuosidad.

(2) Ibídem, pp. 234-235.

Conforme a lo anotado, aparece la exigencia, de que quien denuncia un hecho –supuestamente punible–, debe presentar junto a su denuncia, evidencias, indicios y otros elementos de cognición pertinentes, que permitan inferir una sospecha de criminalidad; ello sin defecto, de la obligación de la fiscalía, de indagar los hechos, buscando el recojo de evidencias, que le permitan obtener una información lo suficientemente solvente, para decidir la situación jurídica de los sospechosos.

Se tiene también, que los ciudadanos, que buscan el amparo judicial, denunciando el hecho punible como víctimas, han de actuar en sujeción a los principios que guían la función jurisdiccional, esto es actuar de buena fe, en correspondencia con el principio de veracidad; de alegar aseveraciones fácticas que tengan un correlato con la realidad de las cosas, de presentar evidencias verdaderas y testigos –objetivamente imparciales–[(3)]. Ningún ciudadano, puede pretender, activar toda la maquinaria persecutoria estatal, para satisfacer un ánimo de venganza, de vindicta privada, hacia otro ciudadano[(4)]; presentando todo un bagaje de falsas evidencias, de testigos comprados y otras conductas fraudulentas, que significan una burla para la administración de justicia, comportamientos no tolerables en un Estado Constitucional de Derecho.

Conforme a la descripción mencionada, se justifica la intervención del Derecho Penal, cuando cualquier ciudadano, hace uso de la denominada "denuncia calumniosa", es decir, en términos normativos del artículo 402 del CP, cuando el agente **denuncia a la autoridad un hecho punible, a sabiendas de que no se ha cometido, o el que simula pruebas o indicios de su comisión que puedan servir de motivo para un proceso penal**.

Supone una grave ofensa a los principios que guían la actuación de la administración de justicia, la denuncia de un hecho, que se sabe a ciencia cierta, que no se ha cometido; no estamos hablando acá, del negligente, de quien sin informarse bien, denuncia una conducta, que no tiene contenido penal, pues no se asesora de un abogado; tampoco, de quien tiene una ligera sospecha, se deja llevar solo por rumores de los demás, y denuncia un hecho, que no cuenta con revestimiento punitivo. En la presente hipótesis delictiva, estamos ante un individuo, que sabe perfectamente, que el delito no se ha cometido, o que sindica a una persona como autor, no obstante conocer que fue otra la que cometió el hecho punible o, ante aquel temerario individuo, que confecciona indicios y evidencias, para que puedan ser empleados para la persecución penal de un determinado ciudadano.

(3) Así, MESTRE DELGADO, E. *Delitos contra la Administración de Justicia.* p. 616.

(4) Vide, al respecto, RUIZ VADILLO, E. "Delitos de acusación y denuncia falsa". En: *Delitos contra la Administración de Justicia*. pp. 79-80.

La razón de ser de este delito se sustenta en que la justicia en el Estado Social de Derecho proclamado en la Carta Política está construida sobre el principio de buena fe y los deberes de las personas, lo que deriva en la obligación de actuar ante la administración de justicia en forma veraz, para que esta pueda ser impartida de manera justa y eficaz(5).

Vemos que la denuncia calumniosa es "directa" cuando se denuncia falsamente la comisión de un hecho punible, e "indirecta", cuando se refiere a la simulación de pruebas e indicios.

II. BIEN JURÍDICO

Si seguimos en estricto, la rotulación empleada en esta capitulación de la codificación, diríamos que el objeto de tutela es la correcta administración de justicia, mas con ello no decimos todo, pues la perpetración del delito de denuncia calumniosa imbrica en sus efectos perjudiciales, otros intereses jurídicos. De ahí que tengamos que definir con precisión si es que estamos frente a un delito **pluriofensivo**, a partir de los derechos fundamentales que entran en juego, cuando sobre un individuo se formula una denuncia mendaz.

Lo dicho resulta importante, al no resultar posible identificar un bien jurídico homogéneo, en todas las figuras delictivas que se comprenden en la capitulación; siendo que cada figura en particular presenta sus propias aristas que le otorgan una singular materialidad típica.

Es de verse que la formulación de una denuncia penal puede propiciar una serie de consecuencias sobre la persona del sindicado (sospechoso); primero, la realización de una serie de actos de investigación, que en algunos casos, supone la limitación, afectación o restricción de derechos fundamentales, v. gr., interceptación telefónica, incautación de documentos, allanamiento domiciliario, etc. y otras medidas de coerción, de naturaleza real, como el embargo preventivo y el secuestro, incidiendo en una merma en los derechos reales esenciales de los bienes (patrimonio)(6); a su vez, se hace pública la denuncia ante los medios de comunicación, apareciendo en los titulares de la prensa, el nombre del denunciado como presunto culpable de la comisión del delito, no olvidemos que para los medios, el principio de presunción de inocencia no tiene ningún valor informativo. Por consiguiente, se pone en tela de juicio, la honorabilidad y prestigio del denunciado, con el menoscabo que ello significa, en sus diversas relaciones con el resto de la sociedad. A la par surge la desconfianza, el recelo, hacia su persona, en evidente

(5) BARRETO ARDILA, H. *Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia.* p. 15.

(6) Medidas que inclusive podrían afectar a personas (naturales o jurídicas), que no son objeto de imputación delictiva, en cuanto a la figura del tercero civil responsable.

desmedro de su cotidiano proceder; el honor, la intimidad y su prestigio son intereses jurídicos que pueden verse afectados ante una denuncia calumniosa, que solo pueden ser tolerados, ante la presencia de verdaderos indicios de criminalidad. Y, lo que es más grave, es la posible pérdida de libertad ambulatoria del sujeto pasivo, sea en el decurso de las investigaciones preliminares, vía una detención preliminar judicial o, en el marco del proceso penal, a través del dictado de una prisión preventiva; estamos hablando de una lesión de intensa magnitud, en cuanto afectación a un bien jurídico de alta trascendencia constitucional.

Debe agregarse que la imputación delictiva –que recae sobre el sujeto pasivo de la acción– le exige a aquel la necesidad de acoger y presentar evidencias, tendientes a refutar y/o contradecir las aseveraciones fácticas que recogió como valederas el persecutor público de la denuncia del supuesto agraviado (autor del delito de denuncia calumniosa), por más que se diga que en un modelo mixto o acusatorio, la carga de la prueba recae sobre el órgano de persecución penal; para lo cual ha de contratar un abogado, si es que pretende demostrar la debilidad de la hipótesis de incriminación y así poder solicitar la revocación de la prisión preventiva u otra medida restrictiva de derechos fundamentales.

La dinámica de la comisión del delito demuestra que se produce un ataque directo e inmediato a la administración de justicia, cuya consecuencia es que esta adopta una serie de medidas jurisdiccionales contra una persona inocente, lo que conlleva una puesta en peligro, o lesión de bienes jurídico-individuales de la persona ofendida(7).

No se puede decir, entonces, que solo el "honor" de la víctima, se vea afectado, como consecuencia de la comisión del injusto contenido en el artículo 402 del CP, al estar comprometidos otros intereses jurídicos, como la intimidad, la libertad personal y el prestigio del falsamente denunciado; debiéndose decir que dichos intereses se ven ya amenazados de ser lesionados, desde el momento en que inicia formalmente la persecución penal estatal.

Para un sector de la doctrina nacional, lo que se busca es resguardar a los órganos jurisdiccionales de los engaños llevados a cabo por los sujetos sobre la existencia de un hecho punible(8).

En la actualidad, la doctrina mayoritaria entiende que se trata de un delito pluriofensivo que vulnera tanto el interés del Estado en la administración de

(7) GARCÍA-SOLÉ, M. *El delito de acusación y denuncia falsas.* p. 84.

(8) ROSALES ARTICA, D. "El delito de denuncia falsa en el Código Penal peruano". En: *Delitos contra la administración de justicia*. Idemsa, Lima, 2010, p. 354.

justicia como el honor, pese a que nadie entiende si este último solo es objeto de una protección indirecta o subsidiaria(9).

A decir de Ruiz Vadillo, el fundamento del delito ha de encontrarse en la lesión del honor que, desde luego, prevalece, en este caso, sobre las perturbaciones procedimentales que pudieran producirse(10). Así, Vives Antón, quien sostiene que la acusación y denuncia falsas son básicamente delitos contra el honor, es decir, una calumnia o injuria agravada por las especiales circunstancias en que se realiza (ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a la averiguación del delito). Aunque no cabe negar, dice, que el interés del Estado en el buen funcionamiento de la administración de justicia se haya tomado en consideración; este, por sí solo, no justificaría la punición ni la diferencia de penas que se establecen con las de la calumnia y la injuria(11).

Desde otro enfoque, Manzini, apunta que el objeto específico de tutela penal es el interés concerniente al normal funcionamiento de la actividad judicial (…), por cuanto conviene impedir que esa actividad, en su aspecto relativo a la declaración de certeza y a la represión de los delitos, pueda ser determinada por la simulación ajena a proceder **por un delito imaginario, son que el simulador haya inculpado a una determinada persona**(12).

A nuestro parecer, sobredimensionar el enfoque personalista, en la figura de denuncia calumniosa, importa desconocer la esencia sustancial de esta familia delictiva, donde la plataforma se construye sobre las funciones jurisdiccionales en un Estado Constitucional de Derecho; donde la activación del aparato persecutorio estatal, ante hechos –no constitutivos de un ilícito penal–, sabedor el denunciante de dicha condición, supone afectar el correcto funcionamiento de la administración de justicia de forma específica, el principio de "reserva procesal penal", que se ve significativamente afectado, propiciando un desgaste innecesario de la labor persecutora y jurisdiccional, en cuanto al uso de tiempo, dinero y recurso humano.

González Rus es de la idea de no determinar el bien jurídico protegido desde la perspectiva exclusiva del honor y, por lo tanto, de la calumnia. En primer lugar, dice, porque si el contenido sustancial de ambos delitos fuera idéntico, no tendría sentido la existencia de dos figuras delictivas semejantes, ubicadas en dos títulos distintos. En segundo lugar, porque si la falsa imputación puede afectar de la misma manera a otros bienes jurídicos de los que es titular el sujeto (libertad y patrimonio),

(9) RUIZ VADILLO, E. *Delitos de acusación y denuncia falsas,* p. 83.

(10) Ibídem, pp. 83-84.

(11) VIVES ANTÓN, T. S. *Comentarios al Código Penal.* Vol. IV, p. 1914; Así, ORTS BERENGUER, E. *Derecho Penal. Parte Especial.* p. 965.

(12) MANZINI, V. *Tratado de Derecho Penal.* Tomo X, p. 93.

no se ve la razón de que su sentido haya de polarizarse únicamente alrededor del honor. Ello supone desconocer la trascendencia que la intervención judicial tiene o puede tener para otros derechos individuales del falsamente acusado, que puede verse sometido desde a una prisión preventiva al embargo de sus bienes, y, desde luego, siempre, a la zozobra e inquietud que despierta la actuación judicial(13).

En la doctrina nacional, se dice, que si bien es cierto que el artículo 402 del Código Penal puede guardar alguna relación o intencionada similitud con la descripción de los delitos de calumnia e injuria, ello no significa que el delito de denuncia falsa persiga también la protección penal del honor personal del falsamente denunciado (de ahí que no nos encontremos ante un caso de delito pluriofensivo, pues tal solamente se configura cuando por los menos son dos los objetos de protección penal(14)).

Hay que tener cuidado, cuando hacemos afirmaciones de calibre como el anotado; muchas veces, el legislador penaliza ciertas conductas, sin tomar en cuenta que la incriminación puede importar la afectación de varios bienes jurídicos, como sucede en el caso del robo y en la extorsión y, ello no quiere decir, de ninguna manera, que la libertad, la inviolabilidad personal y la salud del sujeto pasivo, no puedan verse amenazados. Lo que sucede, es que la realización típica (objetiva), de ciertas figuras delictivas, cuentan con ciertos elementos, identificables en otras figuras delictivas(15); donde el aspecto medular tiende a representar un interés jurídico predominante, que en los casos propuestos, vendría a ser el patrimonio de una persona; por tales motivos, consideramos que en el caso particular de la denuncia calumniosa, el objeto jurídico es en definitiva la correcta administración de justicia, sin defecto de poder verse afectados otros intereses jurídicos individuales, pero que juegan un rol subsidiario y accesorio(16)(17).

Resulta importante citar a García-Solé, que ha realizado un estudio a profundidad, del tema en discusión, quien señala que: "(…) no quede orillado un efecto inevitable, concatenado al propio ataque a la administración de justicia, que no es otro que el de la interrelación entre la indebida actividad jurisdiccional y los perjuicios que sobre los bienes jurídico-individuales de la persona ofendida se pueden causar mediante la comisión de un delito de acusación y denuncia falsas.

(13) GONZÁLEZ RUS, J. J. *Delitos contra la administración de justicia (I).* p. 494.

(14) ROSALES ARTICA, D. *El delito de Denuncia Falsa en el…,* Ob. cit., pp. 352-353.

(15) La intercesión de los elementos de tipificación penal es algo muy común en nuestro texto punitivo.

(16) En opinión de MESTRE DELGADO, este puede sufrir, indudablemente, un desprestigio personal al verse acusado como responsable de un hecho delictivo, pero este daño es colateral y accesorio a la esencia del ilícito, y queda absorbido en el delito más grave, que sin duda es el de acusación y denuncia falsa; *Delitos contra la Administración de Justicia.* Ob. cit., p. 616.

(17) Vide, al respecto, FRISANCHO APARICIO, M. *Delitos contra la Administración de Justicia.* pp. 26-27.

El problema entonces radica en cómo articular la tutela de esos bienes en el ámbito de protección de la norma"[18].

Cuando el acento del disvalor de la conducta incide en el honor del ofendido, la tipificación penal se desplaza a la figura delictiva de calumnia, conforme al tenor normativo contemplado en el artículo 131 del CP, y si la imputación falsa del hecho delictivo toma lugar a través del conocimiento (denuncia) que el agente procede a efectuar, la tipificación se traslada al artículo 412 del CP, donde la reacción punitiva, es más severa, al verse afectados una pluralidad de bienes jurídicos, siendo en primer rango, la administración de justicia.

En resumidas cuentas, somos partidarios de la tesis de la **pluriofensividad**[19], con los matices que se han señalado, en el sentido, de que si bien la sustantividad penal del injusto de denuncia calumniosa, importa una perturbación al normal funcionamiento de la administración de justicia, de forma particular a la vía penal, cuando se activa innecesariamente la maquinaria persecutoria del Estado así como la sancionadora, ello no es óbice a reconocer que ni bien se formula la denuncia y es acogida por los entes de investigación, se colocan en un estado de riesgo y amenaza bienes jurídicos individuales del sujeto denunciado, como el honor, la intimidad, la libertad y otros.

Como bien anota Bernal Pinzón, con el solo hecho de que subsista el peligro de una investigación penal como consecuencia de una falsa imputación, ya se han puesto también en peligro intereses particulares que son merecedores de una especial tutela penal. No debe creerse que tales intereses individuales solamente se ofenden cuando se ha dictado la sentencia condenatoria, porque eso sería dejar sin amparo un interés que ha sido expuesto injustamente a padecer situaciones injustas[20].

La tesis de la **pluriofensividad** se cae en el caso de la tercera modalidad del injusto, cuando el autor se atribuye **falsamente la comisión de un delito o que ha sido cometido por otro**; en tanto, el honor es un bien jurídico disponible por su titular, por ende, no puede decirse que este se habrá lesionado, cuando de forma libre y voluntaria, se coloca en un estado de aptitud de afectación.

III. TIPICIDAD OBJETIVA

Antes de emprender el examen, de todos los elementos componedores de la tipicidad penal, cabe anotar, que la falsedad a que se hace alusión en la construcción

(18) GARCÍA-SOLÉ, M. Ob. cit., p. 83.

(19) Así, MONTERDE FERRER, F. *Comentarios al Código Penal,* 5, p. 3256.

(20) BERNAL PINZÓN, J. *Delitos contra la Administración Pública.* p. 294.

normativa, puede ser vista, desde un doble plano a saber: primero, que el hecho punible nunca fue cometido y, segundo, que este sí se perpetró, pero su autor, es persona distinta a quien el agente le atribuye su comisión. Y si de todas maneras se cometió el delito, pero el agente (autor), pensaba equívocamente que este no se perpetró, por lo que intencionadamente lo denunció, para perjudicar al denunciado, no se habrá cometido el delito, pues, los órganos de persecución penal están obligados a perseguir el delito, al margen de las motivaciones que impulsan el proceder de los denunciantes; por consiguiente, la objetividad material de los hechos denunciados, determinan la realización típica de la conducta.

La "falsedad", entonces, ha de corresponderse en términos "objetivos". Es decir, el delito no se configurará, a pesar de que el denunciante haya formulado una denuncia sin mayor base que sus propios dichos, motivado por una actitud de venganza, si ulteriormente la fiscalía demuestra, que sí se cometió en realidad. Todo ello, al margen, de las consecuencias que pueden derivarse del error de tipo.

Lo que se exige es que **los hechos que se imputan no sean ciertos** ("hechos que, de ser ciertos": luego tienen que ser falsos) y precisamente el que no sean es, con independencia de lo que crea el sujeto, lo que hace **falsa** la imputación[21].

1. Sujeto activo

Autor de este injusto penal puede ser, en principio, cualquiera; la construcción típica no exige una cualidad especial, para acreditar dicha posición sustantiva; no obstante, ha de advertirse, que un enajenado no podría cometer este delito, por la sencilla razón de que el ordenamiento jurídico no le reconoce dicha capacidad legal, en el caso del impúber, habría de interponerla a través de su representante legal.

Cuando la simulación –directa o indirecta– de las pruebas o indicios, es efectuada por un miembro de la Policía Nacional o por el representante del Ministerio Público, que puedan servir de sustento para un proceso penal por tráfico ilícito de drogas, resulta de aplicación la circunstancia agravante prevista en el segundo párrafo del artículo 402 del Código Penal.

Es sabido que resulta admisible la interposición de una denuncia penal, a través de apoderado o representante legal, siendo que la persona del representante desconoce la falsedad de la argumentación –fáctica y jurídica–, propuesta por su representado. Resultando que esta última, es la que incoa –de forma mendaz–, el aparato persecutorio estatal, por lo que el dominio del hecho, la tiene el hombre de atrás, dando lugar a una "autoría mediata"; donde el hombre de adelante,

(21) GONZÁLEZ RUS, J. J. Ob. cit., p. 496.

al actuar desconociendo la ilicitud de la conducta, se encuentra exonerado de responsabilidad penal.

Cuando son dos los sujetos que interponen falazmente la denuncia penal, es decir, en co-dominio del hecho, sabiendo ambos que el delito nunca se cometió o que fue perpetrado por persona distinta, toma lugar una coautoría; siendo la denuncia un escrito provisto de ciertas formalidades, deberá ir firmado por ambos coautores.

No podemos descartar una instigación cuando la persona de atrás convence al hombre de adelante a que este último interponga una denuncia calumniosa o mediando la simulación de pruebas o indicios de la perpetración de un hecho punible, que puedan incidir en la iniciación de un procedimiento penal.

Vemos también una particular modalidad típica, en el caso de quien falsamente se atribuye la comisión de un delito que no ha cometido o que ha sido cometido por otro; estamos, ante una situación sui géneris, pues la denuncia, por lo general, importa la atribución de un delito a otro. En esta hipótesis, suena más a una especie de confesión, de quien acude ante los órganos de persecución penal y, se autodeclara culpable de la comisión de un injusto penal; hecho punible que puede haberse no cometido o su comisión es obra de otra persona. Se trataría de un delito de propia mano, en tanto solo puede ser configurado por quien se declara culpable de la comisión de un hecho punible ante los órganos predispuestos; si es que es otro, que le atribuye la perpetración de un delito a un tercero, toma lugar la primera modalidad del injusto penal.

2. Sujeto pasivo

En principio puede ser cualquier persona, mas debe distinguirse con propiedad el sujeto pasivo de la acción, esto es, el ciudadano, a quien se le atribuye la perpetración del injusto penal, del sujeto pasivo del delito, condición que únicamente puede recaer en el Estado[22], como titular de la actividad jurisdiccional, que se ejercer a través de los jueces de la República[23].

La imputación ha de dirigirse contra persona "viva", pues solo con esa condición puede producirse un procedimiento contra alguien[24]. En cambio, es indiferente que el falsamente imputado sea un inimputable o un menor, pues en relación con ellos también se dará lugar a una indebida provocación de actuaciones

(22) Así, FRISANCHO APARICIO, M. Ob. cit., p. 28.

(23) Vide, al respecto, GONZÁLEZ RUS, J. J. Ob. cit., p. 495.

(24) Ídem.

judiciales[25]; máxime, si lo que se define en la construcción normativa es la imputación de un hecho punible, que puede ser cometido por cualquiera, inclusive por un enajenado o por un impúber, el tema del juicio de culpabilidad incide ora en la tipología de la sanción punitiva ora en la jurisdicción competente.

Puede denunciarse a más de una persona, donde la falsedad de la imputación delictiva así como la simulación de los indicios de crimen, debe recaer sobre todos los denunciados, pues si sobre uno la imputación jurídico-penal es verdadera o los indicios dan lugar a una hipótesis real de incriminación, solo habrá que admitir la denuncia calumniosa sobre uno de ellos. El tema del concurso delictivo será analizado –líneas adelante–.

El tema de las personas jurídicas resulta discutible; se dice que las empresas gozan de prestigio y no de honor, a menos que la atribución de la comisión de un hecho punible, de cierta forma, haya de inferir una cierta determinación de las personas a quienes se dirige la imputación, por ejemplo, contra los administradores de la *societas*; los reparos para poder concebir dicha condición jurídico-penal estriba en la incapacidad de las personas jurídicas para delinquir (*societas delinquere non potest*)[26].

3. Modalidad típica

3.1. Denuncia

La denuncia debe ser entendida en su contexto jurídico-normativo, lo que descarta los anónimos[27], las informaciones confidenciales, los reportes a las "líneas anticorrupción", las noticias, y en general todo relato de hechos sin las formalidades exigidas por la ley (juramento y autoridad)[28], así como dejar evidencias o noticias en el escritorio de la autoridad competente; no se trata como la legislación española, donde en su artículo 456 se emplea el término **imputar**; al haberse optado por "denunciar", hemos de acoger una concepción formal, conforme lo que se exige en la ley procesal penal y en las directivas del Ministerio Público; por tales motivos, el agente ha de sostener una imputación delictiva, que sin ser jurídicamente precisa en los términos de la tipificación penal (*nomen iuris*), ha de acoger una sustentación fáctica y jurídica, respaldada por las evidencias que se adjuntan en el escrito, firmado por el denunciante y su abogado.

(25) QUINTERO OLIVARES, G. y GARCÍA-SOLÉ, M. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal.* Tomo III, p. 1770; GONZÁLEZ RUS, J. J. Ob. cit., p. 496.

(26) PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo I, Idemsa, Lima, 2008, pp. 342-343.

(27) Así, GONZÁLEZ RUS, J. J. Ob. cit., p. 499.

(28) BARRETO ARDILA, H. Ob. cit., p. 15.

La realidad es que cualquier interpretación que se dé al verbo **denunciar** tendrá que restringirse a su valor jurídico y procesal, puesto que la ley penal es restrictiva en este sentido. Ampliar el campo de acción de la pena a casos no previstos expresa y claramente en la norma, es **analogía**(29).

La denuncia al ser valorada como un acto formal, que el declarante depone ante la autoridad estatal competente, tiene que tener un individuo –plenamente identificado y determinado– como autor y/o partícipe de la comisión de un hecho punible. No puede concebirse en serio, que en el tipo penal de denuncia calumniosa, no requiere necesariamente que se impute a un tercero un hecho falso punible, por la sencilla razón de que la concepción de **denuncia, que debe acogerse, en los términos formales y normativos, presupone obligatoriamente, que la imputación delictiva recaiga sobre un individuo determinado; de no ser así, la denuncia caería en saco roto, porque simplemente, los órganos de persecución penal solo pueden proceder a calificar dicha denuncia, cuando se tiene identificado al sindicado o sospechoso**; una postura en contrario, implicaría extender ampliamente el ámbito de protección de la norma, lo cual no se ajusta a la teleología que persigue este precepto penal. Y con ello no queremos decir que este tipo penal tienda a proteger el honor del denunciado de forma preponderante.

Tiempo atrás, se admitía la formulación de denuncias sin **destinatario de la imputación, cuando se sostenía lo siguiente:** "(…) contra los que resultan responsables"; luego con la sanción de cierta normativa, el Ministerio Público exige que los sospechosos estén debidamente identificados, no necesariamente con su nombre exacto, pues la plena identificación puede tomar lugar en las primeras indagaciones que efectúen los órganos de persecución; si es que resulta posible identificar el título de la imputación, mas ello no es requisito indispensable para dar por admitido el injusto de denuncia calumniosa. Por consiguiente, ante denuncias –así elaboradas– no hay posibilidad de poner en riesgo la buena marcha de la administración de justicia, por la sencilla razón de que al no prosperar la denuncia no se activará el aparato persecutorio del Estado.

El juicio de imputación delictiva debe construirse a partir de las evidencias e indicios que el autor (agente) acusa en su denuncia y, no partir de los actos de investigación de los órganos de persecución penal, pues estos últimos podrían recoger una mera referencia y elaborar la hipótesis de incriminación, sobre evidencias inexistentes.

Por otro lado, la denuncia (**imputación delictiva**), debe tener una base objetiva lo suficiente idónea para que se advierta la presunta comisión de un hecho punible; debiéndose descartar de plano –por inidóneas– aquellas que sostienen el juicio

(29) FERREIRA D., F. J. *Delitos contra la Administración de Justicia.* p. 207.

de imputación en elementos imaginarios, supersticiosos, burdas, carentes de toda razonabilidad[30], han de ser desdeñados por las agencias de persecución; v. gr., la probable matanza de la población por parte de seres extraterrestres o la violación de un cadáver. Son todas aquellas, donde la falsedad objetiva de los elementos de configuración es más que evidente.

3.2. Autoridad

El artículo 456 del CP argentino hace alusión a **funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación** (...).

La "denuncia penal" importa un escrito que tiene como destinatario la autoridad encargada de investigar y perseguir del delito, cuando se trata un hecho punible, perseguible por acción penal pública.

Según nuestro modelo iusfundamental, la autoridad encargada de perseguir e investigar el delito es el representante del Ministerio Público, tal como se desprende del artículo 159, inciso 4); el fiscal, quien se erige en el director y conductor de la investigación; a tal efecto, los agentes de la PNP coadyuvan en esta función, a través de su actuación en las diversas áreas de criminalística, conforme al precepto constitucional contenido en el artículo 166, concordante con el artículo 321.2 del nuevo CPP.

De acuerdo a las aristas de un modelo procesal "acusatorio", supondría, en principio, que las denuncias solo pueden ser interpuestas ante el Ministerio Público; lo que no es siempre así, puesto que las conductas delictuosas, no en pocas oportunidades, son objeto de denuncia ante las comisarías del sector, en vista de su cercanía con la población. No obstante, los agentes policiales, que recogen la noticia criminal, están en la obligación de dar conocimiento inmediato de los hechos, al fiscal competente; máxime, cuando hay detenidos y se tenga que formular la denuncia penal a los órganos del Poder Judicial competentes.

Dicho lo anterior, inferimos que la "autoridad", a que se hace referencia normativa en el artículo 402 del CP, son los representantes del Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú.

Ahora bien, así como la denuncia penal por un hecho punible, perseguible por acción penal privada, se formula ante los órganos de persecución penal; vemos que en el caso de la "querella", por delitos perseguibles por acción penal privada, sucede algo particular, en la medida en que la denuncia se presenta directamente ante el órgano jurisdiccional competente; de manera que en esta clase de injustos

(30) Así, MANZINI, V. Ob. cit., p. 96.

penales, la "autoridad competente" será el juzgador, así se desprende del artículo 303 del C de PP y del artículo 459 del nuevo CPP.

Por último, en el caso de aquellos delitos (**funcionariales**), que son cometidos por aquellos funcionarios del Estado, comprendidos en el artículo 99 de la Ley Fundamental; al estar revestidos dichos sujetos públicos, de la prerrogativa del antejuicio político, la denuncia debe presentarse ante el Congreso de la República.

La autoridad no necesariamente debe ser la competente para avocarse a la investigación de los hechos, sea por razón de jerarquía o de turno; igual se cometerá del delito –*in examine*–, en tanto aquel está obligado a remitir la denuncia a la autoridad competente(31).

3.3. Hecho punible

Nuestra ley penal se inclinó por recoger el término "hecho punible", en vez de la legislación española, donde se hace alusión a **infracción penal**, mientras que el artículo 435 del CP colombiano, habla de **conducta típica**.

Al describir nuestra *lege lata* "hecho punible", parece salirse de una descripción meramente formal del hecho atribuido, para penetrar en una conducta susceptible de ser alcanzada con una pena; por tales motivos, podría decirse, que aquel comportamiento típico, pero cobijado por una causa de justificación no merecería tal reproche, en tanto, el injusto penal comporta una valoración global, no solo de la tipicidad sino también de la categoría de la "anijuridicidad penal"; v. gr, quien denuncia a otro de haber golpeado a un tercero en legítima defensa.

No resulta ajustable a la tipicidad penal la alegación de falsas circunstancias constitutivas de agravación y/o de atenuación.

Cuando se denuncia un hecho, sometido a una excusa absolutoria, fraudes o hurtos, entre parientes, siempre que vivan juntos, aparece una causal supresora de punición, por lo que habría que negar el delito de denuncia calumniosa, siempre que ello se advierta de plano, pues si el hecho es objeto de indagación y de investigación, la afectación ya se habrá producido. En lo concerniente a las condiciones objetivas de punibilidad, debe señalarse que estas no afectan al injusto *in examine*(32).

(31) Así, ROSALES ARTICA, D. *El delito de Denuncia Falsa en el…,* ob. cit., p. 359; Barreto Ardila, anota que la autoridad no necesariamente competente, pero que tenga dentro de sus funciones constitucionales, legales o reglamentarias conocer o poner en conocimiento del competente los hechos expuestos (…). *Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia.* Ob. cit., p. 15.

(32) Las condiciones objetivas de perseguibilidad son elementos, que el denunciante debe satisfacer, para que el persecutor público, pueda promover válidamente la acción penal; elementos que no siempre son analizados en los primeros actos de investigación, sino cuando el fiscal formula la denuncia penal, que inclusive puede desencadenar su devolución por parte del juzgador, si es que verifica su no concurrencia, según

No necesariamente el hecho punible debe aparecer en un ámbito de perfecta realización, esto es, en su consumación; puede admitirse la tipicidad penal, cuando se atribuye la comisión de un delito, en grado de tentativa (acabada e inacabada).

Puede hacer alusión a un hecho punible, cometido a título de acción o de omisión, sea en infracción de una norma prohibitiva o una norma de mandato.

La imputación subjetiva, puede referir a título de dolo, de culpa e, inclusive, mediando la fórmula normativa del delito **preterintencional**, debiéndose descartar el título fortuito (*versari in re ilicita*); con el añadido que la variante culposa ha de estar expresamente prevista en la Ley, si es que se denuncia, por ejemplo, por aborto culposo, no podrá admitirse la tipicidad objetiva de la conducta.

El título de participación delictiva, no solo ha de abarcar las diversas tipologías de autoría (directa, mediata y coautoría), sino también de participación delictiva (instigación y complicidad); si es que de encubrimiento se trata, deberá referir a las conductas contenidas en los artículos 404 y 405 del CP.

El hecho punible –falsamente atribuido–, debe haberse (**supuestamente**) cometido y no referirse a una prognosis delictiva, de que alguien cometerá un delito, de cara al futuro(33); cuestión distinta, es de verse, en el caso de un delito continuado o de un delito permanente.

La imputación delictiva debe exteriorizar un hecho cierto, no una suposición o conjetura; el denunciante debe afirmar que el denunciado ha cometido un hecho punible o, que el mismo, es autor o partícipe de la perpetración delictiva.

El hecho de que el hecho punible que se denuncie esté por prescribir, no enerva la lesividad de la conducta; no obstante, si los plazos ya han prescrito de plano, la inferencia lleva a un norte distinto, sin defecto, de que la conducta pueda ser subsumida en el delito de calumnia(34). Así, también, ante la hipótesis, de hechos punibles que han sido amnistiados o ante una denuncia que recae sobre un fallecido.

Aspecto importante, es que el hecho punible puede ser tanto un delito como una falta(35), en tanto ambos comportamientos son acreedores de una sanción punitiva, como se dice en el artículo 440 del CP; siendo que la denuncia de la

las reglas del C de PP; de manera que puede instarse su persecución y, recién en su decurso, declararse fundada, una cuestión previa, planteada por la defensa del imputado. A tal efecto, vemos, que sí se puede iniciar un procedimiento penal, por lo se verifica la tipicidad penal del delito contenido en el artículo 402 del CP.

(33) Así, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte Especial.* Tomo I, cit., pp. 34-56.

(34) Cfr., al respecto, BERNAL PINZÓN, J. Ob. cit., p. 302.

(35) Así, FRISANCHO APARICIO, M. *Delitos contra la Administración de Justicia.* Ob. cit., p. 29; ROSALES ARTICA, D. *El delito de Denuncia Falsa en el*…, ob. cit., pp. 358-359; MANZINI, V. Ob. cit., p. 99.

presunta comisión de una falta, también implica activar el aparato judicial del Estado, por lo que su lesividad debe ser afirmada. Bernal Pinzón, analizando la legislación de su país, señala que al hablar de "infracción penal", debe entenderse tanto un delito como una contravención (…)[36].

El hecho punible denunciado, **debe hacer alusión a una tipificación penal vigente, sea en el texto punitivo o en leyes penales especiales, sentido contrario, aquellos delitos despenalizados o declarados inconstitucionales por el TC**, implican la improcedencia del tipo penal –*in examine*–; así tampoco, se configura el delito cuando lo que se denuncia son "comportamientos socialmente reprobados", no constitutivos de infracción penal alguna.

La valoración del juicio de "imputación individual" (**culpabilidad**), a nuestro entender, un análisis que no interesa para la procedencia del delito de denuncia calumniosa[37], al importar un examen personal, que solo tiene incidencia en el plano de las consecuencias jurídicas del delito; así como el hecho de que se denuncie falsamente a dos personas, resultando una de ellas un privado de discernimiento.

Lo que sí debe quedar claro, es que la denuncia no tiene por qué consignar una denominación legal correcta, según el *nomen iuris* contemplado en el enunciado penal[38], en el sentido de que bastará que el relato fáctico resulte ajustable a una tipicidad legal en concreto, sabedores que el fiscal, según las potestades que le confiere la Constitución, tiene la posibilidad de desvincularse de la imputación delictiva, siempre en respeto a los derechos de defensa y de contradicción.

3.4. Condición para la calificación de la "denuncia calumniosa"

Es sabido que el proceso penal importa una concatenación de actos procesales, encaminados a ciertos objetivos; cada etapa del procedimiento define ciertas finalidades, que de forma preclusiva toman lugar en su desarrollo y ejecución.

Ni bien se toma conocimiento de la noticia criminal, sea por denuncia de parte o de oficio (por intermedio de la PNP), los órganos de persecución penal están obligados a efectuar las primeras indagaciones, diligencias investigativas, destinadas al acopio, adquisición y recojo de evidencias, que permitan al fiscal construir la hipótesis de incriminación, indispensable para poder formular la denuncia penal ante el órgano jurisdiccional competente o, para formalizar la investigación preparatoria, en términos del nuevo CPP.

(36) BERNAL PINZÓN, J. Ob. cit., p. 297.

(37) Así, GONZÁLEZ RUS, J. J. Ob. cit., p. 498.

(38) Ibídem, p. 497.

Dicho lo anterior, para dar inicio al procedimiento penal, se requiere de indicios que de forma objetiva puedan advertir la presunta comisión de un hecho punible y de que el imputado es su autor y/o partícipe; aún no se puede hablar de certeza y de convencimiento, es decir, un alto grado de convicción cognitiva, que pueda decir, con rayana seguridad, que el indiciado es culpable de la comisión del delito.

Vemos, por tanto, que solo podremos estar frente a una convicción suficiente, de que la denuncia era **falsa***,* cuando las pruebas actuadas en el juicio, según los principios de oralidad, contradicción y bilateralidad, demuestran que el hecho punible nunca se cometió o que el autor es una persona ajena al imputado (denunciado); así también, cuando la defensa del imputado, interpone una excepción de naturaleza de acción o de improcedencia de acción, declarando firmemente la judicatura que el hecho atribuido no es delictivo, sea por cuestiones de atipicidad (objetiva o subjetiva) o por aspectos de antijuridicidad (causas de justificación); lógicamente, el dolo del agente debe cubrir todos los elementos.

Se requiere, por tanto, del dictado de una sentencia judicial (absolutoria) o de auto de sobreseimiento (firme y/o consentido); cuando la causa es sobreseída, como consecuencia de una excepción de prescripción de la acción penal, no puede decirse que el hecho no era delito, en tanto, el examen del juez no se extiende al fondo de la causa.

En la ejecutoria recaída en el Exp. Nº 7337-97-Lima, se dice lo siguiente: "que al no haberse determinado la existencia, o no, del delito en los procesos penales, por haberse declarado fundadas las excepciones de prescripción, no se configuran los elementos normativos del tipo penal consagrados en el artículo cuatrocientos dos del Código Penal"[39].

En la hipótesis de una sentencia absolutoria, producto del *in dubio pro reo,* no indica una certeza rayana, sobre la no concurrencia de un hecho punible, pues puede que se hayan presentado medios de prueba de acriminación, empero al abogado de la defensa le bastó desacreditar a la persona del testigo, para poner en duda su credibilidad como fuente de información.

Ahora bien, lo dicho debe ser matizado con los poderes que tiene el fiscal de archivar la denuncia cuando los indicios proporcionados por el denunciante no tienen una base objetiva suficiente para inferir el juicio de imputación delictiva; a este nivel, podría también quedar al descubierto la incorporación de pruebas simuladas con el cotejo de exámenes periciales, demostrándose la falsedad de la denuncia. Sin duda, extender dicha posibilidad puede ser justificable desde una perspectiva de mayor protección al bien jurídico, reforzando los fines preventivo-

(39) SALAZAR SÁNCHEZ, N. *Jurisprudencia Penal.* Ob. cit., p. 541.

generales de la pena, mas el reparo sería el de otorgar certeza a una actividad que aún no puede alcanzar dicho nivel de conocimiento.

Tal vez sería correcto optar por una regulación expresa como se ha optado en el derecho positivo español cuando se dice en el cuarto párrafo del artículo 456 que **no podrá procederse contra el denunciante o acusador sino tras sentencia firme, de sobreseimiento o archivo del juez o tribunal que haya conocido la infracción imputada**.

4. Simulación de pruebas

Constituye una regla general en el Derecho Procesal (**probatorio**) que quien alega ciertos hechos (**aseveraciones fácticas**) en su pretensión (denuncia, demanda, etc.) tiene el deber de probarlos; ello implica adjuntar un mínimo de pruebas (indicios) con suficiente idoneidad para dar solvencia probatoria a las proposiciones fácticas que construyen la Teoría del Caso, que formula cada una de las partes. No olvidemos que en todo proceso cognoscitivo se aspira a llegar a un estado de certeza y convencimiento de acuerdo a los dictados de justicia.

El procedimiento penal, como todo proceso judicial, requiere de evidencias, de fuentes de cognición, que le permitan a los órganos de justicia dirimir la controversia con un máximo de verosimilitud y convencimiento; a tal efecto, los órganos de persecución se nutren de una serie de elementos de información que en algunas oportunidades les proporciona las partes interesadas.

Bajo esta hipótesis del injusto de denuncia calumniosa[40] el agente hace uso de evidencias, indicios y pruebas cuyo contenido no corresponde con la verdad de las cosas; es decir, lo que hace es confeccionar pruebas falsificando documentos, construyendo relatos falsos (testigos) o haciendo valer de exámenes periciales tergiversados que en consuno se encaminan a sostener la imputación delictiva sobre una determinada persona, en principio inocente.

Simular es representar una cosa, fingiendo o aparentando lo que no es, acota González Rus[41]. Se simula el medio probatorio cuando se fingen razonamientos, argumentos o instrumentos con los que se pretende reproducir como verdad en la mente judicial lo que no es. Ocurre cuando se hace mención o cita de personas como testigos que en realidad no lo fueron o no existen[42].

(40) El CP español en su artículo 457 describe aquella conducta, de quien ante un funcionario competente, simulare ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciare una inexistente.

(41) GONZÁLEZ RUS, J. J. Ob. cit., p. 504.

(42) FERREIRA D., F. J. Ob. cit., p. 215.

Esta forma de ataque al bien jurídico es de tanta gravedad como la de imputación directa ante un funcionario competente: el carácter objetivo del material probatorio comporta una mayor base de fiabilidad de la "imputación", lo que puede provocar un mayor peligro e incluso ser determinante para que se proceda al inicio de un proceso penal en contra de una persona falsamente acusada(43).

¿Qué debemos entender por "pruebas"? Sobre las diversas acepciones construidas en la doctrina Vásquez Rossi apunta que el conocimiento que se hace presente en el proceso refiere a la veracidad de las afirmaciones sobre los hechos objeto de la relación procesal y con las ideas de verdad, conocimiento y plausibilidad socialmente imperantes(44).

Las pruebas son todos aquellos medios de información; aquel bagaje cognitivo destinado a probar los hechos materia de esclarecimiento en el proceso penal. En tal sentido, su calificación rigurosa importa someter la evidencia al contradictorio, por lo que para poder hablar de prueba con corrección hemos de situarnos en el escenario del juzgamiento, donde toman lugar los principios de oralidad, contradicción, publicidad y bilateralidad; de ahí que se diga que solo con los medios de prueba actuados y valorados en el juicio oral es que se puede condenar válidamente al acusado, todo lo anterior recogido y acopiado por los órganos de persecución penal son "evidencias" que para constituir la calidad jurídico-procesal de "pruebas" requieren ser incorporados al juzgamiento para ser sometidos al test de credibilidad. Consecuentemente, cuando se hace alusión a "pruebas" en el tenor normativo contenido en el artículo 402 del CP se emplea un término incorrecto con los principios que informan el debido proceso.

Entonces, no puede decirse que la iniciación del procedimiento penal obedezca a la presencia de pruebas sino de indicios o evidencias que puedan objetivamente construir la hipótesis debiéndose rechazar la terminología empleada por el legislador.

Por su parte, "indicios" son todo objeto, dato o acontecimiento real y cierto que tiene relación con el *thema probandum* y que sirve al juzgador como fuente de conocimiento y esclarecimiento en su función de reconstruir los hechos que lo conducen a descubrir la punibilidad y la acreditación de la configuración delictiva(45).

Es de verse, que las pruebas o indicios simulados han de ser idóneos para que los órganos de persecución puedan entablar un juicio de imputación delictiva, en

(43) GARCÍA-SOLÉ, M. Ob. cit., p. 136.

(44) VÁSQUEZ ROSSI, J. E. *Derecho Procesal Penal.* Tomo II, ob. cit., p. 280.

(45) PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Manual de Derecho Procesal Penal.* Ob. cit., p. 440.

esta modalidad del injusto el autor no formula una denuncia sino que proporciona evidencias falsas, que puedan dar lugar a una imputación jurídico-penal. Son las autoridades competentes las que valoran las evidencias y así elaboran la hipótesis de incriminación; por su parte el agente no incide en este juicio de imputación sino que las fuentes de información que entrega hacen viable su construcción, por lo que las evidencias no tienen por qué hacer referencia directa a un sospechoso determinado como sí ha de suceder en la primera modalidad del injusto.

Así también, las evidencias, o indicios objeto de simulación, deben ser presentadas y aportadas a los órganos de persecución penal; la aparición de la sustantividad material requiere que las fuentes de información lleguen a conocimiento de la fiscalía o de la policía, amén de activarse el aparato investigativo estatal, susceptible de excitar el proceso penal.

Asimismo, autor puede ser quien es llamado a comparecer ante la fiscalía, un testigo quien simula haber presenciado la comisión de un hecho punible dando la descripción física del presunto autor de un homicidio. Empero, si la falsa información que se presta toma lugar en el juzgamiento, la tipificación penal se traslada a la figura de falso testimonio (artículo 409 del CP), cuando se trata del testigo, perito o intérprete y así como toda simulación probatoria que tome lugar cuando ya se haya abierto el proceso penal a trámite. Si se trata de un litigante que introduce medios de prueba fraudulentos –que no inciden en la acriminación de una conducta–, con el objetivo de inducir a error al juzgador, la tipificación se traslada a la figura delictiva contenida en el artículo 416 del CP.

En tal sentido, se ha de requerir que exista una estricta vinculación entre el hecho punible que se quiere simular y la prueba o indicio que se alega, pues la posibilidad de generarse un proceso penal es la señal de la aptitud de la simulación a la vez de su consumación(46).

Debe tratarse (…) de una simulación idónea para promover legítimamente la actividad judicial, aunque por las cautelas usadas por ella, o por otras razones, la falsedad haya sido descubierta antes de iniciado el procedimiento penal(47).

Las pruebas o indicios –confeccionados–, que se orientan a fundar una imputación jurídico-penal, que deben tener un destinatario (imputado), han de contar con una suficiente idoneidad y/o aptitud para poder excitar el aparato persecutorio del Estado, en cuanto una fuente de cognición verosímil, para incidir en la iniciación de un proceso penal; esto quiere decir que las pruebas (**simuladas**), presentadas por el autor a los órganos de persecución deben ser aptas para

(46) ROSALES ARTICA, D. *El delito de Denuncia Falsa en el…* Ob. cit., pp. 364-365.

(47) MANZINI, V. *Tratado de Derecho Penal,* Tomo X. Ob. cit., p. 95.

desencadenar actos de investigación que a su vez incidan en la formulación de la denuncia penal por parte del fiscal y así el juzgador abra la instrucción judicial. Conforme a los términos del nuevo CPP, las evidencias proporcionadas por el agente deben encaminar una decisión fiscal que se plasme en la formalización de la investigación preliminar.

Conforme a lo anotado, la falta de toda idoneidad para que las pruebas o indicios simulados puedan justificar la iniciación del procedimiento penal hacen que la conducta no sea punible, por falta de necesidad y merecimiento de pena, dicho esto, debe precisarse que la apertura del proceso penal no es requisito indispensable para afirmar la tipicidad objetiva de la conducta, es por ello que se dice que la posibilidad de su apertura, constituye una "condición objetiva de punibilidad".

No puede descartarse a rajatabla que la simulación de indicios o de pruebas haya de ser un medio empleado por el agente en la primera modalidad del injusto, es decir, quien denuncia falsamente la comisión de un hecho punible puede hacer uso de evidencias falsas u otros medios de prueba distorsionados en su contenido para dar sostén probatorio a su denuncia.

En definitiva, promover la iniciación de un procedimiento penal a través de pruebas falsas, simulando hechos inexistentes o mediante una actividad típicamente fraudulenta supone una grave ofensa a la majestad de administrar justicia, al provocar inútilmente su funcionamiento, quebrando los deberes de buena fe y de veracidad que debe respetar en rigor todo ciudadano, así como una afectación a los derechos individuales, de quien se ve injustamente sometido al procedimiento penal.

Si bien se ha entendido que la "simulación de pruebas o indicios" supondría un delito imaginario, un hecho punible que nunca se ha cometido, desde un campo estrictamente fenoménico no puede descartarse que el agente haya de simular la evidencia para que la imputación se dirija hacia una persona inocente, a pesar de que sabe que el autor es otro individuo, entonces puede que quien simule las pruebas, sea el verdadero autor del delito, de manera que confecciona los indicios que sindica a otro como responsable del hecho punible, para sustraerse de la persecución penal y así distraer a los órganos de persecución penal, con hechos que no se condicen con la verdad de lo ocurrido. Por consiguiente, la **simulación de las pruebas o indicios** no necesariamente implica que el injusto penal no se haya cometido sino que dicha actitud fraudulenta se encamine a encubrir la autoría del agente o un tercero.

La **simulación tiene que ver con el material probatorio** no con los hechos que pueden haber o no sucedido así como lo referente a su delictuosidad, pues las falsas evidencias pueden estar destinadas a atribuir responsabilidad a un sujeto inocente.

Finalmente, cabe acotar que la idoneidad de las pruebas e indicios simulados para desencadenar la iniciación de un procedimiento penal importa un elemento que está fuera del injusto y de la culpabilidad del autor ("condición objetiva de punibilidad"[48]); la tipicidad objetiva se agota con la simulación de las evidencias y su aportación a los órganos de persecución penal donde ya se evidencia una ofensa a una correcta administración de justicia; por tales motivos la materialidad del delito, en cuanto a la necesidad y merecimiento de pena, toma lugar cuando la presentación de las pruebas simuladas pueden generar la apertura del procedimiento penal. En ese sentido, la iniciación de una investigación puede incidir en la adopción de medidas de coerción procesal como la prisión preventiva y el embargo preventivo con la consiguiente activación de todo el aparato de justicia. No obstante, cabe acotar, que a nivel de la investigación preliminar, pueden dictarse las denominadas "medidas limitativas de derecho", por razones de urgencia y peligro en la demora por la que la posibilidad de intromisión estatal en los derechos fundamentales es una posibilidad no muy remota.

5. La autoincriminación punible

Según un modelo procesal, mixto, reformado o acusatorio la carga de la prueba genera incidencias particulares en la medida que el imputado no está obligado a aportar pruebas en su contra, no está obligado a autoincriminarse; el órgano persecutor público, es sobre el cual recae la carga de la prueba.

El derecho a la no "autoincriminación" tiene vinculación con el principio de presunción de inocencia, derecho que resulta renunciable por su titular, es decir, el inculpado haciendo uso de su mejor defensa se declara culpable de haber cometido un hecho punible sea como autor y/o partícipe. Confesión que debe ser corroborada en todos sus términos por los órganos de persecución a fin de evitar autoinculpaciones interesadas.

Cuestión distinta es de verse cuando el agente **falsamente se atribuye delito que no ha cometido o que ha sido cometido por otro** al incidir en declaraciones judiciales que no se corresponden con la verdad de las cosas en evidente fraude a los dictados de la justicia.

Dicho lo anterior se produce una grave perturbación a la correcta impartición de justicia[49] cuanto se persigue penalmente a un individuo que no ha cometido un delito, es decir, de manera innecesaria. A su vez, se desvían los cauces de una eficaz persecución en tanto el verdadero autor y/o partícipe de la comisión

(48) Vide VIVES ANTÓN, T.S. *Delitos contra la Administración de Justicia.* Ob. cit., p. 968.

(49) Ibídem, p. 967.

del hecho punible queda fuera del ámbito de investigación(50). Por consiguiente, la autoincriminación debe llegar a conocimiento de los órganos de persecución penal(51), si aquel envía dicha información a un medio periodístico no se cometerá el delito en cuestión, pero si como consecuencia de ello toma lugar una investigación de oficio deberá afirmarse su concurrencia. En el caso de una autoacusación anónima de quien deja información a las autoridades argumentado ser autor de un delito, pero sin revelar su identidad, no procederá su realización típica.

A decir de Manzini, el objeto específico de tutela penal es el interés concerniente al normal funcionamiento de la actividad judicial (…), por cuanto conviene impedir que esa actividad, en su actitud dirigida a la comprobación y a la represión de los delitos, pueda ser desviada por efecto de una falsa autoinculpación(52).

Sujeto activo de esta figura delictiva solo puede ser quien **simula haber cometido un hecho punible**, descartándose la persona que sí la cometió de forma efectiva a menos que se trata de un concurso delictivo y simule la perpetración de uno de ellos.

Los móviles que guían a una persona a autoincriminarse pueden ser de la más variada naturaleza, desde un móvil de solidaridad familiar del padre que se autoinculpa para evitar que su hijo adolescente vaya a la cárcel, de obtener fama y cobertura periodística hasta perversiones de orden mental. Como se dice en la doctrina colombiana, muchas veces alguien se declara culpable porque él o su familia recibirán una subvención a sus necesidades a cambio de unos años en prisión(53). En la crónica de este delito ciertamente se han conocido casos de comisión por sujetos con personalidades alteradas al extremo de necesitar que se les tome por autores de crímenes o víctimas(54). Inclusive de aquellos que se inmolan y sacrifican por sus líderes político-partidarios, así como los mandos medios de las mafias criminales al ver a sus familias amenazadas de ser eliminadas.

Los motivos que impulsa al autor a la autoincriminación, si bien no resultan relevantes en orden a determinar la tipicidad penal de la conducta, pueden ser valorados al momento de la determinación judicial de la pena, v. gr., la autoincriminación, para evitar la persecución de un pariente cercano (hijo, madre, padre, etc.) puede incidir en un factor de atenuación punitiva.

(50) GONZÁLEZ RUS, J. J. Ob. cit., p. 505.

(51) Así, FRISANCHO APARICIO, M. *Delitos contra la Administración de Justicia.* Ob. cit., p. 41.

(52) MANZINI V. *Tratado de Derecho Penal.* Tomo X. Ob. cit., p. 156.

(53) FERREIRA D., F.J. *Delitos contra la Administración de Justicia.* Ob. cit., p. 213.

(54) QUINTERO OLIVARES, G. y otro. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal.* Tomo III. Ob. cit., p. 1774.

Cabe anotar que la calidad jurídico-procesal de "imputado" no lo somete al principio de veracidad en el sentido de que el inculpado no tiene el deber de decir la verdad, puede callar, inclusive mentir; su silencio no puede ser catalogado como un indicio de culpabilidad. Sin embargo, cuestión distinta implica que se autoincrimine de un hecho punible inexistente o que tiene como autor a otra persona, pues en este caso propicia una actuación jurisdiccional que no se corresponde con el principio de reserva procesal penal, así como con su correcta actuación de activar el aparato persecutorio ante aquellos que aparecen como los verdaderos sospechosos de haber cometido un delito.

En esta hipótesis del injusto, el delito cuya autoría se atribuye el agente puede ser imaginario, es decir, que nunca se cometió o cuya verdadera existencia es obra de otra persona. No puede desdeñarse que quien se atribuye falsamente la perpetración de un hecho punible emplee a tal efecto indicios o evidencias simuladas por lo que podría decirse que la modalidad precedente se constituye en el medio que emplea el sujeto infractor para proceder a una falsa autoincriminación dando lugar a un solo delito. Esto a su vez supone que la autoincriminación debe generar la activación del aparato de investigación de los órganos predispuestos.

En este concepto se puede incluir cualquier clase de intervención en algún hecho que una persona se autoatribuye falsamente, por lo tanto, caben todas las formas de autoría y participación(55), así como las formas de imperfecta ejecución y de consumación(56). Empero, al haberse optado por el término "delito" debe excluirse la punición, cuando la autoincriminación hace alusión a una "falta"(57)(58).

El hecho punible –objeto de autoincriminación–, que en realidad no se ha cometido, ha de importar su absoluta impropiedad jurídica en cuanto un hecho típico y penalmente antijurídico, si alguien se atribuye la comisión de lesiones pero señala haber actuado amparado bajo una legítima defensa no se dará el delito en cuestión a pesar –inclusive– de no argumentar su concurrencia en la medida que los órganos de persecución están en la obligación de indagar todas las circunstancias que abonen en su punición. Claro está que el agente obró con dolo, pero errando en los elementos constitutivos de tipicidad objetiva con error de tipo.

La ajenidad del falso confeso, respecto del hecho del cual se autoacusa, debe ser absoluta, apunta Ferreira D.: "Si quien confiesa un hecho que sí ha cometido

(55) QUINTERO OLIVARES, G. y otro. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal.* Tomo III. Ob. cit., p. 1774.

(56) Así, MANZINI, V. *Tratado de Derecho Penal.* Tomo X. Ob. cit., p. 159.

(57) Así, ROSALES ARTICA, D. *El delito de Denuncia Falsa en el...* Ob. cit., p. 368; FRISANCHO APARICIO, M. *Delitos contra la Administración de Justicia.* Ob. cit., p. 41.

(58) En cambio, en la codificación española (art. 457), al haberse empleado el término **infracción penal**, se incluye a las faltas; **conducta típica** en el CP colombiano.

lo hace en proporciones distintas a las que realmente tuvo al participar en él solamente ha utilizado su derecho a narrar los acontecimientos como tenga bien hacerlo (…)"[59].

Cuando la declaración falsa de participación en un delito se consigna en un documento público que pueda servir de prueba no se está en presencia de una falsa autoacusación sino de un delito contra la fe pública[60], por ejemplo en un acta de conciliación extrajudicial. Debiéndose precisar que todas las declaraciones que el imputado emite sean ante la fiscalía o ante la judicatura no podrán ser constitutivos de una ofensa contra la fe pública, por el simple hecho de que no tiene obligación de decir la verdad, en este caso la tipificación penal ha de afirmarse por el artículo 402 del CP.

A nuestro entender, el juzgador debe tomar en cuenta –al momento de la individualización de la pena– los móviles que guiaron al actor su proceder antijurídico cuando se autoincrimina la comisión de un hecho punible que ha sido cometido por un pariente cercano (esposa, hijo, etc.) en cuanto una atenuación de la pena.

IV. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Una figura delictiva –así concebida– solo puede resultar punible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica, podría decirse que se exige dolo directo, mas lo importante es el grado de definición del aspecto cognitivo del tipo subjetivo del injusto en cuanto al nivel de certeza (convencimiento) que ha de tener el agente de que esta denuncia **falsamente un hecho punible y de que no ha cometido un delito**.

En la decisión contenida en el Exp. Nº 5676-97-Lima, se dice lo siguiente: "Para que se consigue el delito de denuncia calumniosa es necesario que el sujeto activo del delito denuncie un hecho, a sabiendas de que no se ha cometido, presupuesto no probado en autos, máxime si al recurrir el encausado a la autoridad judicial, lo hace ejerciendo un derecho que le asiste como ciudadano"[61].

El "conocimiento de la falsedad" equivale al dolo directo, apuntan en la doctrina española[62].

(59) FERREIRA D., F.J. *Delitos contra la Administración de Justicia.* Ob. cit., p. 213.

(60) BARRETO ARDILA, H. *Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia.* Ob. cit., p. 18.

(61) ROJAS VARGAS, F. *Jurisprudencia Penal Comentada.* Tomo I. Ob. cit., p. 879.

(62) GONZÁLEZ RUS, J. J. *Delitos contra la Administración de Justicia (I).* Ob. cit., p. 500; Así, QUINTERO OLIVARES, G. y otro. *Comentarios sobre la Parte Especial del Derecho Penal.* Tomo III. Ob. cit., p. 1770; ROSALES ARTICA, D. *El delito de Denuncia Falsa en el….* Ob. cit., p. 361.

No podría admitirse un conocimiento probable de lo acontecido, pues se estaría cercenando el legítimo derecho de los ciudadanos de denunciar la presunta comisión de un hecho punible, ante la duda de que está denunciando una conducta que no es delictiva lo que procede es su punición. Le corresponderá a los órganos de persecución penal determinar si el hecho denunciado es o no delictivo y si el denunciado es responsable de su comisión.

Vemos que el factor cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, entre estos que no **se ha cometido el hecho punible y en el caso de autoincriminación de que el agente no ha cometido delito alguno y en la otra variante de que el hecho punible es obra de otra persona**, esto quiere decir que la relevancia jurídico-penal de la conducta no está sometida a un **concepto subjetivo de la falsedad de la imputación delictiva** en cuanto a la falta de correspondencia entre la creencia del autor (**estimación subjetiva**) de que el hecho no es delictivo con la objetividad de los hechos en la realidad (**valoración objetiva**), en cuanto su afirmación delictiva hace de la conducta una no punible cuando la ignorancia es invencible, igual suerte corre el error vencible en tanto el delito de denuncia calumniosa no resulta punible en la modalidad imprudente, como bien dice Frisancho Aparicio la falsedad ha de recaer sobre los hechos no sobre su valoración[(63)] jurídico-penal agregamos nosotros.

Puede presentarse un error sobre el contenido o carácter de la denuncia de que el hecho que se está dando conocimiento a las autoridades competentes se hace aparecer como delictivo cuando esa no fue la intención al pensar que se trataba de una conducta penalmente irrelevante.

El aspecto cognitivo del dolo supone también que se sabe que se está presentando la denuncia ante la autoridad encargada de perseguir el delito, si el agente desconocía que la persona a quien le estaba transmitiendo la información –sobre la comisión del hecho punible– yerra sobre el destinatario, dando lugar a un error de tipo aunque de todos modos la conducta puede ser cobijada bajo los alcances normativos del artículo 131 del CP.

En todo caso, el hecho imputado ha de ser falso, pues si es verdadero no habrá delito aunque el sujeto haya actuado sin proceder a averiguación alguna[(64)], se supone que el agente, ha de conocer ciertas circunstancias que inciden en la fijación falsa de los hechos que imputa como delictivos.

(63) FRISANCHO APARICIO, M. Ob. cit., p. 30.

(64) GONZÁLEZ RUS, J. J. *Delitos contra la Administración de Justicia (I)*. Ob. cit., p. 500.

La absolución por falta de dolo o de culpa del acusado, no transforma sin más a la acusación en "falsa", condición que solo se cumple con la declaración de inexistencia del hecho(65).

Aparte del dolo, rechazamos la inclusión de un elemento subjetivo del injusto de naturaleza trascendente. Que el agente denuncie falsamente un hecho punible o que simule indicios que puedan dar lugar a un procedimiento penal con malicia, venganza o simplemente por juego, es para nosotros irrelevante. Condicionar la presencia de dicho ánimo implica contrariar el texto legal así como la función tuitiva del Derecho Penal. Si así se interpreta el tipo, anota García-Solé que solo procederá el castigo por acusación y denuncia falsas cuando concurra este específico ánimo, y no otro(66).

V. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

La primera modalidad del injusto importa una figura de mera actividad(67), basta con que el agente interponga la denuncia ante la autoridad competente para que se dé por configurado el injusto; no se requiere que se produzca un acto de injerencia sobre los bienes jurídicos fundamentales del denunciado o que se traduzca en un desprestigio social. Lógicamente, solo serán idóneas aquellas denuncias **falsas** que tengan como contenido un argumento fáctico y jurídico susceptible de provocar el inicio formal de la investigación por lo que ante denuncias manifiestamente burdas su calificación será de un delito imposible.

La segunda modalidad del injusto adquiere perfección delictiva cuando el agente proporciona a la autoridad competente evidencias o indicios simulados. La confección de las evidencias así como la compra del testigo falso con actos preparatorios no punibles. Por consiguiente, la idoneidad y aptitud de la simulación probatoria para instar la iniciación de un procedimiento penal comporta una condición objetiva de punibilidad al estar fuera del injusto típico. Si fuese un tipo penal de resultado(68)(69) no se entendería por qué en el resto de modalidades típicas no sería exigible su concurrencia(70). Podría decirse también que se trataría de un delito de peligro concreto donde la idoneidad

(65) QUINTERO OLIVARES, G. y otro. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal.* Tomo III. Ob. cit., p. 1770.

(66) GARCÍA-SOLÉ, M. *El delito de acusación y denuncia falsas.* Ob. cit., p. 211.

(67) Para FRISANCHO APARICIO, se trata de un delito instantáneo; *Delitos contra la Administración de Justicia.* Ob. cit., p. 30.

(68) Así, GONZÁLEZ RUS, J. J. Ob. cit., p. 507.

(69) Cfr., al respecto, FRISANCHO APARICIO, M. Ob. cit., p. 38.

(70) Para QUINTERO OLIVARES y otro, la provocación de actuaciones es, (…), el modo elegido por el tipo para seleccionar las acciones relevantes; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal,* Tomo III. Ob. cit., p. 1776.

de la simulación probatoria para poner en peligro la buena marcha de la administración de justicia penal es lo que define el disvalor de la conducta. Mas nos preguntamos: ¿no es qué la aportación de evidencias simuladas a los órganos de persecución penal importa ya una innecesaria actuación de aquellas? Por lo que parece que es el grado de relevancia de la conducta lo que incide a determinar su punición solo cuando se puede promover la iniciación del procedimiento penal.

En lo que respecta a la tercera modalidad del injusto la perfección delictiva se alcanza cuando el agente se presenta ante las autoridades competentes confesando ser autor y/o partícipe de un hecho punible, el cual puede ser inexistente o ser obra real de otra persona. Esto último comporta una sustantividad de disvalor de mera actividad, no requiriendo que se produzca algún tipo de acontecimiento. La autoincriminación no tiene por qué ser idónea para dar lugar a la iniciación de un procedimiento penal, basta que sea apta para propiciar la realización de actos de investigación.

La regularización tributaria como causa de exclusión de pena (Acuerdo Plenario N° 2-2009/CJ-116)

I. ESBOZO PRELIMINAR

La pena importa una fuerte dosis de injerencia en el ámbito de los derechos fundamentales del autor y/o partícipe del hecho punible, esto es, la libertad personal, como valor prioritario –según la escala de valores– consagrados constitucionalmente; a tal efecto –desde un criterio estrictamente sustantivo–, deben acreditarse la concurrencia de todos los elementos componentes de las categorías del injusto y de la culpabilidad, como única vía, para cautelar la legitimidad de la sanción punitiva, adoptada por el órgano jurisdiccional.

El marco descrito, se elabora desde una plataforma estrictamente dogmática, mas es sabido que las categorías intrasistemáticas del Derecho Penal, han de ser valoradas, conforme a criterios de política criminal, esto quiere decir, que la pena no puede suponer una reacción autómata, ante todo delito que se comete en una determinada sociedad, sino que debe apelarse a consideraciones de razonabilidad, oportunidad, necesidad y merecimiento y, así, confirmar que la sanción punitiva, haya de ser en realidad útil para los fines preventivos del Derecho Penal, que toda política criminal ha de resguardar. Esto significa, apunta Quintero Olivares, que "su concurrencia no comporta la negación de lo injusto o de la culpabilidad, sino que en tales casos se estima político-criminalmente inadecuado o innecesario imponer cualquier castigo"[1].

Siendo así, se advierten instituciones, fundadas básicamente en lineamientos de política criminal, donde la prescindencia de la pena, se sostiene en determinadas condiciones particulares del autor, en su relación con la víctima del hecho punible o ante su actitud frente al ordenamiento jurídico. Se puede decir de la siguiente

(1) QUINTERO OLIVARES, G. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 446; MORENO-TORRES HERRERA, M. *Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 841.

manera: que **la imposición del *ius puniendi* estatal, no puede resultar siendo una respuesta jurídica desprovista de racionalidad, de que la reacción punitiva termine siendo un resorte contrario a los fines preventivos del Derecho Penal, y de que la acción del Estado no haga rajatabla con instituciones sociales basilares de un orden democrático de derecho, como acontece en los artículos 208 y 406[2] del CP**; se aprecia así, situaciones sostenidas bajo la singularidad de la valoración personal del autor, lo cual no obsta a que se extienda a hechos concretos, como lo hemos sostenido en otras monografías[3].

Importan, entonces, "causas de exclusión de pena", que parten de una relación sistemática entre el Derecho Penal y la política criminal, conforme una síntesis del "Estado Social" con el "Estado de Derecho".

Vemos de esta forma, que la actitud que el autor de un injusto penal tiene frente a la vigencia del orden jurídico, puede ser valorada positivamente, cuando tiende a rectificar su proceder antijurídico, ante una manifestación libre y voluntaria de haber obrado de forma ilícita y de pretender reparar el daño causado por el delito, conforme se observa del último párrafo del artículo 215 del CP[4]. En tal entendido, se trata de motivos de conveniencia política, ajenos al injusto y a la culpabilidad del autor, que determinan la necesidad de pena[5]; y en el caso que nos ocupa, más que una causa **supresora legal de punibilidad**[6], constituye una **causa de exclusión de pena**, en tanto los motivos que fundamentan la exoneración de responsabilidad (penal-tributaria), aparecen de forma ulterior a la perpetración del delito, por lo que no concurren al momento de su comisión.

II. LA REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA

El artículo 189 del TUO del CT –luego modificado por el Decreto Legislativo N° 113–, disponía a la letra que: "No procede el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ni la comunicación de indicios de delito tributario por parte del Órgano Administrador del Tributo cuando se regularice la situación tributaria, en relación con las deudas originadas por la realización de algunas de las conductas constitutivas del delito tributario contenidas en la Ley Penal Tributaria, antes de que se inicie la correspondiente investigación dispuesta por el Ministerio

(2) PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo VI, Idemsa, Lima, 2013.

(3) Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, Idemsa, Lima, 2013.

(4) Vide, en referencia, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, ob. cit., p. 1145.

(5) PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, ob. cit., p. 1145.

(6) Para Muñoz Conde, (...) se trata de una simple excusa absolutoria que solo puede beneficiar al sujeto que regularice su situación tributaria, no a los partícipes en la comisión del hecho. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte especial*, ob. cit., p. 1044.

Público o a falta de esta, el Órgano Administrador del Tributo inicie cualquier procedimiento de fiscalización relacionado con el tributo y periodo en que se realizaron las conductas señaladas, de acuerdo con las normas sobre la materia"(7).

Líneas más adelante, se señala que: "Se entiende por regularización el pago de la totalidad de la deuda tributaria o en su caso la devolución del reintegro, saldo a favor o cualquier otro beneficio tributario obtenido indebidamente. En ambos casos la deuda tributaria incluye el tributo, los intereses y las multas".

¿Qué significa "regularizar una deuda"? Sea cual fuese la obligación jurídica, una vez que se expira el plazo, para su pago, el deudor asume la calidad de moroso, es decir, al no haberla pagado en su oportunidad, incurre en un incumplimiento, susceptible de ser sancionado, con intereses, penalidades, etc. No obstante, cuando se trata de deudas generadas ante la Administración Pública, por concepto de ciertos "tributos", los órganos públicos le otorgan al deudor, la posibilidad de regularizar sus adeudos, mediando la exoneración del pago de intereses.

En la doctrina nacional se postula que regularizar significa o implica convertir en regular una situación, poner en orden dicha situación. En el caso de la deuda tributaria significa poner en orden la obligación incumplida que se generó al producirse el nacimiento de la obligación tributaria vínculo entre acreedor y deudor tributario. En tal sentido, poner en orden significa en este caso pagar, pero pagar espontáneamente, de tal forma que el deudor tributario asume su incumplimiento y los recargos que dicho incumplimiento ha generado(8); en el caso de la obtención indebida de beneficios tributarios, **regularizar** significa devolver lo indebidamente percibido (saldos a favor, incentivo tributario, etc.)(9).

Importante la acotación de Abanto Vásquez, que no debe confundirse a la "regularización" con la posibilidad, aún no admitida legalmente, de una "transacción" durante el proceso penal, pues este admite, en casos de delitos tributarios, solamente la exclusión y reducción de penas para partícipes, autores y denunciantes, según las reglas del Decreto Legislativo N° 815. En cambio, la

(7) El párrafo primero del artículo 304.5 del CP español dispone lo siguiente: "Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado por la Administración Tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querella o denuncia contra aquel dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias"; en el derecho positivo alemán - AO, parágrafo 371.

(8) BALDEÓN GÜERE, N.A. y otro. *Infracciones y delitos tributarios.* Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 551.

(9) Según los componentes de descripción típica recogidos en el artículo 4 de la LPT.

figura de la "regularización" opera a nivel administrativo e impide la persecución penal pese a que el injusto penal está completo; es decir, pese a que ya existe una defraudación tributaria consumada, típica y culpable, la ley permite que el sujeto escape legalmente a la persecución penal si paga la deuda tributaria(10).

Ahora bien, en la presente situación, se advierte una situación distinta a la acotada, pues acá no estamos ante un contribuyente, que ya para la Administración es un deudor, al haber incumplido con pagar –total y/o parcialmente–, la acreencia tributaria, en la medida que sí declaró conforme a su realidad económica, de forma que si la institución de la "regularización tributaria", se imbrica como una causal de "exclusión de pena", debe tratarse de un contribuyente, que no pagó los impuestos, al haber fraguado los datos e información que inciden en la determinación del hecho generador de la base imponible; dicho en otras palabras: **quien se somete al proceso de regularización tributaria, ha de ser aquel contribuyente que no figura en la base de la Sunat, como un deudor tributario a menos, que el engaño, haya repercutido solo en una alícuota de la deuda tributaria (el no pago parcial del tributo)**; únicamente el que de forma dolosa manipuló la determinación tributaria a su favor y, no aquel que por error u indiligencia fijó una base imponible no acorde a su estado patrimonial. Esto quiere decir, que aquel deudor tributario, que consignó de manera correcta la base imponible, pero que por razones sobrevinientes estuvo en la imposibilidad de honrar su deuda ante el fisco, no adecua su condición a la hipótesis contemplada en la normativa en cuestión, sin defecto en valorar dicho dato, como una circunstancia agravante del delito de defraudación tributaria, siempre y cuando la insolvencia patrimonial, haya sido provocada con la intención de frustrar el pago del tributo adeudado.

Visto así las cosas, el fundamento de la regularización tributaria –como causal de exclusión de pena–, no puede sustentarse en las particularidades que revela el deudor tributario, sino en el hecho objetivo, de que este se presenta –libre y voluntariamente–, ante el órgano administrador del tributo y admite haber incurrido un delito de defraudación tributaria(11); en principio, se diría que es el acto de arrepentimiento, de expiación del autor del injusto penal tributario, lo que definiría la liberalidad que el Estado le otorga, al eximirlo de la sanción punitiva, mas para ser sincero, lo que verdaderamente impulsa esta legislación premial, es el propósito de la Hacienda Pública, de asegurar la recuperación del dinero, por las deudas tributarias vinculadas con la comisión de los ilícitos penales tributarios y, con ello cautelar que los cometidos sociales del tributo puedan ser

(10) ABANTO VÁSQUEZ, M. *Derecho Penal económico. Parte especial*. Idemsa, Lima, 2000, p. 502.

(11) Para Bacigalupo, la exclusión de punibilidad este caso se fundamenta en la autodenuncia y la reparación; *Comentarios al Código Penal,* 3. Bosch, Barcelona, 2007, p. 2322.

alcanzados a cabalidad[12]. Empero, no puede dejar de mencionarse, que quiérase o no, se le otorga al Estado un privilegio, cuando es el sujeto pasivo de la relación jurídico-obligacional, cosa, que no sucede en la estafa, donde el perjudicado es el particular[13].

Como se postula en la doctrina nacional (...) el artículo 189 del Código Tributario (...), responde a la necesidad de incrementar la recaudación fiscal a través del pago de las deudas tributarias ocultas, permitiendo así el retorno a la legalidad de contribuyentes que han desarrollado conductas evasoras, fortaleciendo con ello la moral fiscal y el sistema tributario[14].

En la doctrina española Morales Prats sostiene que se trata en suma de dotar al sistema punitivo de "válvulas de escape" en materia de delitos contra la Hacienda Pública, armónicas con los intereses tutelados, por medio de una forma de equilibrio que intenta satisfacer tanto las necesidades recaudatorias de la Administración Tributaria (...) como la evitación de que el Derecho Penal se convierta en puro instrumento de recaudación fiscal[15]; como bien señala este mismo autor, (...) la propia Administración Tributaria ha comprobado cómo el recurso al Derecho Penal no es la panacea para colmar los fines y necesidades recaudatorias. En efecto, la remisión de expedientes a la jurisdicción penal determina un retardo considerable en la satisfacción de las deudas tributarias (...)[16]. De hecho, esto también es patente en nuestra realidad judicial, donde la Administración asume muchos poderes de fiscalización tributaria, y como único ente legitimado para denunciar estos delitos, el tiempo que habrá que transcurrir será dilatado hasta que se pueda honrar la deuda tributaria.

En el Acuerdo Plenario N° 2-2009, se sostiene al respecto que: "La finalidad de política tributaria de la regularización se encuentra en el objetivo estatal de conseguir que los tributos dejados de pagar efectivamente se recauden, y su

(12) Como bien lo anuncia Bacigalupo, (...) el aumento de la recaudación fiscal es claro: el que se autodenuncia y repara permite la percepción de tributos que, de otra manera, difícilmente se hubieran podido obtener en poco tiempo, pues la Administración hubiera tenido, ante todo, que descubrir el hecho, lo que no es fácil, y luego ejecutarlo coactivamente contra el infractor; *Comentarios al Código Penal,* 3, ob. cit., p. 2322.

(13) O, como apunta Morillas Cueva, si bien es cierto que pueden existir sólidas razones político-criminales para su aceptación, también lo es que su presencia en el Código Penal puede entenderse como un agravio comparativo con respecto a los contribuyentes que satisfacen sus deudas fiscales en los plazos legales y, además, con respecto a otros delitos, como, por ejemplo, los patrimoniales; *Delitos contra la Hacienda Pública*. Ob. cit., p. 876.

(14) RAMÍREZ BECERRA, C. *La regularización tributaria como excusa absolutoria establecida en el artículo 189 del Código Tributario*. RDPE, Lima, 2009, p. 265.

(15) MORALES PRATS, F. y otros. *Comentarios a la Parte Especial...* Tomo II, ob. cit., p. 995.

(16) Ídem.

fundamento dogmático reside en la reparación del daño [GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte especial*. Tomo II, Grijley, Lima, 2007, pp. 693 y 698] y, como tal, con entidad para confluir con los fines de la pena –tanto en la retribución como en la prevención [VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2006, p. 80]".

La naturaleza jurídica de esta exención es la de una causa de anulación o levantamiento de la pena habida cuenta de que solo opera con posterioridad a la realización del hecho delictivo, en virtud de lo cual puede afirmarse que exonera retroactivamente de una punibilidad que ya había surgido(17).

Como se ha tenido la oportunidad de indicar, el fundamento de esta "exclusión de pena", no la podemos identificar en el momento en que el sujeto contribuyente, perpetró el acto típico de defraudación tributaria, sino en un momento posterior, cuando este muestra su arrepentimiento, al honrar la deuda tributaria generada, como consecuencia de la comisión del hecho punible.

Lógicamente, que la materialización del pago no resulta suficiente, para dar respuesta positiva a la exclusión de pena, en el sentido de que el momento y las circunstancias en que este se realiza, son los que determinan su procedencia.

1. Exención punitiva de los partícipes

Resultando que la exclusión de pena se sustenta en un hecho objetivo (**ulterior comisión del delito**) y no en las particularidades personales del agente, no hay problema alguno, para que la exención punitiva se extienda a los partícipes (cómplices)(18). Y esta afirmación debe ser matizada, en el sentido de que la exclusión de pena, necesita irremediablemente del pago de la deuda tributaria y, esta solo puede ser efectivizada –en principio– por el deudor tributario, por tanto de dar cabida a la "regularización tributaria"; en este caso, el cómplice primario, v. gr., el contador de la empresa, podrá confesar su participación en el hecho punible, empero él no puede regularizar la deuda tributaria, de manera que siempre necesitaría de la presencia del deudor principal, es decir, del autor del ilícito penal tributario. No obstante, la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 2-2009 ha dejado entrever que: "(...), la regularización no necesariamente debe ser obra del obligado; además, los motivos internos que determinan la regularización no son relevantes, solo es

(17) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la empresa.* Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 575.

(18) García Cavero anota que si bien podría considerarse inadmisible que un interviniente que no ha hecho nada por reparar el daño se beneficie de la regularización tributaria realizada por otro, hay que tener presente que la reparación se hace respecto de todo el delito y no solo respecto de una parte; *Los delitos tributarios*. Ob. cit., p. 699.

el momento en que tiene lugar"; inclusive el artículo 3 de la Ley N° 27080, da entender ello, cuando a la letra dispone que: "Precisase que el órgano jurisdiccional declarará la improcedencia de la acción penal contra el partícipe cuando el o los contribuyente(s) vinculado(s) con él en la comisión de delito tributario cumpla(n) con los requisitos para su acogimiento, sin necesidad que dicho partícipe presente solicitud alguna". Si bien el artículo 30 del TUO del CT, dispone que **los terceros pueden realizar el pago, salvo oposición motivada del deudor tributario**, no es menos cierto que el abono de la deuda por parte del partícipe (contador) del delito tributario[19], implica no solo la admisión de responsabilidad penal de este, sino que implícitamente llevará aparejada la responsabilidad penal del autor, pues no puede haber cómplice sin autor (principio de **accesoriedad en la participación**), de modo, que esto supondrá necesariamente una delación sobre el contribuyente, lo cual escapa a la ratio de la "regularización Tributaria", cuya operatividad y funcionamiento reposa sobre espontaneidad y voluntariedad de cada uno de los involucrados en la comisión del injusto penal-tributario.

La fundamentación anotada necesita de un desarrollo pormenorizado, en el sentido de que la normativa tributaria ha encaminado la exclusión de pena, sobre la base de una institución de corte administrativo, es la legalidad tributaria la que configura la exoneración de responsabilidad penal, es decir, no ha sido pensada conforme a las aristas que se compaginan desde la teoría del delito, conocedores, que la participación delictiva es una institución dependiente de la autoría, cuya punición está subordinada a la comprobación de un verdadero injusto penal (**acción u omisión típica y penalmente antijurídica= posición limitada**)[20]. En cambio, acá, la prescripción legal se asienta en una posición netamente tributaria, de quien es el deudor frente a la Administración, es el único legitimado para regularizar el adeudo tributario, al margen de la excepcionalidad anotada. Siendo así las cosas, primero debe enfatizarse la idea de que esta fijación normativa (administrativa), no es obstáculo para que por razones de "justicia material", el partícipe, sea beneficiado también con la exclusión de pena, pues escaparía a todo razonamiento lógico, de que la persona que solo aportó una contribución, para que el autor simulara gastos inexistentes y así sustraerse del pago frente al fisco, sea objeto de punición, mientras que la persona que ostenta el dominio de la situación (manejo de la organización), quede libre de polvo y paja; un excesivo refinamiento dogmático (**penal**), no puede obstaculizar una salida político criminalmente satisfactoria, en

(19) Importante lo que acota García Cavero, de que lo que no parece de recibo es que terceros no intervinientes en el delito tributario realicen el pago de la deuda con el efecto de una regularización tributaria, pues de aceptarse esta posibilidad el delito tributario se reduciría en el fondo a un simple incumplimiento del pago de una deuda; *Los delitos tributarios*. Ob. cit., pp. 701-702.

(20) Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, ob. cit., pp. 641-642.

el entendido que al no instituirse en una verdadera excusa absolutoria[21], sostenida en las características del agente, sino en un hecho **objetivado, no hay escollo en extender el beneficio a los partícipes**.

Por ese lado, no vemos problema alguno, de que se extienda la exclusión de pena a los partícipes, tal como la Corte Suprema lo ha definido en el Acuerdo Plenario 2-2009: la problemática –en realidad– estriba en el procedimiento que ha de incoar el partícipe para verse beneficiado con la exoneración de responsabilidad penal y, esto lo decimos –en tanto y en cuanto–, el artículo 189 del CT, observaría una referencia (**implícita**) a la persona del deudor tributario, quien en términos penales (**sustantivos**) es solamente el autor, y por tanto solo él –en principio–, puede regularizar la situación, que describe dicho enunciado legal. Máxime, cuando la exclusión de pena, si bien requiere de un acto voluntario y espontáneo del contribuyente[22], el elemento que define en puridad la institución liberatoria de pena, es el pago de la deuda, de forma que aun cuando el cómplice acuda a la Administración y así se autodenuncie, no será suficiente para lograr alcanzar la exclusión de pena, si por ejemplo el deudor tributario obligado se opone a ello, tal como lo prevé el artículo 30 del TUO del CT.

Por lo demás, el cómplice no puede obligar al autor, a que no se oponga a que realice el pago, en la medida que esto significa una asunción implícita de culpabilidad y, sobre esto, se alza el derecho a la no autoincriminación; en el fondo no podemos someter a esta institución al solo pago de una deuda, con ello se transmite un mensaje negativo a los contribuyentes: **no se preocupe, si usted está incurso en un delito tributario, puede quedar liberado de toda responsabilidad, siempre y cuando usted u otro, pague la deuda que tiene con el fisco**. El delito se convierte en un mero incumplimiento jurídico-obligacional, dejándose de lado, la sustantividad que define su desvalor frente a otra clase de comportamientos, con ello los fines preventivo-generales se relajan de forma gravitante.

Sea como fuese, no procede la regularización liberadora de pena, si es que el cómplice acude a la Administración, admitiendo responsabilidad penal, pero del delito de falsedad material y no como cómplice del delito de defraudación tributaria, en la medida que las deudas originadas deben ser producto de la comisión de un ilícito penal-tributario, del cual se requiere la admisión de culpabilidad.

(21) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo II, ob. cit., pp. 541-550.

(22) Inclusive puede darse el caso, de aquel contribuyente acucioso, teniendo información de adentro de la Administración, en que será objeto de una inspección fiscalizadora, se adelanta a los hechos y se auto-denuncia, evitando así una probable sanción punitiva.

Lo que se podría proponer es una reforma legislativa, para así aclarar el panorama de mejor forma, de que en el caso del partícipe, **basta la autodenuncia así como de dar ciertos datos indicativos, que puedan inferir la comisión de un delito tributario por parte del autor, mas para ser sinceros, una regulación –así concebida–, se entronca en instituciones propias del Derecho Procesal Penal, como es la colaboración eficaz**(23)**, que tiene su par en el Decreto Legislativo N° 815**(24), cuyo artículo 2 dispone a la letra que: "El que encontrándose incurso en una investigación administrativa a cargo del Órgano Administrador del Tributo, o en una investigación fiscal a cargo del Ministerio Público, o en el desarrollo de un proceso penal, proporcione información veraz, oportuna y significativa sobre la realización de un delito tributario, será beneficiado en la sentencia con reducción de pena tratándose de autores y con exclusión de pena a los partícipes (...)"; se requiere además, de confesar los hechos delictivos tributarios de los que ha participado, una actitud psíquica, anímica, cual es el arrepentimiento(25). La otra opción sería regular la exclusión de pena, en una norma estrictamente penal, pero ella no podría determinar una situación esencialmente tributaria.

Sobre lo anterior, en el Acuerdo Plenario N° 2-2009, se dice que: "En tanto se trata de una causa material de exclusión de punibilidad *ex post factum* sus efectos liberatorios de la sanción penal necesariamente alcanzan o benefician a todos los intervinientes en el delito –autores y partícipes–. Destaca la perspectiva objetiva de la regularización tributaria, esto es, el ámbito de aplicación, los requisitos y los efectos de la regularización, como resulta evidente, se refieren al hecho o injusto culpable, no al autor. Tal consideración es, por cierto, compatible con el propio tenor literal del artículo 189 CT, que a final de cuenta impide toda posibilidad de someter a proceso penal por los hechos punibles objeto de regularización".

2. Aspectos varios (sustantivos) en la regularización tributaria

¿Puede tomar lugar la "regularización tributaria", en la tentativa?, entendemos, que el procedimiento de regularización tributaria solo puede tener como basamento un delito tributario consumado, en el sentido de que el fisco haya sufrido un detrimento en sus arcas patrimoniales, producto del no pago de la deuda tributaria, cosa que no sucede en la tentativa del delito de defraudación tributaria, donde,

(23) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Procesos Penales especiales y el Derecho Penal frente al Terrorismo*. Idemsa, Lima, pp. 359-404.

(24) Cfr. PEÑA CABRERA R. *Todo sobre lo ilícito tributario*. Grijley, Lima, 1996, pp. 451-466.

(25) PEÑA CABRERA, R. *Todo sobre lo ilícito tributario*. Ob. cit., p. 457.

circunstancias ajenas a la voluntad del autor, este no logra alcanzar el éxito criminal. Entonces, no puede regularizarse una deuda, que no logró generarse[26][27].

Cuestión importante a saber, es que si el contribuyente se presenta ante la Administración, admitiendo su responsabilidad, y antes de que se dé luz verde a la regularización tributaria prescribe la acción penal, el procedimiento quedará sin efecto, siempre que así lo advierta la defensa del contribuyente[28][29]; si este último no lo hace y así prosigue el órgano administrador del tributo y el contribuyente cumple con pagar el adeudo tributario, no habrá nada que hacer, pues el reconocimiento de la comisión del delito, lleva aparejado el reconocimiento de la deuda y, si este no ha prescrito conforme las normas tributarias, la Administración tiene todo el derecho de exigir su cobro. Cuestión añadida a saber, es cuando la prescripción se refiere al delito medio (**falsedad material**) y, no al del delito tributario, igual procede la regularización tributaria, mas no al revés, cuando la prescripción alcanza al ilícito penal tributario.

Otro aspecto que no hace referencia la ley ni el Acuerdo Plenario, son los efectos que toman lugar, cuando el contribuyente no cumple con pagar la totalidad de la deuda, por ende, la regularización no llega a buen puerto (estado de insolvencia patrimonial sobreviniente); en tal entendido, la Administración podrá comunicar a la fiscalía, los indicios de la presunta comisión de un delito tributario, mas no podrá trasladar como un acto de prueba –que no puede ser reputado como tal–, la confesión del agente, por lo que su admisión de culpabilidad, no puede ser vista como una información valedera para un proceso penal, no solo por no haberse realizado con las garantías que la ley procesal exige al respecto, sino también por lo injusto que resultaría, una doble sanción, primero negarle el acogimiento a la

(26) Vide, al respecto, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico*. Ob. cit., p. 577; no en vano se podría postular el desistimiento voluntario, siempre que el agente cumpla con lo previsto en el artículo 18 del CP; Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, ob. cit., pp. 687-694; a decir de Ramírez Becerra, no nos encontramos frente a la figura del desistimiento a que se refiere el artículo 18 del Código Penal peruano, pues esta se presenta luego que el delito ya se ha consumado y que se ha producido la lesión al bien jurídico protegido, expresado en el no pago parcial o total de los tributos a través de una actuación fraudulenta o la obtención de beneficios tributarios; *La regularización tributaria*... pp. 266-267; si el delito ya se consumó, ya no resulta jurídicamente admisible la procedencia del desistimiento voluntario.

(27) De todos modos, no puede dejarse de advertir, que se da en este caso, una carencia de logicidad, la que se muestra con una reacción punitiva distinta, pues ante un delito tentado, que no ha podido afectar las arcas patrimoniales del fisco, ha aplicarse una pena, si bien morigerada, no alcanza a una total exoneración punitiva, que sí alcanza al delito consumado, que llego afectar el erario público.

(28) Es el representante del Ministerio Público, el órgano encargado de perseguir el delito, por tanto, la promoción de la acción penal está supeditada a su vigencia temporal.

(29) El proceso de regularización tributaria no puede ser concebido como una cuestión prejudicial, cuyo resultado defina si el hecho puede o no ser considerado como delictuoso, en tanto este se inicia con una confirmación de culpabilidad del contribuyente, de manera que no opera acá la suspensión de la prescripción de la acción penal.

regularización y, luego emplear la admisión de responsabilidad para condenarlo en la vía criminal.

Aspecto de ineludible remisión, es que una vez que se admitió el proceso de regularización, obviamente con el comprobado cumplimiento de la deuda tributaria por parte del agente, la Administración debe emitir una resolución que así lo indique, y remitirla al Ministerio Público, pues no vaya ser que la fiscalía reciba una denuncia por este delito, cuando el asunto ya fue zanjado en la vía administrativa. Es por tales motivos, que instituciones de tal naturaleza, deberían ser objeto de regulación penal, empero, estamos ante una parcela muy especial de la delictuosidad, de manera que la remisión a normativas extrapenales es irremediable, lo cual no significa que la Administración haya de superponerse sobre las funciones del Ministerio Público, como lo diremos líneas adelante.

¿Todas las conductas delictivas, comprendidas en la Ley Penal Tributaria, pueden ser acogidas por el procedimiento de "regularización tributaria"? Del enunciado legal, se desprende que no basta con que se trate de un acto constitutivo de delito "tributario", sino que su comisión debe haber generado un adeudo tributario, situación que no puede comprobarse en todos los casos, como el hecho de no llevar libros o registros contables y conductas afines, de conformidad con los alcances normativos del artículo 5 (delito contable), empero no puede perderse de vista que las manipulaciones contables, como realizar anotaciones de cuentas inexistentes, de hecho puede ser un medio para la perpetración del delito de defraudación tributaria; así también, los comportamientos descritos en los artículos 5-A, 5-B y 5-C, incorporados por el Decreto Legislativo N° 1114.

3. Requisitos de la regularización tributaria

Antes de pasar al examen de los requisitos de la "regularización tributaria", debemos detenernos en el modelo de persecución penal, –en cuanto al diseño constitucional–, que determina cuáles son las instituciones encargadas de perseguir y combatir el crimen. Bajo dicho parangón, fue que se optó por articular un modelo de persecución penal, armonioso con un orden democrático de derecho, de ser el fiscal, quien conduzca y controle jurídicamente la investigación; siendo el Ministerio Público, un organismo constitucional plenamente autónomo e independiente, cuyos representantes son elegidos, fuera de toda injerencia política, esto quiere decir, confiar a un ente estatal que pueda actuar con toda objetividad e imparcialidad.

El modelo procesal descrito tuvo como antecedente la Constitución Política de 1979, adquiriendo una mejor solvencia regulativa en la Carta Fundamental de 1993, luego de la dación de la LOMP. Y, es así que se van sentado las bases

programáticas de un modelo procesal acusatorio, de acuerdo a la estructura intra-normativa del nuevo CPP - Decreto Legislativo N° 957, cuya aplicación en el país, ha cubierto casi el 80% del territorio patrio.

No obstante lo anotado, en el marco de la política criminal, se fue perfilando a comienzos de la década de los noventa, una normativa tendiente a sobredimensionar las labores de la Administración, por sobre las labores del Ministerio Público, al instituirse una especie de **prejudicialidad administrativa en la delincuencia económica, donde el fiscal se ve obstaculizado en la actuación persecutoria, al requerir necesariamente de un informe administrativo aprobatorio de indicios de la comisión de un hecho punible, lo cual significó una vulneración inaceptable a la autonomía que goza la fiscalía en el ejercicio de la acción penal pública**. Esto es, la promoción de la acción penal por parte del persecutor público, no puede estar supeditada a la actuación de un órgano administrativo; es por ello, que siempre hemos postulado que la actuación investigativa del fiscal no es "administrativa", sino de naturaleza sui géneris. El Ministerio Público en su misión investigativa, puede nutrirse de la información que le puedan brindar diversas instituciones públicas, sobre todo en tópicos de harta complejidad (delitos tributarios); sin embargo, ello no puede implicar un sometimiento del fiscal a las decisiones administrativas.

El artículo 7 de la LPT, en su redacción originaria, establecía que: "El Ministerio Publico, en los casos de delito tributario, podrá ejercitar la acción penal solo a petición de parte agraviada. A efecto se considera parte agraviada al Órgano Administrador del Tributo"; fíjese el lector, que si el agraviado decidiese no denunciar el hecho, la fiscalía –de oficio o vía acción popular–, no podía promover la acción penal, algo desdeñable desde todo punto de vista constitucional. Es como si la víctima de un delito de lesiones o de estafa, no denuncia, el hecho nunca podría ser ventilado en la vía penal; el ejercicio de la acción penal no puede estar condicionado a la voluntad del agraviado, el principio de "oficialidad", así como la naturaleza "pública" de la acción penal impiden una consideración en contrario.

La entrada en vigencia del nuevo CPP habría de repercutir en dicha insostenible situación, específicamente el numeral 5 de la Segunda Disposición Modificatoria y Derogatoria del Decreto Legislativo N° 957, que modifica dicho artículo de la siguiente forma:

> "El Ministerio Público, en los casos de delito tributario, dispondrá la formalización de la Investigación Preparatoria previo informe motivado del Órgano Administrador del Tributo.
>
> Las diligencias preliminares y, cuando lo considere necesario el juez o el fiscal en su caso, los demás actos de la instrucción o investigación preparatoria,

deben contar con la participación especializada del Órgano Administrador del Tributo".

De hecho, la LPT habría de ajustar su terminología a las instituciones del nuevo Proceso Penal, en el sentido de que ya hay un juez penal que emite un auto de procesamiento, sino un fiscal penal que dicta una formalización de investigación preparatoria; sin embargo, se sigue manteniendo el tema del **informe de la Administración, que en definitiva no es prueba preconstituida, sino de un mero informe, que para que sea considerada "prueba" en el procedimiento penal, requiere que sus elaboradores acudan al juzgamiento y sean así sometidos a la contradicción procesal**. Por lo demás, consideramos, que aún la Administración Tributaria evacue un informe, sosteniendo que no existen indicios de la comisión de un hecho punible, aún así el fiscal podrá formalizar la IP, siempre y cuando cuente con otras evidencias que respalden su decisión. Igual, con el modelo del C de PP, el fiscal podrá formalizar la denuncia penal, no obstante que el órgano tributario, ha evacuado un informe negativo con respecto a la probable comisión de delito.

Importante lo que se dice en el segundo numeral, de que la participación del órgano administrador del tributo, sea en las diligencias preliminares, investigación preparatoria o instrucción, dependerá de una decisión (**facultativa**) del juez o del fiscal; este último, el único funcionario legitimado para hacerlo en el nuevo CPP, al asumir por entero, la conducción material del procedimiento. Esto quiere decir, que la intervención de la Sunat, en la investigación no es un imperativo categórico, sino que será el persecutor público o el juzgador, quienes decidan si participa o no en las diligencias investigativas, por tanto ha de ser tratada como cualquier agraviado, sin privilegios y/o prerrogativas que la ley procesal no le reconoce.

Vista así las cosas, el artículo 189 del CT hace alusión –de que la regularización tributaria ha de tomar lugar–, **antes de que se inicie la correspondiente investigación dispuesta por el Ministerio Público**; por lo que definir dicho estadio, resulta de vital importancia. Es así, que conceptuamos a la "investigación penal", como todo un conjunto de actos, de diligencias y pesquisas encaminadas a la averiguación de los hechos a la identificación del autor y/o partícipe del hecho punible, el modo, forma y circunstancias de cómo se desarrolló el evento delictivo, el móvil del crimen, la identificación de la víctima, la magnitud del daño causado, etc. Y, esta actividad investigativa se inicia una vez que el Ministerio Público toma conocimiento de la noticia criminal, disponiendo la realización de DP, por lo que no se requiere de una IP formalizada.

En el Acuerdo Plenario, se dice al respecto, que: "(...) En este último supuesto no hace falta una disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria (artículo 7.1 LPT en concordancia LPT) en concordancia con el artículo 336 NCPP), cuyo equivalencia en el ACPP será la denuncia formalizada del Ministerio Público y el respectivo auto de apertura de instrucción; solo se requiere del inicio

de actuaciones de investigación, que muy bien pueden tratarse de diligencias preliminares en tanto en cuanto exista suficiente precisión de los cargos, de su presunta relevancia delictiva (...)".

Según lo esbozado por la Corte Suprema el inicio de las diligencias investigativas debe ir aparejado con la formulación de una imputación delictiva precisa y concreta, lo cual implica una atribución delictual detallada, con respecto a hechos que sean susceptibles de ser encajados en algunos de los supuestos delictivos de la LPT y que recaigan sobre una persona (agente) debidamente individualizado (sea como autor y/o partícipe); si se trata de meras indagaciones, sin un basamento preciso de imputación delictiva, aún podrá el contribuyente acogerse al proceso de regularización tributaria. Así también, denuncias indeterminadas, sin identificar a una persona, que se interponen ante la policía, tampoco impiden el encausamiento del proceso en cuestión.

La otra condición importa, que **el Órgano Administrador del Tributo no haya iniciado, cualquier procedimiento de fiscalización relacionado con el tributo y periodo en que se realizaron las conductas señaladas, de acuerdo a las normas sobre la materia**; en esta hipótesis, estamos ante una actuación típicamente "administrativa", donde la Administración, en el marco de sus facultades legales, ejerce actos de inspección y/o fiscalización, de estricta vinculación con el periodo y tributo, en que tomó lugar la presunta defraudación tributaria u otro ilícito penal tributario. Si se trata solamente del pedido de una información general del contribuyente o una comunicación referida a cambio de algún dato elemental del mismo o simplemente se le cursa una comunicación, para determinar ciertas reglas de valoración fiscal, no se dará el supuesto –in examine–.

En la doctrina nacional, haciendo alusión a un "requerimiento", se señala que este está referido al de inicio del proceso de fiscalización contemplado en el artículo 62 del Código Tributario, pues este posibilita el descubrimiento de la conducta fraudulenta y afectaría la voluntariedad y espontaneidad en el pago de la deuda(30).

Debe tratarse, por tanto, de un acto de fiscalización tributaria, tendiente a verificar los datos evacuados por el contribuyente en su declaración jurada de determinación tributaria, susceptible –por ende–, de poder descubrir un probable delito fiscal.

De hecho, una vez que el órgano administrador del tributo haya recogido evidencias de la comisión de un delito fiscal y, recién en dicha oportunidad, el contribuyente pretende acogerse a la regularización tributaria, ya no puede hablarse de un acto espontáneo y voluntario, sino de una actitud encaminada a salvar el

(30) RAMÍREZ BECERRA, C. *La regularización tributaria...* Ob. cit., p. 273.

apremio producido; (...) de no ser así se favorece el acuerdo y el "compadreo" entre la Inspección y el contribuyente, quien, en última instancia, prefiere pagar a verse expuesto a una condena penal(31).

III. EXTENSIÓN DE LA EXCLUSIÓN DE PENA

De recibo, la institución de la "regularización tributaria", se convierte en la práctica en un instrumento liberador de pena, que extiende sus derroteros a un espacio que trasciende el campo estrictamente penal-tributario; esto lo decimos, por la previsión normativa que la respalda, que a la letra dispone que: "La improcedencia de la acción penal contemplada en el párrafo anterior, alcanzará igualmente a las posibles irregularidades contables y otras falsedades instrumentales que se hubieran cometido exclusivamente en relación con la deuda tributaria objeto de regularización".

Primero, hemos de referirnos a las llamadas "falsedades instrumentales"; sostuvimos en un apartado del presente trabajo que el delito de defraudación tributaria (tipo base), puede ir aparejado con cierta documentación (falsaria), que el agente (contribuyente), acompaña a la información que proporciona a la Administración Tributaria. Este acervo documental, es empleado por el agente para inducir en error al órgano tributario, y de hacer ver una realidad económica distinta a la realidad, para así pagar una base imponible menor a la que debía pagar; estaríamos ante una base fáctica, que ha de cobijarse a los alcances normativos del artículo 427 del CP - "Falsedad material(32)".

Siendo así, vemos que entre las modalidades típicas del injusto penal tributario y el tipo penal mencionado, existiría un concurso real de delitos, donde la presentación de la documentación falsaria se constituye en el medio que utiliza el autor, para poder perpetrar la defraudación tributaria.

Entonces, en pos de reforzar los fines motivadores de la "regularización tributaria", es que los efectos excluyentes de responsabilidad penal se extienden a las **falsedades materiales**, que se podían haber perpetrado en el decurso de un acto típico de defraudación tributaria y delitos conexos; más que razones de justicia material, son criterios de operatividad práctica, las que han inspirado esta definición legislativa; si es que el delito de falsedad material, ya se encuentra prescrito, cuando se inició el proceso de regularización, la resolución de la Administración Tributaria, no tendrá que tomar en cuenta dicho injusto penal.

(31) MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial*. 19ª edición, Tirant lo Blanch, 2013, p. 1045.

(32) Vide, al respecto PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo VI, Idemsa, Lima, 2011, pp. 615-648.

Como apuntan en la doctrina, esta extensión del efecto exoneratorio no debe entenderse como una decisión legislativa generosa, sino que es una condición necesaria para el efecto incentivador de la regularización tributaria(33).

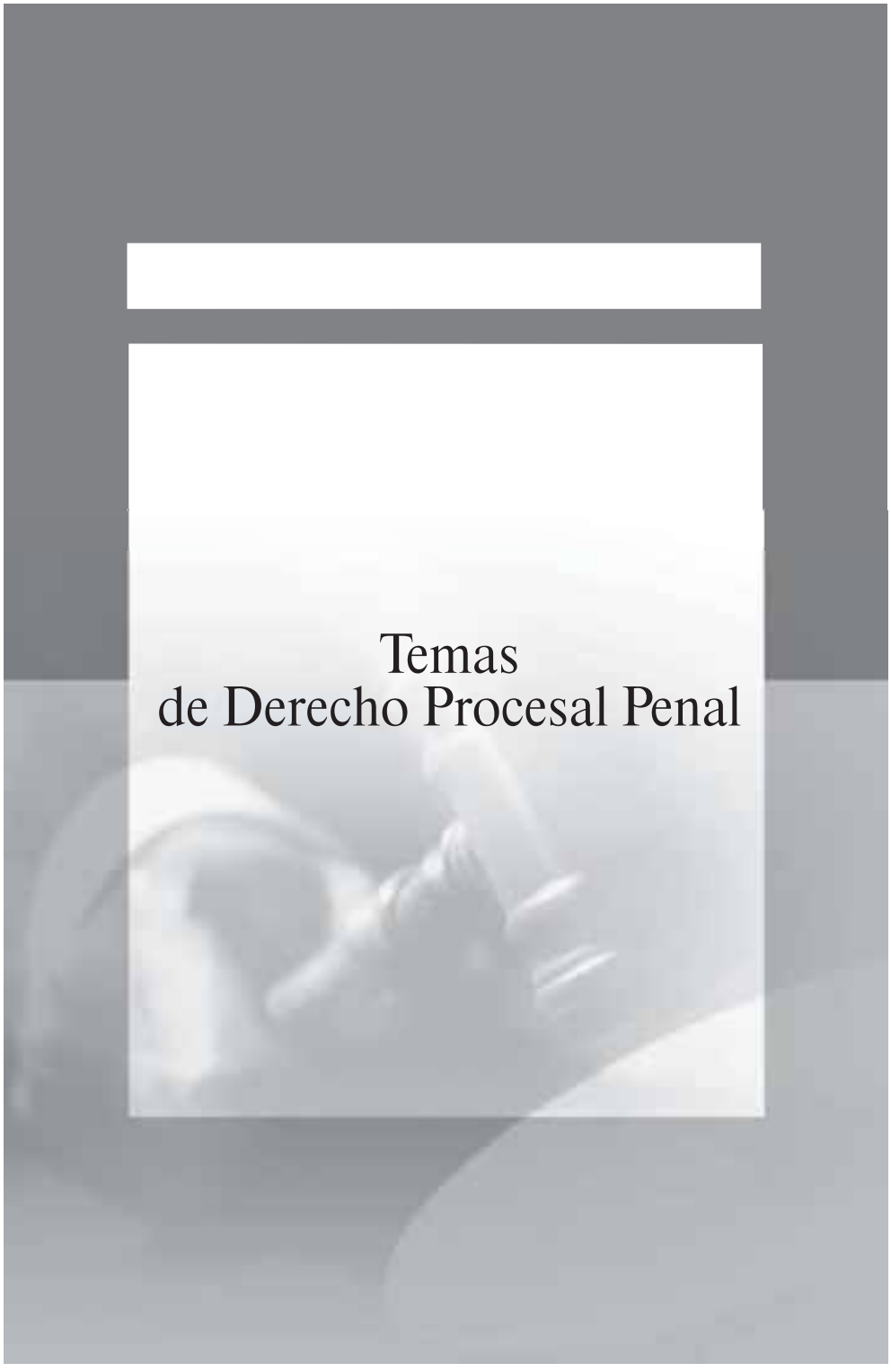
Otro punto, es lo concerniente a las **irregularidades contables**; somos del entendimiento de que una irregularidad no puede ser calificada válidamente como una conducta delictiva. La "irregularidad" implica no cumplir con los presupuestos previstos por la ley, esto es, con la normativa tributaria, sobre especificaciones contables. Por más que se diga, que las conductas descritas en el artículo 5 de la LPT son en realidad infracciones administrativas, que han sido elevadas al rango de "delito", no es asidero para pensar, que estas **irregularidades** puedan ser reputadas como delitos contables; de ahí, que se muestra un desacierto del legislador, de que se alcance con efecto **liberador de pena, una conducta que no puede ser sancionada con una pena**. No podría decirse, por otro lado, que los delitos contables no puedan ser objeto de regularización tributaria, desde los primeros términos del articulado y, sí cuando se refiere a lo segundo, en cuanto a comportamientos, cuya propiedad delictual, debe ser definido de forma expresa(34). Dudo que desde un plano interpretativo, pueda extraerse lo contrario(35).

(33) GARCÍA CAVERO, P. *Los delitos tributarios*, ob. cit., p. 704; BACIGALUPO, E. *Comentarios al Código Penal*, 3, ob. cit., p. 2323.

(34) Máxime, conforme lo que sostuvo antes, de que en esta clase de injustos penales, no se identifica un adeudo tributario, susceptible de ser regularizado.

(35) Cfr., al respecto, GARCÍA CAVERO, P. *Los delitos tributarios*. Ob. cit., p. 700.

Temas
de Derecho Procesal Penal



La detención domiciliaria y la problemática de su aplicación

I. CONCEPTOS PRELIMINARES

En la lucha contra la criminalidad, las agencias de persecución penal cuentan con un abanico de medidas de coerción, cuya finalidad es asegurar los cometidos esenciales del proceso penal. Dichos instrumentos adquieren la nomenclatura de "medidas de coerción procesal de orden personal y real", cuya imposición en el curso del procedimiento se sujeta a los presupuestos formales y materiales de provisionalidad, instrumentalidad, intervención indiciaria, proporcionalidad, legalidad, etc.

En el marco de las medidas asegurativas, la mayor tensión se produce cuando el imputado es privado de su libertad de forma provisional, cuando es sujeto a una prisión preventiva. Esta privación ha de producirse únicamente cuando concurren los elementos que la legitiman según el orden procesal vigente, sobre todo cuando el resto de medidas de coerción resultan insuficientes, no idóneas para asegurar la presencia del inculpado en las diligencias de investigación, conforme a una concepción de última ratio.

La intervención estatal (coacción) no solo ha de estar prevista en la ley procesal de forma expresa, sino que ha de ser necesaria para los fines que se persiguen y proporcional a la gravedad del hecho que se está investigando. Dicho en otros términos: la imposición de la medida de coerción solo ha de ser legítima cuando sea indispensable para garantizar los fines esenciales del proceso, cuya intensidad ha de corresponderse con la magnitud del desvalor que manifiesta el hecho, objeto de persecución penal.

La ley procesal penal (tanto el CPP de 1991 como el CPP de 2004) cuenta con diversas medidas de coerción procesal de naturaleza "asegurativa" para lograr la concreción del *ius puniendi* estatal y el pago de la pretensión indemnizatoria. Entre ellas, la prisión preventiva adquiere especial relevancia por los efectos gravosos que produce sobre el imputado, quien es recluido temporalmente en un establecimiento penitenciario.

Esta aflicción en un orden democrático de Derecho debe ser siempre la última opción, la última ratio, cuando el resto de medidas menos gravosas no resulten idóneas para con los objetivos que se pretenden alcanzar.

En un modelo procesal penal regido por el principio acusatorio, la libertad debe ser la regla y la detención la excepción; estos valores son invertidos en un modelo procesal más inclinado al principio inquisitivo, donde la privación preventiva de libertad es la opción preferible por el juzgador, es decir, la prima ratio.

Sin duda, el nuevo modelo procesal penal acusatorio-garantista pretende adscribirse a una cultura respetuosa de los derechos fundamentales, en el sentido de reservar la prisión preventiva solo para supuestos reglados, conforme a la gravedad del delito y otros datos que de forma objetiva hagan de esta medida una decisión inevitable para cautelar de los fines del proceso penal.

La excepcionalidad de la prisión preventiva, anota Miranda Estrampes, se complementa a su vez, con la previsión normativa y la regulación de un cuadro de medidas alternativas. Se ofrece, así, a los jueces un amplio espectro de medidas de coerción personales que les permiten ajustar su decisión a las concretas circunstancias concurrentes(1).

Conforme a lo expuesto, la adopción de la prisión preventiva no solo debe ser necesaria para los fines de la persecución penal (subprincipio de necesidad) y de magnitud adecuada conforme a la gravedad del hecho que se está investigando (principio de proporcionalidad), pues a ello debemos sumar la concurrencia de los presupuestos (formales y materiales) que el legislador ha glosado en el artículo 135 del CPP de 1991, así como en el artículo 268 del CPP de 2004. Estos presupuestos deben aparecer de forma conjuntiva o copulativa, tal como lo ha dejado sentado el máximo intérprete de la Constitución en una serie de pronunciamientos. Ante la negación de cualquiera de ellos, el juzgador deberá imponer una medida de comparencia.

Ahora bien, los elementos que se encuentran contenidos en la redacción normativa del artículo 135, deben tener fiel reflejo en la resolución jurisdiccional que imponga la prisión preventiva, en el sentido de que el juez ha de valorar cada uno de ellos mediando un razonamiento lógico-jurídico que revista a su decisión de validez y de razonabilidad. Esta exposición de hechos y de derecho, en conjunto, inciden en el plano de motivación de la resolución conforme a la exigencia constitucional.

(1) MIRANDA ESTRAMPES, M. "Aproximación a una teoría constitucional de las medidas cautelares personales, con especial atención a la prisión preventiva". En: *APECC - Revista de Derecho*, Año IV, Nº 6, Lima, p. 27.

No olvidemos que el imputado se encuentra revestido del principio de presunción de inocencia, lo que genera una serie de consecuencias jurídicas en el marco de la actividad probatoria, la más importante: que no puede ser tratado como culpable. Cuando se impone una prisión preventiva sin concurrir sus elementos legitimantes o cuando se extiende en el tiempo de forma innecesaria, se produce una evidente lesión al principio antes anotado, afectándose por consiguiente la libertad e inviolabilidad personal del individuo, al atribuirse a dicha institución fines privativos del Derecho Penal sustantivo.

Lo real es que si en la lucha contra la criminalidad por medio de la prisión preventiva y antes de la sentencia pasada con autoridad de cosa juzgada, se irrespeta el principio de inocencia, se le quita valor al procedimiento principal y se lesiona a una persona sin fundamento jurídico(2).

II. LOS PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva constituye la intromisión estatal de mayor gravedad con que cuenta la normativa procesal, en cuanto a la privación de un bien jurídico de alta estimación valorativa como es la libertad personal. Por tales motivos, su imposición judicial debe obedecer a un análisis riguroso de los presupuestos de orden material y procesal, que deben concurrir para que su adopción sea no solo legal, sino también legítima. Dicha valoración debe realizarse también cuando la medida debe prolongarse en el tiempo, cuando la parte afectada solicita su variación por una medida de menor intensidad coactiva.

En palabras de Pastor, el cumplimiento riguroso de cada uno de estos presupuestos y su subsistencia garantizan la utilización y la pervivencia excepcionales de este instrumento, tornándolo así de uso legítimo en esos supuestos(3). Es por ello que su dictado solo puede emanar en el marco de un proceso penal, por parte del órgano jurisdiccional competente, si es que se advierten indicios reveladores de criminalidad, así como la probable intención del imputado de eludir la acción de la justicia(4), tal como se desprende del artículo 253.1 del nuevo CPP.

La prisión preventiva es una medida cautelar de privación de libertad adoptada durante el curso de un proceso penal, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que constitucionalmente la justifican y delimitan, que, en esencia, son asegurar la ejecución de la sentencia que se dicte(5). Es de

(2) CABRERA, S. "Pena privativa de libertad y prisión preventiva". En: *Garantías, medidas cautelares e impugnaciones en el proceso penal*, pp. 394-395.

(3) PASTOR, D. R. "Las funciones de la prisión preventiva". En: *La injerencia en los derechos fundamentales del imputado.* Tomo II, p. 132.

(4) Así, GIMENO SENDRA, V. *El proceso de hábeas corpus,* pp. 30-31.

(5) RIFÁ SOLER, J. M. et ál. *Derecho Procesal Penal,* p. 234.

naturaleza personal, pues recae directamente sobre un bien inherente al imputado y tiene que ver con la punibilidad del procedimiento, pues asegurando la comparencia del imputado garantiza que, en caso de sentencia condenatoria, se efectivice la ejecución penal(6).

Dicho lo anterior, puede decirse que la prisión preventiva no solo requiere que sus presupuestos de aplicación se encuentren reglados en la ley procesal penal (principio de legalidad(7)), sino que se oriente a conjurar posibles riesgos que pongan en peligro los fines esenciales del proceso penal, como se sostuvo líneas atrás. A todo ello debemos agregar su sujeción al principio de proporcionalidad, en el sentido de que la medida sea estrictamente necesaria para la protección de un interés jurídico superior, referido al interés de la sociedad de que las conductas de mayor nocividad social sean perseguidas penalmente, lo que a su vez importa que no exista otra medida que pudiese reportar los beneficios que de ella se espera obtener (principio de necesidad)(8).

Así, en la doctrina se sostiene que la medida solo deberá ser adoptada si la amenaza cierta para los fines del proceso –que implica la libertad del imputado– no puede ser neutralizada efectivamente de un modo menos agresivo para los derechos fundamentales de aquel(9). Finalmente, la intensidad de esta medida debe ser adecuada a la gravedad del injusto que se está investigando, pues si el hecho punible es de menor gravedad, en definitiva, la medida de coerción debe ser la comparecencia.

Los presupuestos de la prisión preventiva deben estar expresamente previstos en la ley, en orden a cautelar su legalidad, pero es sabido que la legitimidad de su imposición no solo se encuentra condicionada a ello, sino que se requiere de que

(6) PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Rodhas, Lima, 2008, p. 340.

(7) En palabras de Miranda Estrampes, el principio de legalidad no solo exige la precisa identificación de los supuestos fácticos que posibiliten la limitación del derecho a la libertad, sino que además comporta que las autoridades y sus agentes solo podrán acordar aquellas medidas limitativas expresamente previstas en la ley; MIRANDA ESTRAMPES, M. *Aproximación a una teoría constitucional de las medidas cautelares* personales, p. 33. Ello supone también que solo podrán ser impuestas por aquellas autoridades a las cuales la ley y la Constitución les ha conferido dicha potestad funcional, que según el orden de valores contemplados en nuestra Ley Fundamental son los jueces (artículo 138), quienes en mérito al principio de jurisdiccionalidad son los únicos funcionarios legitimados para dictar medidas de coerción procesal así como medidas limitativas de derechos fundamentales, tal como se afirma en el artículo VI del Título Preliminar del nuevo CPP. Cualquier otro funcionario público y/o servidor público no puede arrogarse tal facultad; los efectivos policiales únicamente pueden privar de la libertad a un individuo en caso de delito flagrante; ante cualquier otro supuesto se configura un atentado contra la libertad e inviolabilidad personal, mediando una conducta arbitraria, ilegal e incompatible con los principios jurídico-constitucionales.

(8) Así, MIRANDA ESTRAMPES, M. *Aproximación a una teoría constitucional de las medidas cautelares personales*, p. 35.

(9) PASTOR, D. R. *Las funciones de la prisión preventiva*, p. 133.

sus elementos de configuración se encuentren presentes en el caso concreto. Esto implica que el juzgador debe valorar en cada causa, si concurre cada uno de ello. No es suficiente que invoque el supuesto de hecho contemplado en el dispositivo legal, sino que debe contrastar los alcances normativos de la ley con el relato fáctico en concreto, solo así podemos estar ante una decisión legal y debidamente fundamentada.

La concurrencia de los presupuestos del *fumus comissi delicti* y *periculum in mora* no pueden ser determinados de forma apriorística, meramente estimativa o "subjetiva"; se necesita en todos los casos un basamento objetivo que respalde su aparición, con los indicios que se cuenta en el expediente. Primero, la razonable estimación de datos objetivos que de forma racional permitan atribuir al imputado los hechos presuntamente delictivos. Segundo, la verificación de que existan indicios que de forma objetivada permitan inferir que el imputado pueda fugarse, al no contar con un arraigo social y/o laboral que lo vinculen de forma sólida con un determinado lugar.

Deben tomarse una serie de criterios que puedan orientar al juzgador, a fin de que sean valorados en cada caso, para establecer la presencia o no de los indicios de criminalidad, así como del peligro de fuga que el legislador ha previsto de forma enunciativa en los artículos 269 y 270 del nuevo CPP(10).

Conforme lo dicho, y siguiendo a López Barja de Quiroga, cabe acotar que la convicción del juez no puede basarse en la intuición o la sospecha, sino que debe proceder de las pruebas practicadas en el juicio. Solo una convicción derivada de las pruebas es atendible, cualquiera procedente de un motivo ajeno no es adecuada al razonamiento judicial y es arbitraria(11).

En resumidas cuentas, el juzgador debe reflexionar críticamente si es que en realidad concurren los presupuestos anotados y, por ende, la medida es legítima, en orden a los intereses jurídicos que se pretenden salvaguardar. Deberá exponer en detalle la presencia de cada uno de estos elementos, explicando de forma clara y suscita los motivos de su acogimiento, con los fundamentos de hecho y de derecho que considere pertinentes(12). Pues basta que no concurra alguno de ellos para descartar la medida.

(10) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, pp. 717-720.

(11) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. "La motivación de las sentencias". En: *La sentencia penal*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, p. 104.

(12) Así, RIFÁ SOLER, J. M. et ál. *Derecho Procesal Penal*, pp. 235-236.

III. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN RECAÍDA EN EL EXP. Nº 105-08-E (CASO RÓMULO LEÓN ALEGRÍA)

La resolución recaída en el incidente de apelación Nº 105-08-E plantea la cuestión de si procedía variar el mandato de detención preventiva por la medida de arresto domiciliario al procesado Rómulo León Alegría (más allá de la posterior revocación de dicha decisión).

El presente análisis se centrará en dos aspectos concretos: i) la naturaleza jurídica de la detención domiciliaria, y ii) si según los recaudos que se desprenden de autos, procedía legalmente la variación de la medida de prisión preventiva por la de arresto domiciliario, tal como lo determinaron, en mayoría, los miembros de la Tercera Sala Penal Especial.

Con relación al primer punto, cabe acotar que deben concurrir dos presupuestos en simultáneo para que pueda mantenerse el mandato judicial de prisión preventiva. El primero, es referido al principio de necesidad, según el cual no debe ser posible alcanzar los objetivos de la investigación mediando la imposición de una medida de coerción procesal personal de menor intensidad. El segundo es el concerniente al *rebus sic stantibus*, según el cual la medida solo ha de permanecer en el tiempo cuando las razones que la sustentaron en un principio continúan invariables, pues si aquellas se desvanecen o diluyen de forma significativa, el órgano jurisdiccional está en la obligación de variar la medida por una de menor contenido gravoso.

Esta decisión no solo ha proceder a petición de la parte legitimada (defensa del imputado), sino también de oficio, tal como lo dispone el artículo 255.2 del CPP del 2004. Deben aparecer para ello nuevos elementos de convicción que demuestren con rayana verosimilitud que no concurren más los motivos que determinaron su imposición; en tal medida, el juzgador ha de tomar en cuenta las características personales del imputado así como otros datos importantes que permitan evaluar la legitimidad de la variación de la medida. Estos elementos no parecen presentarse en caso examinado, como se verá más adelante.

En el considerando décimo de la resolución en comentario, el Tribunal, en mayoría, luego de citar el artículo 143 del CPP de 1991, llega a la conclusión de que la detención domiciliaria forma parte de la comparecencia restringida, lo que no ocurre en el nuevo CPP del 2004, donde constituye una medida excepcional sustitutiva de la detención con causales específicas; mientras que en el voto singular se sostiene que el arresto domiciliario es una alternativa de la comparecencia, no de la detención: la lógica del arresto domiciliario determinaría que su ubicación sea dentro del mandato de detención, como una alternativa con menores rigores.

Las aseveraciones anotadas son equivocadas en parte, por la sencilla razón de que la inclusión abierta del arresto domiciliario en las variantes de comparecencia

por la *lex lata*, no puede incidir en negar su verdadera naturaleza jurídica, al tratarse en realidad de una "detención provisional atenuada", de manera que la procedencia del arresto domiciliario solo ha de proceder en casos reglados, como lo establece el artículo 290 del CPP del 2004: únicamente cuando el imputado es mayor de 65 años o adolece de una enfermedad grave; condiciones que no se advierten en la persona del procesado León Alegría.

Una orientación en contrario importa una aplicación indiscriminada de esta medida de coerción, con la consiguiente afectación al principio de proporcionalidad y la generación de desajustes en el sistema de justicia penal, al requerir un mayor número de efectivos policiales que resguarden el domicilio del detenido.

El arresto domiciliario, como bien lo señala la terminología empleada, implica la restricción de la libertad personal del imputado, su desplazamiento ambulatorio de un lugar a otro, circunscribiéndolo al espacio físico donde reside, su domicilio como recinto en el cual desarrolla su vida personal y familiar. Consiste históricamente en que el preso permanezca privado de su libertad en su propio domicilio(13). De todos modos, vale decir que el arresto domiciliario supone la restricción de la libertad personal en un centro custodial ajeno a la prisión, es decir, no son los intramuros de la prisión que lo separan del mundo libre, sino los propios espacios físicos de su vivienda que se convierten temporalmente en una "prisión" provisional.

En esencia, se trata de un estado intermedio entre la privación de la libertad y la libertad propiamente dicha(14), no es exactamente una prisión, pues la vida del imputado se desarrolla bajo otras circunstancias: no existe una vida interna reglamentada, y menos una convivencia con otros internos, que en la práctica podría desencadenar las consecuencias de la denominada "subcultura carcelaria".

Se señala que el motivo que sustenta el peligro de fuga ya no existe, pudiendo alegarse solamente dudas sobre el actuar futuro del procesado, que si bien pueden resultar válidas solo quedan en el plano subjetivo. En cuanto a la posible obstrucción probatoria, se ha establecido que la falta de realización de ciertas diligencias judiciales por ausencia del imputado, si bien sugiere que se asegure su presencia física, no justifica su detención, aunque sí la afectación de la libertad ambulatoria en un menor grado de lesividad (el arresto domiciliario).

Sobre el argumento esbozado, cabe precisar lo siguiente: el peligro de fuga constituye una variable fundamental a tomar en cuenta para la imposición de la prisión preventiva. Deben existir indicios –de objetiva sustentabilidad– de que el

(13) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Thomson Arazandi, Navarra, 2004, p. 832.

(14) SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, p. 745.

imputado haya de sustraerse de la acción de la justicia, los cuales han de basarse en la conducta inicial de aquel respecto a la persecución penal, indicios que deben subsistir al momento de la solicitud de la variación de la medida para denegarla.

Así, en el considerando sexto de la resolución se pone de relieve, que:

> "(…) así como inicialmente resultaba más relevante su calidad [del imputado] de no habido con relación a su puesta a Derecho, a esta altura del proceso es menester darle relevancia debida a su presencia en la litis habida cuenta que la misma fue voluntaria y con pleno conocimiento que la consecuencia inmediata era su internamiento penal, pues ya se había dispuesto la subsistencia de la detención en el auto de apertura de instrucción, no resultando válido –prima facie– reiterar su conducta de pasar a la clandestinidad a fin de justificar tantas veces sea posible la detención, y en todo caso para ello deberá aplicarse un mínimo estándar de proporcionalidad que tenga en cuenta –por ejemplo– el tiempo que duró este actuar (no tiene igual gravedad estar no habido días, semanas, meses o años), pues acredita su persistencia de conducirse contrario a Derecho, o también las formas o circunstancias que utilizó para efectivizar la misma, siendo que en el presente caso el dato objetivo es que el encausado después de cinco semanas (…) tomó la decisión de sujetarse al proceso y ello no encuentra equidad con el tiempo de privación de libertad que tiene el imputado en mención".

Como es sabido, al inicio de la investigación fiscal, el procesado León Alegría hizo caso omiso a los requerimientos de las autoridades, pasando a la calidad de "no habido", es decir, no tuvo intención alguna de someterse voluntariamente a las investigaciones. Y si bien se puso luego a Derecho, no puede decirse que esta sea una manifestación de su colaboración con la justicia, pues dicho sometimiento fue más bien obra de la presión que se ejerció por medio de la prensa y, de seguro, por propia recomendación de su defensa, de modo que no puede estimarse que, en el presente caso, se haya producido una entrega "voluntaria" a las autoridades.

Por otro lado, no resulta del todo válido ejercer el test de proporcionalidad comparando el tiempo en que tardó su puesta a Derecho con el tiempo de duración de su detención, pues la proporcionalidad tiene que ver con la necesidad de la medida, con su indispensabilidad para con la investigación y su adecuación con la gravedad de los ilícitos atribuidos, supone la correlación entre la medida y la finalidad (Ruiz Vadillo)[15].

Coincidimos con el voto singular cuando expresa que: "Bajo una 'racional' deducción, tenemos que concluir que objetivamente al haberse hecho presente,

(15) RUIZ VADILLO, E. *El proceso penal en el Estado de Derecho*, p. 51.

ya no existe peligro de ausencia, sin embargo, esa 'lógica racional' no necesariamente constituye elemento 'razonable' para descartar el peligro de fuga, debido que al formalizarse las investigaciones preliminares ipso facto el solicitante pasó a la clandestinidad, lo que originó una intensa búsqueda por parte de la autoridad encargada, tanto así que inclusive se propuso recompensa para que sea descubierto, sin haber sido encontrado, originando con ese comportamiento zozobra y desconcierto en el conocimiento del hecho, vale decir que esta persona estando en libertad tiene amplias facilidades para eludir la acción de la justicia, tanto así que si no se hubiera puesto a Derecho, probablemente no hubiera sido factible encontrarlo, como ocurre con otras personas intensamente buscadas, pero que debido a factores a su favor vienen eludiendo la acción de la justicia".

En otro extremo de la decisión jurisdiccional en mayoría (considerando sétimo), conforme a lo argumentado por la defensa del imputado en su solicitud, se afirma que en el auto apertorio de instrucción existen diversos procesados a los cuales se le imputa los delitos de tráfico de influencia, cohecho pasivo propio y negociación incompatible, conjunta o indistintamente, afrontando el decurso del proceso con mandato de comparecencia restringida, por lo que en atención al principio de igualdad, que es posible invocar debido al tiempo transcurrido, el encausado debería acceder a un tratamiento semejante.

Esta consideración, en puridad, es errada, pues el principio de igualdad constitucional supone que la aplicación de la ley ha de ser igual para todos, siempre y cuando los involucrados presenten las mismas características. Tal situación no se presenta en el presente caso, en tanto el procesado León Alegría no cuenta con las mismas características personales (mayor de 65 años) del resto de sus coprocesados, como para verse beneficiado con la detención domiciliaria(16). Más aún, la referencia a delitos graves, como son los que atacan la Administración Pública, importa un dato en contrario que funda una prognosis de intensa penalidad, que precisamente ha de incidir en un probable peligro de fuga.

En otro considerando de la resolución en examen (voto en mayoría), se dice que no se analizó el arraigo del imputado, denotándose que es una persona con grado de instrucción superior (sociólogo –bachiller en Derecho– con estudios de maestría y doctorado en Gobierno y Políticas Públicas en la Universidad de San Martín de Porres), con tres hijos mayores residentes en el país (incluso uno de ellos es congresista de la República), que sus cargos políticos y actividades laborales

(16) Sobre dicho aspecto, el vocal Sequeiros Vargas, en su voto singular, declara que en el presente caso no existen otros mecanismos menos graves que la detención para mantener el control del procesado y propiciar su oportuna concurrencia, y que la única alternativa viable frente al comportamiento previo del procesado sería el arresto domiciliario, pero no concurren las condiciones normativas ni personales para aplicar otra medida menos grave.

las realizó en territorio nacional, que tiene lugar de residencia acreditado según el certificado domiciliario anexado, agregándose otros datos más.

El denominado "arraigo social, laboral y familiar" tiene que ver fundamentalmente con los vínculos del imputado con su ámbito familiar y social; estos lazos que unen al imputado con el exterior deben ser de tal naturaleza que permitan inferir con meridiana seguridad que no se fugará del país. En el presente caso se hace mención a su nivel de instrucción superior así como los cargos políticos que ejercen en la actualidad sus descendientes.

Sobre el primer dato, cabe acotar que se relaciona con el grado de interiorización que el imputado ha de tener de las normas jurídicas, con la introyección normativa que ha de reflejarse en sus actos concretos en la sociedad. Una mayor aprehensión normativa determina una mayor responsabilidad de actuar conforme a Derecho. Esto no aconteció en el presente caso, dado que se le abrió instrucción por la presunta comisión de delitos drásticamente reprobados por la sociedad y el orden jurídico; punto en cuestión que abona a una pena de mayor gravedad al momento de su determinación judicial.

Así, en el voto singular se dice que: "Estos logros académicos y profesionales efectivamente demuestran que estamos ante una persona socialmente privilegiada, pues tiene estudios universitarios, es profesional, con cargos políticos importantes; condiciones que le obligan a que su comportamiento social y personal tenga que ser ética y moralmente intachable y, por cierto, lejos de cualquier eventualidad delictiva, porque tiene, precisamente por sus logros y experiencia, amplia capacidad de discernimiento para distinguir lo correcto de lo incorrecto, lo lícito de lo que es ilícito, teniendo la desventaja de que al incurrir en delito, como se postula en este caso, ese comportamiento sospechoso resulta más deplorable que el mismo comportamiento desplegado por una persona que no tiene esas calidades, entonces la valoración de estas circunstancias normalmente tiene trascendencia en el momento de la determinación de la pena en caso de una eventual responsabilidad penal".

En lo que respecta a sus lazos familiares con sus hijos, si bien ello puede dar lugar a una valoración positiva, puede también ser evaluado de forma contraria, en el sentido de emplear dicho lazos para sustraerse de la acción de la justicia penal(17).

En resumidas cuentas, no se aprecia de autos nuevos elementos de convicción de los que se infiera una morigeración o desvanecimiento de aquellos motivos que se tomaron en cuenta para la adopción de la prisión preventiva. Tanto el peligro de fuga como la sospecha vehemente de criminalidad (*fomus comissi delicti*) se

(17) Así, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal.* 2ª edición. Rodhas, Lima, 2009, pp. 96-97

encuentran latentes en el presente caso. Por tales motivos, no resulta legalmente admisible que se haya dispuesto la medida de arresto domiciliario, al no ajustarse las características del procesado a las condiciones que exigen su aplicación, con arreglo al principio de proporcionalidad.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La tensión en un proceso penal se vuelve más intensa cuando de por medio está la libertad del imputado, cuando el juzgador ha impuesto como medida de coerción personal la prisión preventiva. En tal mérito, la defensa del procesado cuenta con plena legitimidad para solicitar la variación de la medida (para que cese la prisión preventiva[18]), por una menos lesiva (una detención domiciliaria).

Para ello, deben aparecer en la investigación nuevos elementos que mitiguen la solidez de la imputación delictiva o, en su defecto, que hagan de la prisión preventiva un instrumento innecesario para la averiguación de la verdad.

La detención domiciliaria es una medida cautelar excepcional y complementaria a la vez, pues solo se aplica a aquellos imputados que presentan las características personales a las que hace alusión la norma procesal penal, y se adscribe a los objetivos que persigue la prisión preventiva.

Si bien la ley procesal cataloga a la detención domiciliaria como una variante de comparecencia, su naturaleza jurídica indica una postura distinta, al constituir en realidad una prisión provisional atenuada. Hasta donde sabemos, la comparecencia importa el sometimiento del imputado a la persecución penal bajo un régimen de libertad, y ello no sucede con el arresto domiciliario, donde el procesado queda confinado al espacio físico de su propio domicilio.

Sin duda, la errática comprensión normativa de este instituto procesal ha llevado a su empleo discrecional por parte de la judicatura, beneficiando a personas que no contaban con las condiciones exigidas por la ley. Este aspecto no solo repercute en un marco estrictamente interpretativo, sino también de forma negativa en el aparato de persecución estatal, al requerirse un número de efectivos policiales que custodien el domicilio del imputado.

La variación de la prisión preventiva por una medida de comparecencia requiere necesariamente que se hayan diluido de forma significativa los motivos que tomó en cuenta el juzgador para adoptar la inicial medida, relacionados a la sospecha vehemente de criminalidad y al peligro de fuga. De no ser así, la medida ha de subsistir a fin de cautelar adecuadamente los fines esenciales del proceso penal.

(18) Artículo 283 del nuevo CPP.

Los requisitos de legitimidad de las interceptaciones telefónicas

Su incidencia en el marco de la teoría de la prueba prohibida

I. ESTUDIO PRELIMINAR

El reconocimiento de las libertades individuales no puede reconducirse únicamente en su consagración normativa de orden axiológico por el orden jurídico-constitucional, sino que su real concreción amerita la regulación de ámbitos de protección que encuentran una mayor justificación teleológica en el ámbito punitivo, pues es en esta esfera donde se produce la mayor descarga de intensidad coactiva sobre la libertad ciudadana.

La libertad del individuo se extiende a una serie de ámbitos de la personalidad intersubjetiva, entre ellas, la intimidad es un ámbito de especial relevancia para el individuo, en tanto comprende la libertad confesional, ideológica, cultural, laboral y de cualquier otra índole.

Empero, los derechos fundamentales no son valores absolutos, si esto fuera así no podrían ser limitados o restringidos; de esta forma se afectarían intereses estatales y colectivos que también forman parte, en rigor, del orden jurídico-constitucional. La intimidad entonces puede ser objeto de limitación y restricción cuando aparezcan legítimos intereses sociales dignos de tutela; en este caso, la lucha contra la criminalidad reposa sobre un interés social y sobre una obligación legal de los órganos de persecución penal. Luego, en el marco de la investigación criminal puede ser necesario adoptar medidas de injerencia que incidan sobre la intimidad del individuo, mas su justificación se condiciona a la suma de una serie de presupuestos.

Por otro lado, las medidas procesales que importan injerencia en los derechos fundamentales deben estar debidamente reguladas y especificadas en cuanto a sus presupuestos justificadores. La interdicción a la arbitrariedad pública no solo puede ser objeto de contención por la protección consagrada en la Carta Fundamental –como norma habilitante–, sino también a través de un desarrollo legal que concrete de forma específica la esfera de actuación legitimante de la intervención

estatal, así como la definición de sus presupuestos formales y materiales a los que debe subordinarse en el marco de una investigación criminal.

La ausencia de una regulación específica para medidas de esta naturaleza, concretamente la interceptación telefónica, permite, en cierto sentido, la utilización indiscriminada de estas injerencias ilícitas por instituciones que cuentan con sofisticados equipos de interceptación telefónica.

El conocido Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), como agencia todopoderosa que digitaba el poder político en todas las instituciones públicas, utilizaba la interceptación telefónica (mal llamada "chuponeo") como parte de un seguimiento hacia los adversarios políticos, y no como parte de un sistema dedicado a salvaguardar la defensa de la Nación y la seguridad pública, en el contexto de la lucha contra la subversión. Más bien, el empleo sistemático de esta técnica de escuchas ilícitas formó parte de una práctica antijurídica dirigida fundamentalmente sobre objetivos políticos(1).

En el contexto de la persecución legal contra el crimen, la interceptación telefónica no tuvo cabida en el derecho positivo ni siquiera en el marco de la Ley Nº 27379 (Ley de Medidas Limitativas de Derechos a Nivel de Investigación Preliminar(2)(3)). Se puede decir, entonces, que la regulación de esta medida por parte del nuevo Código Procesal Penal constituye el primer paso para legitimar su imposición, pues, de cierta forma, tal regulación coadyuva a frenar la arbitrariedad pública.

El secreto de las comunicaciones forma parte de la intimidad del individuo. Así, el derecho a la intimidad es de carácter amplio, englobando todo aquello que una persona reserva para sí y para su círculo familiar más cercano. En general, comporta unos confines que van desde la protección del domicilio hasta el propio secreto de las comunicaciones, pasando por la intimidad corporal y específicamente la individual(4).

(1) Así, de forma manifiesta, PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*. Volumen I. Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, p. 590 y ss.

(2) Sin embargo, Sánchez Velarde apunta que en virtud a la nueva Ley Nº 27967, del 12 de abril de 2002, se otorgan facultades al fiscal para la intervención y control de las comunicaciones y documentos privados: "La presente Ley tiene por finalidad desarrollar legislativamente la facultad constitucional dada a los jueces para conocer y controlar las comunicaciones de las personas que son materia de investigación preliminar o jurisdiccional", vide SÁNCHEZ VELARDE. Pablo *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 2004, p. 843.

(3) Modificada por el Decreto Legislativo N° 988, del 22 de julio de 2007.

(4) ASENCIO MELLADO, J. M. *Prueba prohibida y prueba preconstituida.* Trivium, Madrid, 1989, p. 103. En contra, se manifiesta Montero Aroca, quien sostiene que el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones son dos derechos distintos, que ni siquiera pueden entenderse integrados en un derecho más general, vide MONTERO AROCA, J. *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal. Un estudio jurisprudencial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 44 y s.

La privacidad en las comunicaciones se extiende a todos aquellos medios o instrumentos que posibilitan el fluido intercambio de ideas e informaciones; entre tales medios el teléfono constituye el vaso comunicante por excelencia que utilizan los individuos para establecer relaciones continuas de intercomunicación.

Como bien señala la Constitución Política, la inviolabilidad de las comunicaciones implica que las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley.

Según ello, la reserva y confidencialidad de las comunicaciones telefónicas no son absolutas(5), pues su restricción y limitación se sostiene en el interés social de perseguir y sancionar delitos graves. Cualquier intromisión es ilegítima, salvo resolución judicial autorizadora de esta(6). En palabras de López Barja de Quiroga, no cabe duda que las escuchas telefónicas suponen una intromisión en la esfera privada del individuo(7), que es un ámbito de especial relevancia para el sujeto, en tanto su contenido revela aspectos que solo a él le conciernen.

La interceptación de las comunicaciones telefónicas supone, para que haya un ataque a la intimidad, que la comunicación deba ser como mínimo escuchada por terceros ajenos a esta. El modo en que se produzca la escucha telefónica (el pinchazo telefónico no es el único sistema) y si tal interceptación se registra o documenta es, en principio, irrelevante; lo esencial es que el contenido de la conversación ya no quede en el ámbito de los interlocutores(8).

Dada la especial relevancia de la reserva de las comunicaciones telefónicas, el legislador de 1991 incluyó en el catálogo delictivo el tipo penal de "intervención telefónica" (artículo 162 del CP), en el cual castiga la conducta de interferir o escuchar indebidamente una conversación telefónica o similar, agravando la sanción punitiva cuando el agente ostenta la calidad de funcionario público.

Queda claro que la delimitación del injusto viene condicionada por una intervención telefónica "indebida", por el contrario, aquellas intervenciones que se ejecutan en un marco legalmente establecido se encuentran amparadas por un

(5) Así, ESTÉVEZ JIMENO, Ángel. "La intervención de las comunicaciones telefónicas y consideraciones acerca del auto de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992". En: *Restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993, p. 356 y s.

(6) RUIZ VADILLO, E. "La actividad probatoria en el proceso penal español". En: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1992, p. 230.

(7) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Aranzadi, Navarra 2004, p. 1107.

(8) QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho Penal español. Parte especial*. Volumen I, Editorial Bosch, Barcelona, 1986, p. 212.

precepto permisivo derivado de una causa de justificación (obrar en cumplimiento de un deber).

Sin embargo, pueden existir otras circunstancias que también pueden derivarse de una cláusula permisiva; así, el estado de necesidad legitima la afectación de un derecho, a fin de salvaguardar un interés jurídico de orden superior, esto es, se aplica el principio del interés prevalente. Pueden, en todo caso, surgir supuestos excepcionales como la inminente perpetración de un delito o su comisión actual o en estado de flagrancia (sobre todo, en caso de bandas u organizaciones delictivas), que ameriten una intervención inmediata por parte de las fuerzas del orden; en este caso, concurriendo indicios de inferencia suficiente, se legitima la intervención telefónica sin autorización judicial, pero solo de forma excepcional, esto es, el estado de necesidad no puede ser utilizado de forma general, pues, de ser así, el derecho a la privacidad y reserva de las comunicaciones sería vaciado en su contenido material.

Ahora bien, con mucha precisión López Barja de Quiroga, en la doctrina española, configura la interacción del Derecho Penal sustantivo con el Derecho Penal procesal, al establecer que el Código Penal tipifica las interceptaciones de las comunicaciones realizadas sin autorización judicial y el Derecho Procesal determina o debiera determinar los pasos, supuestos, garantías, etc., que deben concurrir en estas autorizaciones(9). Puede que en este caso se produzcan resoluciones inválidas, por afectación a una formalidad no advertida por su ejecutor, configurándose de esta forma un error en la percepción antijurídica del acto, lo cual conduce a un error de prohibición siguiendo las reglas de la teoría estricta de la culpabilidad, que equipara el error sobre los presupuestos de justificación a las del error de prohibición (error sobre la conciencia del injusto)(10). No cabe en este apartado hacer una extendida alusión a las diferentes concepciones normativas a que puede dar lugar el término "indebidamente", esto es, si la falta de autorización legal para interceptar las comunicaciones se refiere a un elemento propio del tipo o a un elemento de la antijuridicidad.

López Fragoso define las intervenciones telefónicas como aquellas medidas instrumentales restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, ordenadas y ejecutadas en la fase instructora de un proceso penal bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente sobre un imputado –u otros sujetos con los que este se comunique–, con el fin de, a través de la captación del contenido de lo comunicado o de otros aspectos del proceso de comunicación,

(9) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Ediciones Akal S.A., Madrid, 1989, p. 171.

(10) Así, RUIZ VADILLO, E. Ob. cit., p. 232.

investigar determinados delitos, averiguar al delincuente y, en su caso, aportar al juicio oral determinados elementos probatorios(11).

En nuestras propias palabras, definimos a la interceptación en las comunicaciones como aquellas medidas de injerencia que recaen sobre el derecho a la reserva en las comunicaciones, que se efectúa en el marco de la investigación preparatoria. Estas medidas se efectúan con determinados medios de intercomunicación que utiliza el imputado u otras personas relacionadas con él, y tienen por objeto recoger información valedera que sirva como fuente de prueba para la construcción de la imputación delictiva, datos sobre la identidad de los involucrados, el modus operandi empleado, u otros de relevancia para alcanzar los fines de la investigación.

Se trata de una medida de coerción real especialísima para obtener elementos de convicción de las ideas y pensamientos transmitidos a distancia mediante aparatos técnicos que el Estado organiza o controla para el servicio público(12). De cierta forma esta medida tiene también un efecto preventivo, esto es, a partir de su adopción pueden también evitarse la comisión de futuros delitos.

En resumidas cuentas, la interceptación en las comunicaciones supone un mayor grado de afectación a la reserva y la intimidad que la interceptación e incautación postal, por lo que su adopción exige mayores condicionamientos o presupuestos de configuración procesal y de orden material.

II. PRESUPUESTOS

En cuanto a los presupuestos y límites de la intervención telefónica, debe tomarse en consideración los señalados por López Barja de Quiroga, quien parte de dos presupuestos básicos: a) por una parte, el de la libertad, que implica correlativamente que en principio las intromisiones en la esfera privada de la persona serían ilegítimas; y, b) por otra parte, cuando tales intromisiones afectan derechos fundamentales, sin duda, han de tener un respaldo legal suficientemente amplio pues, en caso contrario, peligraría la defensa de los derechos fundamentales y, con ello, qué duda cabe, el Estado de Derecho(13).

La limitación de su ejercicio, su condicionamiento a ciertos presupuestos materiales, la posibilidad de control por parte de los órganos jurisdiccionales, etc., se constituyen en formas y garantías para que la interceptación de las comunicaciones

(11) Citado por ALONSO PÉREZ, F. *Intervención de las comunicaciones postales telegráficas y telefónicas*. Dykinson, 2001, p. 397.

(12) CLARIÁ OLMEDO, J. A. *Derecho Procesal Penal.* Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 395.

(13) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Ob. cit., p. 1127; así, RUIZ VADILLO, E. Ob. cit., p. 231.

no rebase el ámbito de su legitimidad en el marco de la persecución del delito. Ello, a la postre, puede generar consecuencias jurídicas muy precisas, en lo que al proceso penal refiere, puesto que una interceptación telefónica efectuada sin haber cumplido con los presupuestos que condicionan su procedencia (principios de proporcionalidad, de legalidad, de necesidad, de resolución jurisdiccional habilitante) puede dar lugar a una prueba prohibida, es decir, carente de validez para sustentar legítimamente una sentencia de condena.

III. LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD COMO META COGNOSCITIVA DEL PROCESO PENAL Y SUS EFECTOS EN LA ESFERA DE LAS PROHIBICIONES PROBATORIAS

Se dice con corrección que la búsqueda de la verdad no puede alcanzarse a cualquier precio(14), y ello es así por la sencilla razón de que el proceso penal no es únicamente un instrumento dirigido a la materialización del *ius puniendi* estatal, sino también un mecanismo garantizador de la libertad personal y la dignidad humana, conforme a los principios esenciales de un orden democrático de Derecho; si esto no fuera así, habríamos de legalizar la tortura y otros métodos vedados a fin de que los presuntos culpables sean severamente castigados.

En palabras de Gössel, la averiguación de la verdad se encuentra sujeta a preceptos de justicia que prohíben emprender su investigación por medios no razonables para el acusado u otros participantes del proceso o afectados por este (especialmente testigos), que lesionan el principio de proporcionalidad, contravienen los derechos humanos y otros derechos constitucionales, y van en contra de los intereses públicos(15).

De conformidad con los intereses jurídicos que entran en juego en el proceso penal, debe acotarse que los derechos fundamentales no resultan inviolables, sino que pueden sufrir menoscabos precisamente cuando aparecen en escena otras normas fundamentales que requieren también de amparo jurisdiccional. De ahí que se hable del "juicio de ponderación" o, en otros casos, del "principio de proporcionalidad", que otorgan legitimidad constitucional a la imposición de medidas procesales que suponen, en esencia, la afectación, limitación y/o restricción de derechos fundamentales.

Dicha legitimidad se encuentra condicionada a la concurrencia de una serie de presupuestos tanto de orden formal como material. El Tribunal Constitucional,

(14) Así, LÓPEZ MASLE, J. y otro. *Derecho Procesal Penal chileno.* Tomo. II, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 168 y s.

(15) GÖSSEL, K. H. "La prueba ilícita en el proceso penal". En: *Garantías constitucionales y nulidades procesales*. Tomo. I, Rubinzal, Buenos Aires, 2001, p. 33.

en la sentencia recaída en el Exp. Nº 010-2002-AI/TC, señaló que: "en el Estado Constitucional de Derecho, por regla general, no hay derechos cuyo ejercicio pueda realizarse de manera absoluta, pues estos pueden ser limitados (…) porque su reconocimiento se realiza dentro de un ordenamiento en el cual existen también reconocidos una serie de principios y valores constitucionales".

Entonces, la realización de estas limitaciones a bienes jurídicos personalísimos ha de tomar concreción únicamente cuando se han cumplido con las normas legales que determinan su aplicación práctica; cuando se imponen estas medidas en contravención de la ley y la Constitución, el resultado obtenido debe ser excluido del proceso, y la posibilidad de que el juzgador valore las evidencias recogidas en dicha actuación debe descartarse.

Debe entenderse que el tema de las reglas de exclusión parte de un propósito singular: de que sean expulsadas del caso concreto todas aquellas pruebas que en su obtención, adquisición y/o incorporación lesionen derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, así como garantías procesales de imperativa observancia.

A decir de Armenta Deu, la teoría de la prueba prohibida comporta la proscripción de que el juez, a la hora de valorar la prueba, forme su convicción sobre los hechos en virtud de las pruebas ilícitamente obtenidas(16). Ello quiere decir que si bien dichas pruebas pueden reflejar un marco de información útil para el esclarecimiento del objeto del proceso, al haber sido obtenidas en contravención a los preceptos constitucionales, sus efectos serán inválidos para sostener una sentencia de condena. Como se dice en la doctrina chilena, el fenómeno de la prueba ilícita no solo puede ser enfocado como un problema de admisibilidad de la prueba, sino también como un problema de valoración o, en términos más generales, de inutilizabilidad o ineficacia de la prueba obtenida ilícitamente(17).

La consecuencia natural de la prueba prohibida ha de ser su rechazo como prueba a valorar por el juzgador al momento de decidir la causa(18), su expulsión del caso concreto, al margen de la responsabilidad civil, penal y/o administrativa en que haya incurrido el funcionario estatal.

González Navarro escribe que la exclusión de pruebas ilícitas o inconstitucionales cumple varias funciones, entre las que se destacan cinco: a) función

(16) ARMENTA DEU, T. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Marcial Pons. Madrid, 2003, p. 264.

(17) LÓPEZ MASLE, J. y otro. Ob. cit., p. 180.

(18) Todo ello sin perjuicio de que la parte interesada haga valer su derecho constitucional a la legitimidad y legalidad de la prueba, solicitando la nulidad de admisión de aquellos medios de prueba reputados como prohibidos, según el régimen de potestades nulificantes a que se hace alusión en el artículo 150 del nuevo CPP.

disuasiva de la futura conducta de las autoridades, en especial, de las policiales; b) función protectora de la integridad del sistema judicial y de su reputación; c) función de garante del respeto a las reglas del juego en un Estado de Derecho; d) función aseguradora de la confiabilidad de la prueba para demostrar la verdad real; y, e) función reparadora de la arbitrariedad cometida en contra del procesado en el caso concreto(19).

De forma resumida, diremos que el Estado, a partir de los instrumentos que cuenta legal y constitucionalmente para investigar y enfrentar el crimen, tiene el deber ineludible e inclaudicable de respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales, no solo por cuestiones de orden humanitario y principista sino también "éticas", por la sencilla razón de que si el sistema jurídico estatal emplea métodos prohibidos y vedados para la averiguación de la verdad, se coloca en el mismo nivel de quienes han infringido la ley, con lo que pierde legitimidad para regular la vida en sociedad.

Para investigar y castigar el delito no es posible hacerlo mediante la comisión de otro delito, a menudo más grave, que generalmente va unido a la violación de las normas garantistas(20). Si el Gobierno se convierte en un infractor de la ley, engendra desprecio por la ley, invita a cada hombre a ser la ley de sí mismo, invita a la anarquía(21).

Un caso paradigmático sobre prueba prohibida sucedido en Alemania, lleva a Roxin a decir lo siguiente: "Ciertamente se puede decir que el secuestrador ha vulnerado la dignidad humana de la víctima, al igual que hacen muchos delincuentes. Pero esto no legitima al Estado a atacar por su parte la dignidad humana del autor porque su superioridad moral frente al delincuente reside precisamente en que no utiliza los mismos medios que este. Bien es verdad que el Estado está obligado a proteger la vida y la dignidad humana de sus ciudadanos en la medida de lo posible. Pero solo en la medida de lo posible: la protección puede ser otorgada siempre solo dentro de los límites establecidos en el Estado de Derecho. Entre estos límites se encuentra en primer lugar la prohibición de tortura"(22).

Parafraseando a Beccaria, diremos que no hay libertad donde las leyes consientan alguna vez que en determinados casos el hombre deje ser persona y se convierta en cosa.

(19) GONZÁLEZ NAVARRO, A. L. *Sistema de juzgamiento penal acusatorio.* Tomo II, Leyer, Bogotá, 2005, p. 894.

(20) JAUCHEN, E. M. *Tratado de la prueba en materia penal*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 36.

(21) LÓPEZ MASLE, J. y otro. Ob. cit., p. 184.

(22) ROXIN, C. "¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?" En: *Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo II, Lima, 2006, p. 420.

IV. EL EFECTO REFLEJO DE LA PRUEBA PROHIBIDA Y SU RELACIÓN EN EL HAZ PROBATORIO DE LAS INTERCEPTACIONES TELEFÓNICAS ILÍCITAS ("PETROAUDIOS")

Es sabido que, en el marco de una investigación penal, la necesidad de obtener fuentes de información hace que las agencias de persecución penal deban recaudar un acervo probatorio de cargo suficiente, a fin de desvirtuar en juicio la presunción de inocencia que reviste al imputado, de tal modo que serán varias y múltiples las evidencias que deben ser recabadas, según la estrategia de investigación trazada por el fiscal.

Entonces, vemos que una prueba que ha sido obtenida con afectación a los derechos fundamentales puede tener vinculación directa y/o indirecta con otras pruebas, que han sido conseguidas con respeto a la Constitución y a la ley procesal, sin embargo, debe señalarse que la raíz de un árbol envenenado puede terminar por contaminar el resto de frutos de la planta, lo que en términos estrictamente probatorios se denomina el "efecto reflejo de la prueba prohibida".

El principal efecto de toda prueba que se obtenga con violación de las garantías individuales reconocidas es su ilegalidad, que afecta su validez; es nula e inadmisible si se aprueba para fundamentar la acusación o para llevar convicción a los jueces penales, explica González Navarro.

Esta tacha de ilegalidad de las pruebas no implica solamente a los actos inmediatos con los que se viola la garantía constitucional sino también a sus consecuencias(23). De modo que la invalidez se proyecta a todos aquellos elementos probatorios que han podido ser conocidos e incorporados a raíz de la obtención ilegítima del primero, o sea, a toda evidencia fruto de la ilegalidad originaria(24). Este punto incidió en la construcción doctrinaria norteamericana del "fruto del árbol envenenado" - *fruit of the poisonous tree doctrine*(25).

(23) GONZÁLEZ NAVARRO, A. L. Ob. cit., p. 905.

(24) JAUCHEN, E. M. Ob. cit., p. 37.

(25) Nos relata Martínez García que esta doctrina surge por primera vez en el caso *Silversthorne Lumber Co. vs. United Status* (1920), pero no se acuña esta expresión sino hasta la sentencia *Nardone vs. United States* (1939); en ambos supuestos se trata de intervenciones telefónicas ilegales. Se negó el uso derivado o efecto reflejo de las informaciones halladas mediante esa intervención ilegal, pero se señaló que todo hubiera sido distinto si se hubiera podido justificar que esos datos obtenidos derivaban de una fuente independiente, vide MARTÍNEZ GARCÍA, E. *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 73; vide, al respecto, ASENCIO MELLADO, J. M. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 143; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. E. "El tratamiento de la prueba ilícita y la prueba irregular en el Código Procesal Penal de 2004". En: *Actualidad Jurídica*. Nº 175, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 151.

Dicho con un ejemplo, si la Policía obtuvo una confesión bajo violencia y/o inducción por parte del sospechoso[26], a partir de la cual se adquiere información de que en cierto lugar se está procesando clorhidrato de cocaína, producido el allanamiento, por más que este haya sido efectuado con arreglo a ley, deberá excluírsele de valor siempre y cuando se advierta el "nexo de antijuridicidad"[27].

El árbol (la confesión) está envenenado, y su fruto es el allanamiento posterior, que fue obtenido mediando la ilegalidad primigenia de la confesión[28]. Si no se adopta una posición rigurosa de protección de los derechos fundamentales, y no se impide la valoración de la prueba indirectamente obtenida de un medio prohibido, es evidente que esa violación constitucional se terminará convalidando en el proceso por otras vías, como, por ejemplo, a través de la declaración de los funcionarios que intervinieron en la prueba directamente afectada por la violación[29].

Se pone de relieve en la doctrina que la regla de exclusión probatoria solo procederá cuando la fuente probatoria resulte perjudicial para los intereses jurídicos del imputado, es decir, serán válidas cuando le favorezcan[30]. Esto sucede, por ejemplo, cuando se logra la obtención de una prueba, afectando derechos fundamentales de un tercero (v. gr. el allanamiento ilegal de la casa del testigo), en mérito de la cual se obtienen elementos que orientan a la inocencia del imputado, e incriminan a un tercero.

Dicha postura ha dado lugar a la teoría de la "eficacia de la prueba ilícita para terceros"[31]. No la considero correcta más que por un aspecto legal por una cuestión ética, pues si hablamos de prueba prohibida, esta será tal en todos los casos, sea en caso de que el derecho fundamental transgredido pertenezca al imputado

(26) A decir de Cafferata Nores, ello implica la exclusión de la coacción directa y también la "inherente" a ciertas condiciones o circunstancias (v. gr. la derivada de la atmósfera de intimidación del lugar en donde se encuentra detenido y se le recibe la declaración, etc.), vide CAFFERATA NORES, J. "Garantías y sistema constitucional". En: *Revista de Derecho Penal*, 2001-1, Donna, Edgardo Alberto (dir.), Santa Fe, p. 135. La confesión es un medio de prueba de defensa y no de cargo como muchos piensan, la cual para su validez debe reflejar una libre voluntad del imputado, desprovisto de toda injerencia que pueda acarrear su nulidad, a lo cual cabe agregar la necesaria e insustituible presencia de su abogado defensor.

(27) Así, BURGOS MARIÑOS, V. "Principios rectores del nuevo Código Procesal Penal". En: *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. Palestra, Lima. 2005, p. 85 y s.

(28) CORVALAN, V. R. "La prueba y su relación con el objeto del procedimiento". En: *Garantías constitucionales y nulidades procesales*. Tomo. I, Rubinzal, Buenos Aires, 2001, p. 268.

(29) MORENO CATENA, V. y otro. *Derecho Procesal Penal.* 3ª edición, Colex, Madrid, 1999, p. 388.

(30) Así, JAUCHEN, E. M. Ob. cit., p. 38; GÁLVEZ VILLEGAS, T. A. y otros. *El Código Procesal Penal*. Jurista Editores, Lima, 2008, p. 75.

(31) Vide, al respecto BURGOS MARIÑOS, V. Ob. cit., pp. 82 y s.; LÓPEZ MASLE, J. y otro. Ob. cit., pp. 223 y ss; MIRANDA ESTRAMPES, M. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal.* Bosch Editor, 2004, p. 205.

o al tercero; de no ser así estaríamos debilitando de forma significativa la función disuasiva de la proscripción normativa(32).

En la doctrina especializada, Guariglia dice lo siguiente: "(…) la incompatibilidad de la tesis defendida en este tipo de teorías limitativas es autoevidente: si las normas de adquisición de prueba establecen de modo general las condiciones de validez del acto de adquisición de prueba (y, por ende, de sus consecuencias inmediatas: incorporación y valoración) y si estas condiciones de validez son vistas como formas protectoras que garantizan el debido proceso del imputado, entonces el hecho de que la garantía o derecho primariamente reglamentado por la norma de adquisición de prueba lesionada corresponda a un tercero (por ejemplo, registro irregular del domicilio de un amigo próximo del imputado) es irrelevante a los efectos de valorabilidad de la prueba irregularmente adquirida(33). Sin embargo, el mismo autor rechaza la no valoración de dichas pruebas cuando son favorables al imputado, es decir, cuando dan cuenta de su inocencia(34).

Ahora bien, la regla de exclusión probatoria parte, sin duda, de un reconocimiento cabal de la protección que deben recibir los derechos fundamentales en el contexto de la persecución penal a la luz de las garantías de un Estado de Derecho; empero, a su vez, tenemos que la averiguación de la verdad es un objetivo también válido según las reglas de un Estado democrático, a fin de cautelar el interés social en la persecución del crimen, que será más intenso mientras el crimen que se persiga sea más grave, configurando en conflicto de bienes jurídicos, ambos de relevancia constitucional(35). Por tales motivos, aparecen en la doctrina y en la jurisprudencia las denominadas "excepciones a las reglas de exclusión"(36).

V. LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS EN EL CASO DE LOS "PETROAUDIOS"

Meses atrás nuestro país fue sacudido por la revelación de unos audios por parte de la prensa televisiva, en los cuales se escuchaba, bajo la tónica de frases que han ingresado al argot popular, cómo se negociaban lotes petroleros con las empresas proveedoras y se traficaban influencias.

(32) Vide, al respecto, CORVALAN, V. R. Ob. cit., p. 267.

(33) GUARIGLIA, F. *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal*. Colección Tesis Doctoral. N° 3. Directores: Edmundo S. Hendler y Ignacio F. Tudesco, p. 175.

(34) GUARIGLIA, F. Ob. cit., p. 182 y ss.

(35) Para mayor detalle véase MARTÍNEZ GARCÍA, E. *Eficacia de la prueba ilícita para terceros,* Valencia, 2003, p. 54 y s.

(36) Así, ARMENTA DEU, T. Ob. cit., p. 266.

Tales actos de corrupción en las altas esferas políticas tenían como actores a funcionarios públicos de la empresa PerúPetro y a un particular que se jactaba de sus relaciones con el poder político para la obtención de dividendos ilícitos. Corrupción en todo caso sospechada y/o supuesta, al tratarse de evidencias de la comisión de un delito, que aún no han sido debidamente comprobadas.

En todo caso, lo que nos interesa examinar en esta oportunidad es si la obtención de estos audios permite válidamente que el juez de la causa los valore para fundamentar su decisión final luego de la actuación probatoria. Para ello debemos distinguir dos planos: un aspecto es el referido estrictamente a poder conceder validez probatoria a las evidencias encontradas por vía de las escuchas telefónicas; por otro lado, está el hecho de que a partir de otras fuentes independientes puedan conseguirse otras evidencias, susceptibles de acreditar también que los involucrados en este grave escándalo sean culpables de los ilícitos penales que se les atribuyen.

Debemos ser claros en este tema tan delicado, a fin de que nuestras declaraciones no sean tergiversadas, en el sentido de que somos de la firme convicción que la corrupción en todas sus manifestaciones debe ser duramente sancionada, máxime cuando sus actores ocupan puestos importantes en las Administración Pública, dada la significativa dañosidad que entrañan. La corrupción es un mal endémico que solo genera repercusiones negativas en nuestra sociedad. Es la principal fuente de atraso en el desarrollo socioeconómico del país y, a su vez, debilita la confianza del colectivo hacia el sistema jurídico-estatal en su conjunto, razón por la que estos comportamientos ameritan una persecución tenaz e implacable por parte de las agencias autorizadas.

Mas dicha persecución penal debe realizarse conforme a las reglas y valores que se desprenden del Estado Constitucional de Derecho. En sentido contrario, la reacción estatal frente al crimen sería catalogada también como un delito, lo cual resulta inaceptable desde una perspectiva constitucional, legal y ética a la vez. Tales actuaciones estatales ilegales son las que luego escudan a estos personajes oscuros, quienes deslegitiman las resoluciones jurisdiccionales que dan cuenta de su culpabilidad.

No podemos concederles tal favor a estas personas, por lo que es imperativo que las sentencias sean pulcras tanto en el aspecto procedimental como sustantivo. Atrás debe quedar la experiencia acaecida en el marco de la lucha contra el terrorismo, cuya normatividad inconstitucional costó bastante al Estado peruano.

A partir de lo dicho, debemos pasar al análisis respectivo. Las escuchas telefónicas aludidas fueron efectuadas por particulares y al margen de una investigación formal de las autoridades competentes (Ministerio Público y Policía Nacional), por ende, estaban desprovistas de autorización jurisdiccional habilitante. De las investigaciones efectuadas por el Ministerio Público, quedó en evidencia que se trataba

de una empresa particular que, a cambio de una ventaja económica, interceptaban los teléfonos de particulares y de funcionarios públicos. A primera vista, se habrían vulnerado copulativamente los principios de jurisdiccionalidad, de intervención indiciaria, de rogación y de legalidad, tal como se desprende de la Ley Nº 27379 y de las normas procesales aplicables.

Otro punto es determinar si las denominadas "proscripciones probatorias" tienden su brazo regulador a todo el universo de gentes, es decir, a todos los ciudadanos sin excepción. Se dice por parte de la doctrina que debe rechazarse, por desdeñable, aquella postura que pretende circunscribir las prohibiciones probatorias a la actuación de los agentes estatales –encargados de la persecución penal–, v. gr. policías y fiscales.

Este punto, en definitiva, no encuentra asidero legítimo desde el plano formal ni material de lo que debemos concebir por un verdadero Estado Constitucional de Derecho. De lo contrario, estaríamos propiciando un debilitamiento significativo tanto desde un orden preventivo-general como de la tutela jurídica misma del contenido esencial de los derechos fundamentales.

Dicho así: la vulneración de la intimidad, del secreto de las comunicaciones y de la inviolabilidad de domicilio, etc., ha de ser lesiva, por lo tanto, antijurídica, tanto cuando proviene de una actuación pública como de cualquier particular. Cuestión aparte es que la reacción penal en el primer caso haya de adquirir una mayor intensidad, tal como se desprende del artículo 162 del CP.

Una posición en contrario, desplegaría un mensaje sumamente peligroso a los ciudadanos, promoviendo de forma impune las escuchas telefónicas, las intrusiones en los domicilios, etc., con la consiguiente pérdida de legitimidad de las normas y, con ello, el decaimiento del rigor normativo de las prescripciones legales.

López Barja de Quiroga nos ilustra ello de la siguiente manera: "Ningún engaño ha sido utilizado, ni la conversación se ha dirigido hábilmente para el interlocutor. Al contrario, libremente se realizan esas manifestaciones inculpatorias que son oídas, mediante la escucha, por un tercero ajeno a la conversación. Existe un gran paralelismo entre este supuesto y aquel en que se produce una confesión sin que previamente se le hubiera informado al acusado de sus derechos. Negar la validez de un supuesto debe conducirnos a negarla en el otro. Se trata, sin duda, de una autoincriminación sin las mínimas garantías exigidas legalmente, por lo que el tema de su validez exige gran cautela. En términos generales, cabe –entendemos– aceptar su inadmisión y con ello su exclusión del proceso[37].

(37) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Ob. cit., p. 259.

Vayamos a ver la única regla de excepción, que a nuestra consideración podría ser aplicada en el presente caso, si es que se pretende dar validez a la interceptación telefónica en el presente caso.

1. La teoría de la "ponderación de intereses jurídicos" y el "principio de proporcionalidad"

La persecución del delito es un cometido legítimo según los principios del Estado de Derecho; reducir las cifras de la impunidad es un requisito indispensable para construir una sociedad democrática de pleno respeto para los bienes jurídicos fundamentales. Por tales motivos, la necesidad por perseguir el crimen será más intensa cuando el delito revele una mayor gravedad; es ahí que se produce un conflicto de intereses jurídicos, que ha de ser resuelto mediando la aplicación del "principio de proporcionalidad".

Efectivamente, dicen en el foro nacional que esta doctrina consiste en hacer valer una prueba ilícita sobre la base de criterios de proporcionalidad que emergen de la relación que existe entre la gravedad de la infracción de las reglas probatorias, la entidad del hecho objeto del proceso y el daño que derivaría de la supresión de la prueba(38); esto es, ha de medirse las consecuencias gravosas de su exclusión con la magnitud de la intromisión estatal ilícita. El principio de proporcionalidad impediría aquí el sacrificio del interés en la averiguación de la verdad cuando los elementos probatorios hayan sido obtenidos con sacrificio de bienes de menor entidad(39)(40).

De entrada ha de rechazarse que la admisión de esta teoría permita convalidar afectaciones al contenido esencial de los derechos fundamentales, por ejemplo, una confesión bajo violencia; solo tendrá eficacia en la adquisición de pruebas que menoscaban derechos fundamentales susceptibles de ser limitados y/o restringidos por vías legítimas(41).

(38) BURGOS MARIÑOS, V. Ob. cit., p. 83.

(39) LÓPEZ MASLE, J. y otro. Ob. cit., p. 175.

(40) González Navarro escribe que la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio lleva a que la afectación de los derechos fundamentales solo sea lícita cuando ella se muestra adecuada a los fines de la persecución penal (subprincipio de adecuación), las autoridades no disponen de otros medios igualmente efectivos menos lesivos de los derechos de la persona (subprincipio de necesidad) y el perjuicio ocasionado a la persona no es excesivo frente a la importancia de los fines de la persecución penal (subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto); vide GONZÁLEZ NAVARRO, A. L. Ob. cit., p. 894 y s.

(41) Así en referencia Gössel, pues lo señalado por la Constitución para el respeto y la protección de la dignidad humana por todos los poderes estatales (…) prohíbe especialmente a las autoridades encargadas de la persecución penal obtener del imputado, vía coacción, su propia prueba de culpabilidad: "una obligación a la autoincriminación afecta al mismo tiempo a la dignidad del hombre cuya declaración es utilizada como medio contra el mismo", vide GÖSSEL. K. H. Ob. cit., p. 64.

En la presente hipótesis, su configuración hemos de situarla en el ámbito de las escuchas telefónicas, en intrusiones a la *privacy* personal (intimidad). En tal ámbito, el conflicto se encuentra entre el interés social en la persecución del delito, que dada la gravedad de los supuestos delictivos cometidos (corrupción de funcionarios), es intenso y, por otro lado, la intimidad personal, la cual constituye una parcela de la personalidad que no puede ser vulnerada por un tercero, al constituir un espacio cuyo dominio pertenece exclusivamente a su titular, importando un bien jurídico íntimamente vinculado con la condición de persona humana.

Precisamente, el CP en su artículo 154 castiga aquellas intrusiones de terceros en la intimidad personal o familiar, y establece una prohibición penal específica en el artículo 162 *in fine*. Conforme a las conductas típicas de ambas fórmulas normativas, la categoría del injusto se determina por el menoscabo a la intimidad con quebrantamiento de la voluntad del afectado, reconociéndose a aquella como un bien jurídico de libre disponibilidad por su titular, por lo que el injusto se elimina en aquellas intrusiones autorizadas por él.

Como se sostuvo, se trata de una colisión de bienes jurídicos. Si es que queremos dar concreción al primero de ellos (la intimidad), debemos situarlo en el ámbito al derecho de todo ciudadano de disfrutar de una esfera de paz y tranquilidad, donde se toman en cuenta la realización de hechos especialmente nocivos, el cual ha de sopesarse con el interés y bienestar general que resultan afectados cuando se cometen delitos de esta naturaleza.

Es de verse que una presunta colisión de normas y/o principios constitucionales no puede dar lugar a una resolución en la que la preferencia por una de ellas implique la anulación –o dígase, la declaratoria de invalidez– de la otra, pues debe partirse de que todo principio constitucional resulta consustancial a la idea de Estado Constitucional de Derecho. Lo que en realidad acontece es un "juicio de ponderación" en el que se otorga prevalencia a un principio constitucional sobre otro, que es resultado de una evaluación razonada en el caso concreto, sin que ello suponga un criterio generalizador aplicable en todos los supuestos a presentarse.

Desde la base programática de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, significa que los principios constituyen mandatos de optimización, normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades reales y jurídicas existentes. Siguiendo dicha directriz argumental, Gascón Abellán nos señala que las normas (o principios) constitucionales son simultáneamente válidas y, por ello, cuando entran en conflicto se configuran como mandatos de optimización, es decir, como normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en función de las posibilidades fácticas y jurídicas.

Por eso las colisiones entre estas normas se superan mediante lo que se denomina "juicio de ponderación", consistente, grosso modo, en considerar o evaluar

el peso o la importancia de cada una de ellas en el caso que se juzga, tratando de buscar una solución armonizadora, una solución que, en definitiva, optimice su realización en el supuesto concreto(42).

De seguro esta solución de equilibrio no podrá darse en todos los casos, por lo que, en ciertas circunstancias, no quedará otro camino que optar por la realización plena de uno de los principios constitucionales, en evidente sacrificio del otro principio, sin que ello signifique su invalidez o su anulación como norma fundamental. Precisamente, por ello escribe Gascón Abellán que suele decirse muchas veces que mediante la ponderación se da valor decisorio al principio que en el caso concreto tenga un peso mayor(43).

A decir de Pietro Sanchís, lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto de conflicto; no se obtiene, por ejemplo, a la seguridad pública sobre la libertad individual, o a los derechos civiles sobre los sociales, sino que se logra solo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso; se trata, por lo tanto, de esa jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos, por más que inevitablemente ante cada caso en conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro(44).

En el caso examinado, se podría decir que la protección de los "intereses generales de la comunidad", que son afectados cuando se cometen delitos de corrupción, es preponderante ante la intimidad personal que se ve lesionada como consecuencias de las interceptaciones telefónicas ilegales. Sin embargo, dicha declaración de ponderación jurídica no estaría exenta de críticas, en la medida que argumentos como el orden público, la seguridad nacional así como los intereses generales de la comunidad, constituyen conceptos que por su alto grado de vaguedad no conceden una suficiente concreción como para poder ser catalogados como "derechos fundamentales", tal como se desprende del artículo 2 de nuestra Ley Fundamental; su reconocimiento constitucional se obtiene desde un plano de interpretación sistemática y teleológica a la vez. Por tales motivos, si asumimos la posición de teóricos como Dworkin, habríamos de negar que la protección de los intereses generales de la comunidad, por su grado de abstracción, pueda prevalecer frente a un derecho concreto como es el secreto en las comunicaciones privadas.

(42) GASCÓN ABELLÁN, M. y GARCÍA FIGUEROA, A. *La argumentación en el Derecho*. Palestra, Lima, 2005, p. 306.

(43) GASCÓN ABELLÁN, M. y GARCÍA FIGUEROA, A. Ob. cit., p. 307.

(44) SANCHÍS PIETRO, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 191.

Por lo expuesto, son más los reparos que se alzan frente a una eventual admisión probatoria de las escuchas telefónicas ilegales en el caso de los denominados "petroaudios", desde un plano procesal, constitucional y filosófico. Sin embargo, quedará finalmente al juzgador de la causa dicha decisión, para lo cual debe tomarse en cuenta que dichas evidencias no pueden ser el sustento fáctico único para poder lograr una sentencia de condena.

En tal entendido, la investigación que se encuentra en trámite puede perfectamente arrojar otras evidencias que en su conjunto puedan sostener válidamente la hipótesis de incriminación que debe construir el representante del Ministerio Público. No se puede, por lo tanto, considerar a dichas pruebas como elementos definitivos y esenciales de la "averiguación de la verdad", sino como elementos que cumplen una "función medial" o informadora, que puede haber encauzado el inicio de la investigación, que hubiese podido también sustentarse por fuentes probatorias independientes.

Si es que el juez opta por otorgar validez a dichos audios, deberá fijar con claridad los parámetros constitucionales y jurídico-procesales para sustentar su decisión, tanto para satisfacer la demanda de la motivación y justificación, como para evitar cualquier objeción que la defensa de los involucrados pueda incoar al respecto. La argumentación debe cumplir con los criterios de la coherencia interna como de la coherencia externa, es decir, con una debida motivación y con la racionalidad que debe revestir toda decisión que se funde en principios de justicia.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

En el proceso penal se hallan en tensión dos intereses jurídicos contrapuestos, dialécticos si se quiere decir. Por una parte, el imputado, a quien se le atribuye la presunta comisión de un ilícito penal, quien tiene el derecho a que se respeten las reglas del debido proceso (*fair trail*), como las garantías procesales y de orden constitucional, que se erigen como un límite y a su vez como un mecanismo de interdicción a la arbitrariedad pública en el marco de la persecución penal. En el lado contrario, se ubica la sociedad, el colectivo como ente interesado en que la potestad penal estatal recaiga sobre los sospechosos de crímenes tan graves como la corrupción y funcionarios, herramienta indispensable para la configuración de una justicia penal conforme al sistema constitucional de Derecho.

El proceso penal, en tal mérito, debe construirse bajo los cánones de las garantías fundamentales y de realización de la justicia. Garantía y eficacia son los baluartes de todo sistema procesal ajustado a las exigencias constitucionales y a la demanda de la sociedad peruana, tal como se advierte del nuevo Código Procesal Penal. Estas variables se hallan en una permanente tensión, a veces muy difícil de resolver, como acontece en el ámbito de la actividad probatoria.

Debemos partir de la premisa esencial que toda prueba que ha sido obtenida, adquirida y/o acopiada en vulneración de un derecho constitucionalmente consagrado, sea de forma directa o indirecta, debe ser rechazada como medio de cognición válido a ser empleado por el órgano jurisdiccional para sustentar una condena. Las reglas de excepción deben ser solo ello: "excepcionalidades" a la regla de exclusión, que solo resultarán admisibles cuando se advierta un conflicto entre dos derechos fundamentales; decisión que incumbe solo al juzgador competente, quien deberá valorar y ponderar los criterios antes anotados.

El crimen debe ser enfrentado con los medios e instrumentos que la Constitución Política y la ley regulan; si es que el Estado emplea técnicas ilegales en la persecución penal, se rebaja a la misma condición que aquellos que han vulnerado los bienes jurídicos más elementales de toda sociedad democrática. Así, el Estado se deslegitima y, a la vez, abre una puerta para que los involucrados en estos hechos puedan plantear la nulidad del proceso.

Dos problemas sobre el principio de oportunidad

El problema del acuerdo reparatorio y el de su carácter discrecional

I. DESCRIPCIÓN DE LOS PROBLEMAS

Mediante la aplicación de los criterios de oportunidad, el fiscal detenta la facultad discrecional de abstenerse de ejercer la promoción de la acción penal, esto es, injustos de mínima entidad antijurídica y ante agentes de escaso reproche jurídico-penal son sustraídos del ámbito de punición, lo que implica el uso de filtros de selección, necesario en una justicia penal sobrecargada de casos penales, como es el caso de la administración de justicia penal en nuestro país.

De tal manera que el legislador, en el artículo 2 del CPP de 1991, comprendió una serie de supuestos a efectos de regular el régimen aplicativo del principio de oportunidad; sin embargo, no se previeron ciertos supuestos fácticos que podrían propiciar dificultades al momento de la calificación jurídica. Y este es el caso de algunos delitos en los cuales el agraviado no se encuentra debidamente identificado, en razón de que el bien objeto de tutela penal es de pertenencia colectiva. En efecto, este vacío normativo puede generar tropiezos al momento de seleccionar las conductas típicas que no merecen ser alcanzadas por una pena. La finalidad de este análisis se orienta a proponer salidas legales a la problemática descrita.

Asimismo, existe un segundo plano de descripción referido a que la aplicación del principio de oportunidad es una facultad discrecional del fiscal, mas no un imperativo, lo que en la práctica ha significado una utilización mínima de estos criterios despenalizadores. En tal medida, un uso escaso del principio de oportunidad poco puede contribuir a una verdadera democratización de la justicia penal y a una efectiva descarga procesal. En consecuencia, esta deficiencia normativa amerita la formulación de paliativos legislativos, desde una propuesta de *lege ferenda*.

En suma, ambas temáticas serán abordadas seguidamente, desde un punto de vista práctico y dogmático a la vez.

II. CONSIDERACIONES GENERALES: EL NUEVO MODELO INTEGRADOR DE JUSTICIA PENAL. LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

La imagen clásica de la justicia penal se caracteriza plenamente con una orientación retributiva de la pena, esto es, la estabilización del sistema social viene condicionada por el castigo que recae sobre la persona del culpable.

En efecto, el modelo de justicia clásico apunta a un carácter retributivo de la sanción punitiva, donde el infractor es un centro psicofísico, un instrumento estabilizador del sistema social alterado por la producción del conflicto social. Bajo este paradigma de justicia no puede haber delito sin sanción, puesto que el orden social se encuentra en riesgo, donde la pena y la efectiva persecución del culpable es una función ineludible del Estado, como única garantía de fomentar el orden social y de preservar la eficacia del ordenamiento jurídico.

Un sistema de justicia así concebido se sostiene en el principio de legalidad procesal. El principio de legalidad procesal quiere decir que la represión del delito es una actividad obligatoria de los órganos predispuestos, que no puede ser declinada bajo ningún punto de vista, y no pueden aplicarse criterios de clasificación, puesto que la función persecutoria se deriva de un deber que emana del poder soberano del Estado, en concreto, el poder penal estatal, que es confiado a los órganos de justicia para una efectiva realización de ella de imponer una pena a todos aquellos que han quebrantado el contrato social.

Una justicia criminal como esta ha demostrado con creces que no está en posibilidad de ofrecer respuestas reales y efectivas al problema delictivo; es decir, una represión sin distinción y sin tutela de las partes enfrentadas (víctima-victimario) se convierte en una justicia como acicate del poder punitivo estatal, únicamente orientado a imponer una pena a la persona del culpable, como si la única finalidad de la justicia penal fuese la efectiva imposición de una pena sustentada en razones de justicia.

De esta forma, el conflicto social es sobredimensionado por las facultades persecutorias y sancionatorias del Estado, que se circunscriben a la privación del infractor de una serie de bienes jurídicos, marginando así las legítimas expectativas de las partes confrontadas: la víctima y el imputado. Empero, lo real y palmario es que la justicia penal regida estrictamente por el principio de legalidad procesal se encuentra hipertrofiada, colapsada, en razón de la abundante carga procesal, del fenómeno de la normativización[1], de la neo-criminalización y de la prisionización.

(1) Al respecto, Maier señala lo siguiente "(…) somos parte de una falacia, la del normativismo: todos los problemas de la sociedad, son subsanados con normas, en especial con prohibiciones y mandatos, cuya lesión es amenaza con una pena". MAIER. "¿Es posible todavía la realización del Proceso Penal en el

Son en efecto, una serie de factores que propician lentitud e ineficacia de los tribunales de justicia encargados de impartir justicia en el ámbito criminal.

Ante tal estado de cosas, el conflicto social no es resuelto de una forma pacífica, el imputado es privado de su libertad y recluido en una cárcel altamente contaminante, y la víctima es objeto de una segunda victimización en la que difícilmente podrá ver satisfechas sus pretensiones reparatorias. Es entonces esta una imagen anacrónica de una justicia penal incapaz de ofrecer respuestas pacíficas al conflicto social derivado del delito.

Fueron estas las causas que propiciaron todo un cambio de paradigma, desde una perspectiva desmitificadora de la justicia. En la década de los sesentas, la justicia penal de los Estados Unidos fue objeto de una profunda reforma, el crecimiento imparable de la delincuencia de bagatela, es decir, las altas tasas de criminalidad de la pequeña y mediana criminalidad, puso en cuestionamiento la efectiva funcionalidad del sistema tradicional. Diagnóstico poco favorable que propició la remodelación de una justicia penal rígida e inflexible por un modelo de justicia consensuado e integracionista, modelo puro de mediación-conciliación (*Reconciliation Programs*) o de reparación (*Restitution Programs*), que implica un cambio profundo en la tradicional distribución de roles entre el tribunal y los implicados porque parten de la premisa de que el crimen debe concebirse como un conflicto interpersonal(2), una nueva distribución de roles que importa un acercamiento a las formas de conclusión anticipada en el proceso civil.

De esta forma, la justicia penal es flexibilizada por criterios de selección, es decir, aquellos injustos que implican un menor contenido antijurídico así como la culpabilidad mínima del autor, pueden ser sustraídos del ámbito punitivo, donde la solución del conflicto pasa por una integración de la víctima con el victimario. Una respuesta cualitativamente satisfactoria al problema criminal persigue la efectiva solución del conflicto, que el delito exterioriza (resolverlo no significa exclusivamente castigar con una pena a la persona del culpable). La conciliación de las partes implicadas en el mismo y la pacificación de las relaciones sociales generadas propician un marco de integración social entre las partes al menor coste posible, donde al Estado no le queda otra alternativa que abdicar en sus funciones sancionatorias.

Tal como hemos preceptuado en líneas anteriores, el Derecho Penal ocupa un lugar subsidiario y fragmentario en los modelos de control social y de prevención

marco de un Estado de derecho?". En: *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales-Un homenaje a Claus Roxin*. Marco Lerner Editora, Córdoba, 2001, p. 777 y ss.

(2) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. "Tratado de criminología". 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 1007.

social, esto es, el derecho punitivo debe de intervenir solo en los casos de extrema perturbación social; extender su intervención a focos tenues de conflictividad, no viabiliza formas pacíficas de solución al conflicto social producido por el delito. En el marco del Estado social de derecho, no puede concebirse que a toda infracción normativa culpable deba sobrevenir una pena, de ahí la relevancia de ofrecer respuestas más racionales y menos aflictivas para los protagonistas del conflicto, promoviendo la integración social por la vía de la reparación del daño. Buscar en las prohibiciones penales la solución al problema del crimen es una ingenuidad; antes que ello, debe buscarse una justa y eficaz política social.

El modelo integrador propone entonces un mayor acercamiento entre los protagonistas del conflicto, mediante fórmulas despenalizadoras que pretenden crear un verdadero marco de pacificación social; un modelo que se preocupe de la víctima y del agresor. En el modelo clásico de justicia, la víctima es un convidado de piedra que es rebasado en sus aspiraciones reparatorias por un poder penal estatal, al que solo le interesa la imposición de la sanción punitiva. Las primeras correcciones del rumbo –señala Eser– se dirigían a reclamar una mayor implicación de la víctima y a destacar la importancia de la indemnización de daños y perjuicios(3), el redescubrimiento de la víctima se conduce entonces por la vía de la reparación que se gesta a partir de una justicia penal consensuada.

En efecto, la justicia penal se reconduce por metas preventivas, dejando de lado las aspiraciones puramente vindicativas o represoras. Y no desde su *auctoritas*, sino a través del pacto, del consenso, del arreglo, de la composición: mediante la "negociación", confiando en la capacidad de los implicados para encontrar fórmulas de compromiso(4). Es bajo esta nueva orientación que se pretende estructurar una justicia penal más llevada al consenso, a la pacificación social y a la integración social de las partes confrontadas en el conflicto.

Este modelo de integración social ha sido recogido en nuestro Derecho positivo por el denominado "Principio de oportunidad", criterios despenalizadores que han sido positivizados desde la entrada en vigencia del artículo 2 del Código Procesal de 1991, ratificados por los proyectos de 1995 y 1997, y finalmente sancionados en el artículo 2 del nuevo Código Procesal Penal de 2004. Al respecto, habrá que relevar que los criterios de oportunidad significan en realidad una socialización de la justicia penal, llevada a más por filtros de selección que se plasman normativamente.

(3) ESER, Albin. *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 1999, p. 271.

(4) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. Ob. cit., p. 1008.

III. LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO POSITIVO VIGENTE Y SU ANÁLISIS PRÁCTICO CONFORME AL PROBLEMA PLANTEADO

El CPP de 1991, en su artículo 2, comprende tres causales para la aplicación del principio de oportunidad, y en el cuarto párrafo del dispositivo legal menciona expresamente que en los supuestos previstos en los incisos 2) y 3) será necesario que el agente hubiera reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo entre la víctima respecto a la reparación civil.

En efecto, el pago de la reparación civil o el compromiso de pago se constituye en un presupuesto esencial e ineludible, para la procedencia de la abstención del ejercicio de la acción penal por parte del fiscal. En tal medida, habrá que subrayar que en la mayoría de delitos se identifica claramente una víctima, v. gr. en los delitos de resultado o de peligro concreto, como en el homicidio, lesiones, secuestro, abandono de personas en peligro, omisión de asistencia familiar, etc. Sin embargo, existen otros delitos en los cuales el legislador ha acudido a la técnica de los delitos de peligro abstracto, donde se tutelan bienes jurídicos difusos.

En concreto, el delito de conducción en estado de ebriedad (Título XII del Código Penal –Delitos contra la seguridad pública, capítulo I– Delitos de peligro común) se trata de un ilícito penal que manifiesta la realización de una actividad que lleva ínsita un riesgo para los bienes jurídicos personalísimos.

Estamos entonces ante un bien jurídico supraindividual, destinado a tutelar bienes jurídicos difusos o dígase de intereses sociales indeterminados; son entonces injustos que no lesionan o ponen en un real estado de peligro interés jurídico individual alguno. La dificultad a este nivel es identificar a la persona de la víctima, pues en principio pareciese que cualquier miembro de la sociedad pudiese presentarse como víctima del mismo. Pero, la cuestión no es tan fácil como parece, en la medida en que se necesita una representación acreditada, a efectos de representar debidamente a la colectividad, y esto muy al margen de que este delito no produce daño material alguno.

Antes de detenernos en el aspecto central de análisis, definiremos previamente ante cuál de los supuestos comprendidos en el artículo 2 nos encontramos en el caso del delito de conducción en estado de ebriedad.

El primer inciso implica que el agente haya sido gravemente afectado por las consecuencias del delito, en tal medida, los efectos perjudiciales del injusto deben haber afectado también la esfera individual del agente, empero, en el delito *in examine*, al ser un delito de peligro abstracto, no se genera una materialidad lesiva que pueda extenderse al agente, es decir, no hay consecuencia tal que pueda incidir sobre los bienes jurídicos del autor, en concreto, sobre su esfera circular.

Entonces, al descartarse el inciso 1, quedan entonces los incisos 2 y 3. El inciso 2 hace alusión a delitos que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público, en concreto, significa una valoración del contenido del injusto y el interés social en la persecución del delito. A fin de descartar que este delito se adecua a los alcances del inciso 2, argumentaremos lo siguiente: el legislador del 91, incluyó en el catálogo de delitos este tipo penal en razón a una función político-criminal, es decir, de repotenciar los efectos preventivos de la pena; para tal fin construyó este delito sobre la base de la técnica de los tipos de peligro abstracto.

La anticipación de tutela es incuestionable en este caso, la conducción de un vehículo motorizado en estado de ebriedad se constituye en un comportamiento potencialmente criminógeno, con la suficiente aptitud lesiva para poder vulnerar bienes jurídicos altamente personales. Quien conduce bajo los efectos del alcohol y otras substancias sicotrópicas, es afectado gravemente en sus facultades sensoriales y de percepción, por lo tanto, no está en capacidad de reaccionar y de controlar sus actos conforme a un estado sensitivo pleno.

De esta manera, la vida, el cuerpo y la salud de los transeúntes y otros conductores se coloca en un estadio de riesgo potencial, y en nuestra sociedad el nivel de chóferes que conducen en estado de ebriedad es en realidad alarmante; obviamente, la mayor alarma social se produce cuando un agente con estas características lesiona o provoca la muerte de un ciudadano. En nuestro país, según datos estadísticos, se producen cada año en promedio 74 mil accidentes de tránsito, donde el 40% es ocasionado por un conductor ebrio.

Entonces, podemos decir conscientemente que este delito contiene una mínima significancia antijurídica, por el hecho de que su marco penal imponible no supere un año de pena privativa de libertad; esta será una realidad normativa, pero la realidad criminológica dista mucho de esta valoración jurídico-penal, que tal vez amerita una mayor represión a afectos de afianzar el fin preventivo de la pena. De otro lado, si bien este delito difícilmente es perseguido y sancionado por una serie de disfunciones sociales, arroja una abultada cifra negra de la criminalidad, de hechos que no pasan a conocimiento de la administración de justicia.

Por lo tanto, son realidad hechos punibles de alta tasa delictiva, de frecuencia significante ante una sociedad caracterizada por la inconciencia ciudadana y la falta de reconocimiento fáctico del orden jurídico. Ante lo dicho, no podemos pues alegar un mínimo interés social en la persecución de este delito, más aún cuando es la propia sociedad que hasta hace muy poco demandó una respuesta penal más intensa con ocasión a los múltiples accidentes de tránsito, que provocaron algunos de ellos la muerte de personas inocentes, demanda social que se plasmó normativamente con la sanción de la Ley Nº 27753 del 09/06/02; renunciar entonces

al fin preventivo de la norma significaría declinar en la misión de tutela de bienes jurídicos, ante delitos que generan una alarma social significativa.

Quedaría entonces por analizar el inciso 3 del artículo 2 del CPP, el cual refiere a una mínima culpabilidad del agente o a una aportación mínima en la ejecución del delito, es por lo tanto, ya no una análisis del injusto sino del reproche personal, es un juicio individual llevado al plano sicosomático y social del agente. El momento de valoración de la culpabilidad es cuando se cometió el delito, en el caso del delito de conducción en estado de ebriedad, estamos ante una aparente inimputabilidad por una alteración de la conciencia transitoria. Sin embargo, el análisis en este caso se remonta a un momento anterior, cuando el agente era conciente de sus actos (*actio libera in causa*), y debió procurar comportarse a derecho, es decir, si sabía que iba a manejar en seguida, y aun así bebió más de la cuenta, sabía entonces perfectamente que estaba creando un riesgo no permitido, por ende, actuó dolosamente.

En tal medida, el artículo 6, 6.3 del Reglamento (Res. CT-MP-Nº 200-2001), establece que la abstención del ejercicio de la acción penal por razones de mínima culpabilidad, procederá cuando se presentan circunstancias atenuantes que permitan una rebaja sustancial de la pena, vinculados entre otros factores, a los móviles y finalidad del autor, a sus características personales (principios de determinación de la pena, artículos 45 y 46 del C.P.), causas de inculpabilidad incompletas, etc. En esta hipótesis delictiva, habría que incidir en las condiciones personales del autor, en su reacción luego de perpetrado el delito, la edad, educación y estatus socioeconómico; no es pues, lo mismo el chófer experimentado de un bus interprovincial que se emborracha en un lugar de tránsito, que el joven que toma sus primeras copas en una fiesta de graduación y se coloca en estado de ebriedad. Para tal fin, habrá que penetrar en el ámbito de la esfera personal del agente, el grado de reconocimiento con la norma, esto es, si es un agente ocasional u habitual, y cualquier otro dato concomitante a la responsabilidad del autor como imputación del delito.

Consecuentemente, ante autores de este delito que revelen estos rasgos personales como concurrentes de supuestos atenuantes, podrán acogerse al principio de oportunidad, fundado en el inciso 3.

1. El acuerdo reparatorio

Según se aprecia en la resolución de archivamiento de fecha 3 de marzo del 2004, por la Décima Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, en su segundo considerando señala lo siguiente:

> "Que mediante acta de Audiencia de Conciliación de (...), en aplicación del principio de oportunidad de fs. dieciséis, la persona de (...), se comprometió

> a pagar la suma de trescientos diez nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la sociedad, al amparo de lo dispuesto en el artículo 2 de Código Procesal Penal vigente y al artículo nueve del Reglamento de Organización y Funciones de las Fiscalías Provinciales Penales Especializadas en la aplicación del principio de oportunidad".

Se advierte entonces, que ante un delito que afecta un bien jurídico perteneciente a intereses difusos, es la sociedad la agraviada; sin embargo, no sabemos a ciencia cierta quiénes serán los representantes de la sociedad que reclamarán el abono de la suma de dinero fijada por concepto de reparación civil, en la medida en que no existe una representación civil acreditada que sustente la legitimidad para ello. En consecuencia, si bien la abstención del ejercicio de la acción penal está debidamente fundamentada en la causal del inciso 3, la satisfacción reparatoria contenida en la reparación civil no obtendrá los fines deseados –que es la integración social entre víctima y victimario– pues no se determina con precisión los beneficiarios de aquella.

Ante este estado de cosas, el legislador no se ha preocupado por regular este vacío normativo que puede llevar a soluciones político-criminalmente insatisfactorias, por lo tanto, amerita al respecto formular proposiciones destinadas a solucionar dicha problemática. El nuevo Código Procesal Penal promulgado mediante Decreto Legislativo Nº 957 del 29/07/04, a partir de una política criminal orientada a la vigencia material de los derechos fundamentales, establece en su artículo 94 inciso 4, lo siguiente:

> "Las asociaciones en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, cuya titularidad lesione a un número indeterminado de personas, o en los delitos catalogados como crímenes internacionales por los Tratados Internacionales, podrán ejercer la representación de las personas directamente ofendidas por el delito, siempre que su objeto social se vincule directamente con esos intereses y que haya sido inscrita antes de la comisión del hecho punible".

En efecto, esta regulación permite a ciertas asociaciones representar los intereses de un número indeterminado de personas, en los delitos que afectan intereses difusos, esto es, ante bienes jurídicos de naturaleza supraindividual, como es la "seguridad pública", siempre y cuando estén inscritas como tal en el registro respectivo al momento de la comisión del hecho punible.

En virtud a lo antes acotado, se proponen dos soluciones: 1. Promover la entrada en vigencia efectiva del artículo 2 del nuevo Código Procesal Penal, así como los preceptos referidos a los sujetos procesales, proposición que no va a significar un mayor gasto al fisco, en la medida en que los órganos de justicia cuentan en la actualidad con los mecanismos idóneos para hacer efectivos tales derechos; y, 2. Hasta que no entren en vigencia las regulaciones antes aludidas, la Defensoría

del Pueblo puede actuar en este procedimiento consensuado, en defensa y representación de los derechos fundamentales de la comunidad, tal como lo consagra el artículo 162 de la Constitución Política del Estado. Para tal fin se puede constituir un fondo especial para las víctimas de accidentes de tránsito, en los cuales no se haya identificado al agresor. De esta manera, se propicia una debida tutela a los intereses de las víctimas, de conformidad con los fines preventivos del Derecho Penal en una comunidad democrática.

2. La abstención del ejercicio de la acción penal como una facultad discrecional del fiscal

Tal como señalamos al inicio de este trabajo, los criterios de oportunidad son la plasmación de una facultad discrecional de quien asume la titularidad de la acción penal, es decir, el agente fiscal no está obligado a promover este mecanismo despenalizador según las facultades legales atribuidas a su ámbito de competencia. El hecho de que no sea vinculante la aplicación del principio de oportunidad, ha significado que este mecanismo de selección criminal no haya obtenido los frutos esperados. Así de las denuncias recibidas en el año 2003 en el Distrito Judicial de Lima, solo el 1% ha sido objeto de aplicación de este principio(5).

Siendo así las cosas, la aplicación del principio de oportunidad no ha podido contribuir a rebajar sustancialmente la sobrecarga procesal que aqueja nuestros tribunales debido a vacíos normativos, deficiencias operativas y por la inacción de los sujetos procesales a partir de una actitud inquisitorial, pues para el fiscal es más fácil denunciar todo hecho que llegue a su conocimiento, en vez de analizar exhaustivamente si el caso merece ser llevado a los tribunales de justicia por razones de necesidad y de merecimiento.

De tal manera que urge un replanteamiento al respecto, que puede ser conducido a dos planos: 1. Establecer el carácter vinculante del principio de oportunidad para el agente fiscal de conformidad al principio de legalidad(6); y, 2. Desformalizar el proceso, regulando un trámite menos burocrático y más expeditivo para las partes involucradas, a efectos de propiciar la operatividad práctica del principio de oportunidad.

(5) Según las cifras publicadas por el Anuario estadístico para el año 2000 (Ministerio Público), el Distrito Judicial de Junín es el de mayor aplicación del principio de oportunidad con 27% (422), Cuzco 17% (266), Áncash 10,3% (161), Puno 8,40 % (131), Piura 7% (109), Callao 0,6% (9) y Cono Norte 0,8% (13). Fuente: CUBAS VILLANUEVA ,Víctor. *Aportes para una reforma urgente del Ministerio Público*. Consorcio Justicia Viva. Lima, 2003.

(6) La modificación establecida al artículo 2 del CPP por el artículo 3 de la Ley Nº 28117 del 10/12/03 ha significado un paso importante en este sentido, al prever que en algunos delitos (artículos 122, 185 y 190) antes de formalizar la denuncia penal, el Fiscal **citará** al imputado y a la víctima para proponerles un acuerdo preparatorio, lo cual implica la promoción del acuerdo consensual a partir de un mandato imperativo de la ley.

En suma, la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal regido bajo el principio acusatorio, supone una justicia penal más efectiva y garantista, donde el principio de oportunidad se convierte en un mecanismo esencial para descongestionar la carga procesal y para seleccionar los hechos punibles que ameritan ser alcanzados por una pena.

La libertad por exceso de detención
El derecho de ser juzgado en un plazo razonable

I. DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA EN CUESTIÓN

Actualmente, como nunca como antes, la sociedad ha centrado su foco de atención en la justicia penal, particularmente por las recientes excarcelaciones de imputados involucrados en delitos de corrupción y otros delitos graves (asesinato, robo agravado, secuestro, etc.), fundamentadas en el exceso de carcelería, según los plazos legales establecidos en el artículo 137 del Código Procesal Penal.

En efecto, el hecho de que avezados y prontuariados delincuentes salgan de prisión genera en la sociedad una sensación de inseguridad ciudadana y, sobre todo, la imagen de una administración de justicia criminal lenta e ineficiente. Una administración de justicia que no puede cumplir a cabalidad con los principios que articulan el debido proceso (*due process of law*), en concreto, al derecho de ser juzgado en un plazo razonable y sin dilaciones indebidas.

Siendo así las cosas, nos enfrentamos a una dialéctica tal vez irreconciliable entre sí: garantismo *versus* eficiencia. Garantismo significa someter al proceso penal a los principios que disponen la primacía de las libertades civiles y políticas. Mientras que eficiencia supone materializar la ley penal sustantiva a la persona del culpable, es decir, la realización de la justicia penal de conformidad con el principio de legalidad. En otras palabras, la persecución penal en el marco de un Estado constitucional de Derecho no puede realizarse a toda costa, pues algunas veces se deberán realizar ciertos sacrificios, como, por ejemplo, la absolución del culpable por insuficiencia probatoria.

La detención preventiva se ha convertido hoy en día en la *prima ratio*. La preferencia por esta medida cautelar supone una práctica inquisitorial de primer orden, que provoca graves consecuencias para el sistema penal en su conjunto. Más del 70% de la población carcelaria se encuentra en la calidad de procesados. Sobre estas personas aún no ha recaído una sentencia condenatoria confirmatoria de culpabilidad, no obstante la vigencia del principio de presunción de inocencia.

Ante este estado de cosas, parece que la detención preventiva como medida cautelar estuviese desplegando efectos del Derecho Penal material de forma anticipada, esto es, de prevención general y de prevención especial, lo que a todas luces resulta inconstitucional.

La detención preventiva tiene una naturaleza instrumental, provisoria y proporcional, que se adopta fundamentalmente para asegurar los fines del procedimiento penal: asegurar la comparecencia del imputado, hallar la verdad formal y así materializar la pretensión punitiva del Estado. Pero esta pretensión tiene límites, y uno de estos límites es la libertad del imputado, la cual no puede ser privada más allá del tiempo estrictamente necesario.

En suma, la política criminal del Estado debe asegurar la efectiva protección de los derechos fundamentales y la eficacia de la justicia penal. Ambos son fines primordiales que deben conciliarse a efectos de garantizar los fines del sistema jurídico-estatal.

Ciertamente, el proceso penal debe instituirse en la panacea de todas las garantías fundamentales y en el mecanismo racional por el cual los hombres obtienen justicia en un sistema democrático de Derecho. La realización del Derecho Penal es la única vía para restablecer la paz y seguridad jurídica que debe reinar en una comunidad de gente, como una forma pacífica de sustituir la venganza privada entre los asociados, por una justicia pública basada en la razón y en el Derecho. El Derecho es el uso de la razón en cuanto al valor justicia, por lo que ha de utilizar los mecanismos más idóneos y pacíficos para dirimir la controversia objeto de tutela.

Sobre la base de lo acotado, podemos afirmar que en el proceso penal surge una tensión entre libertad y seguridad, es decir, entre la necesidad de que se tutelen al máximo las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos y de que la administración de justicia penal proporcione un marco de seguridad a la ciudadanía, persiguiendo y sancionando el delito efectivamente y sin dilaciones.

De este modo, es oportuno citar al jurista italiano Pagano, para quien el proceso penal asumía una importancia tan básica que la consideraba indicador del estado de civilización de un pueblo, toda vez que mediante el proceso penal podían o no tutelarse la libertad y la seguridad de los ciudadanos: "Donde triunfa la impunidad, el ciudadano no es libre ni está tranquilo, puesto que un rápido y exacto castigo a los reos proporciona la seguridad pública. En el extremo opuesto, donde se sueltan demasiado las manos al juez, golpeando muy osada e ilimitadamente la libertad y la inocencia, los dos grandes númenes que deben respetar las leyes jamás estarán seguros"(1).

(1) PAGANO, Francisco Mario. *Principios del Código Penal*. Traducción de Eugenio R. Zaffaroni. Hammurabi-José Luis Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 20-21.

Hoy más que nunca resulta fundamental que los derechos fundamentales obtengan una efectiva protección de contenido material por parte del Derecho positivo. No se equivoca Bacigalupo al subrayar, en la teoría del Derecho procesal, la dependencia de la estructuración del proceso al orden constitucional, hasta el punto de considerar que el Derecho Procesal Penal es el sismógrafo de la Constitución de un Estado, dado que en ningún otro ámbito los intereses colectivos y las del individuo entran en colisión de una manera tan contundente(2).

En otras palabras, el proceso penal, en el marco del Estado de Derecho, debe equilibrar ambos legítimos intereses; esto es, proteger eficazmente los derechos fundamentales y resolver con justicia los conflictos sociales más graves que acontecen en la sociedad, es decir, brindar garantía con justicia. El valor efectivo de un ordenamiento jurídico-penal depende considerablemente de cómo se realiza la función tutelar en la persecución de los hechos punibles(3). Se justifica entonces una prevención eficaz, pero sin recorte de garantías fundamentales.

Ante este estado de cosas, el Estado ha formulado su política criminal conforme iban desarrollándose los acontecimientos públicos, en el sentido, de que la necesidad de proporcionar un marco cognitivo adecuado a la población, condujo a una intensificación de las redes de represión penal. Sin embargo, el Tribunal Constitucional asumió su función tutelar sobre los derechos fundamentales, y ha emitido sentencias al respecto que de cierto modo han calado profundamente en la maximización de la pretensión penal estatal. Todos estos puntos serán seguidamente desarrollados, a efectos de establecer un criterio razonable acerca del tiempo que un imputado puede estar detenidamente sin ser sentenciado.

II. FINES DEL PROCESO PENAL Y LOS FUNDAMENTOS DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

Siempre los textos sobre la materia han recalcado sobremanera que el fin del proceso penal es el arribo a la verdad material o histórica; sin embargo, las limitaciones a las que se encuentra sometida la investigación penal muchas veces impiden que se pueda lograr este objetivo. En tal sentido, el fin del proceso penal es la reconstrucción de los hechos históricamente acontecidos para, finalmente, aplicar una norma de derecho material a un caso determinado. Lo que se busca entonces en el proceso penal es hallar una verdad formal o jurídica, pues la conclusión del procedimiento supone la materialización de una norma racional-objetiva a quien

(2) BACIGALUPO, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid-Barcelona, 2002, p. 254.

(3) ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Traducción de Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Edersa, 1979, p. 111.

culpablemente infringió una norma jurídico-penal. Esto conduce a la desestimación de la instancia promotora cuando el hecho no se encuadra en una norma penal(4).

En efecto, el objeto del proceso penal es la realización del Derecho Penal material, y cuando este objeto es imposible de alcanzar deberá pues absolverse al imputado o sobreseerse la causa. La pretensión penal del Estado surgida del Derecho Penal material es una pretensión de Derecho Público de la comunidad frente al individuo(5), la cual se sustenta en la naturaleza social de los bienes jurídicos que este tutela y en el interés social en la persecución del delito. Ciertamente, el Derecho Procesal Penal es el auténtico campo de aplicación del Derecho Penal sustantivo y el derecho de la determinación de la pena(6); sin embargo, los fines que persiguen ambas disciplinas jurídico-penales son en suma distintos, tal como lo sostendremos en líneas posteriores.

En este orden de ideas, para que el proceso penal pueda materializar su objeto necesita adoptar una serie de medidas de injerencia sobre los bienes jurídicos del imputado; y entre estas se ubican las medidas coercitivas de naturaleza personal, cuya mayor intensidad se manifiesta a través de la detención preventiva o prisión provisional, aquella que se dicta en el transcurso de un procedimiento penal ordinario, dictada por el órgano jurisdiccional competente. En palabras de Roxin, la prisión preventiva en el proceso penal es la privación de libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena(7).

La detención preventiva, a diferencia de otras medidas cautelares, es de naturaleza personal, pues recae directamente sobre un bien del imputado y tiene que ver con la efectividad del procedimiento, pues asegurando la comparecencia del imputado se garantiza –en caso de sentencia condenatoria– la viabilidad de la ejecución penal(8). En efecto, la detención provisional del imputado tiene una finalidad asegurativa, en caso de que las consecuencias jurídicas previstas en la normas de sanción (pena o medida de seguridad) adquieran plasmación última en la sentencia que declara judicialmente culpable al imputado.

(4) CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Actualizado por Jorge Eduardo Vázquez Rossi, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, p. 221.

(5) BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 3ª edición alemana ampliada de 1979 por Conrado A. Finzi. Ediciones Depalma, Buenos Aires, p. 10.

(6) FREUND, Georg. "Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal". En: *El Sistema Integral del Derecho Penal*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid-Barcelona, 2004, p. 93. Así ZIPF, al sostener que precisamente en el ámbito del Derecho Penal tiene el Derecho Procesal una significación absolutamente constitutiva para la realización de la pretensión penal, *vide* ZIPF, Heinz. Ob. cit., p. 128.

(7) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Revisada por B. J. Maier. Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2000.

(8) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Teoría general del proceso y la práctica forense penal*. Rhodas, Lima, 2004, p. 245.

Siendo entonces la privación de la libertad la restricción más grave con que se puede gravar a un inculpado, esta debe constituirse en la última ratio del ordenamiento jurídico-procesal, esto es, se debe procurar la adopción de otras medidas coercitivas menos gravosas y acudir a la detención preventiva únicamente en los casos extremos, donde la gravedad del injusto, el peligro de fuga y otros motivos justifiquen la privación de la libertad personal.

Lamentablemente, la detención preventiva –como medida cautelar– se ha convertido dentro nuestra justicia penal en el resorte punitivo de preferencia, es decir, en la *prima ratio*; situación que ha desencadenado una excesiva prisionización, que se manifiesta en la crisis del sistema carcelario.

La libertad es un bien jurídico fundamental y la base material para el goce y disfrute de los demás bienes jurídicos. La Constitución Política del Estado consagra este valor fundamental en el artículo 2 inciso, 24 literales b) y f), en los cuales establece que: "No se permite forma alguna de restricciones de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley".

Si bien, el precepto constitucional no lo proclama, los casos en los cuales se restringe legalmente este bien jurídico, deben someterse previamente a ciertos presupuestos a fin de legitimar la medida y su duración debe sujetarse a un plazo razonable (el normado en el artículo 137 del Código Procesal Penal), a efectos de garantizar la indemnidad de la dignidad personal. En suma, los presupuestos para la aplicación de la detención preventiva son los siguientes:

1. Provisionalidad

La medida de detención preventiva debe extenderse el tiempo estrictamente necesario, es decir, cumplidos los fines que justificaron la medida, esta debe cesar inmediatamente, pues de lo contrario, se constituiría en una medida arbitraria y desproporcional. Las medidas cautelares están sometidas a la regla *rebus sic stantibus*, es decir, tan solo han de aplicarse mientras subsistan los presupuestos que le sirvieron como base argumentativa. La temporalidad de las medidas cautelares constituye una regla importante, pues tales afectaciones, por su naturaleza, no pueden ser definitivas(9), ni pueden extenderse *ad infinitum*.

2. Instrumentalidad

Su instrumentalidad viene sustentada por su utilidad para coadyuvar a que el procedimiento penal alcance sus fines propuestos, esto es, la sanción de la conducta transgresora y la satisfacción de los intereses reparatorios. Teniendo un carácter instrumental, esta medida solo podrá aplicarse en razón de los fines que se

(9) SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 2004, p. 733.

persiguen en el procedimiento penal, mas no de los referidos al derecho penal material, los cuales se plasman únicamente en el acto simbólico de la sentencia judicial.

3. Proporcionalidad

Este principio tiene íntima relación con el carácter subsidiario que debe preservar la detención preventiva. La prisión provisional debe imponerse judicialmente tomando en consideración una serie de variables: el contenido material del injusto, la relevancia del bien jurídico afectado, el interés social en la persecución, la peligrosidad del reo, los efectos perjudiciales del delito (antijuridicidad material), los elementos probatorios concurrentes, etc.; toda una serie de datos que van a permitir al juzgador establecer la necesidad de adoptar esta medida coercitiva a efectos de asegurar la comparecencia del imputado y que el proceso penal pueda llegar a sus fines propuestos.

La proporcionalidad indica también que la medida coercitiva debe durar lo estrictamente indispensable, atendiendo a las necesidades asegurativas del procesado[10]. En otras palabras: toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta debe ser proporcionada al fin legítimo perseguido; su ejercicio pues, debe ser proporcional al fin que se pretende alcanzar.

Pues bien, estos son los principios que sostienen la legitimidad de esta medida coercitiva de naturaleza personal, por lo que, faltando uno de ellos o desvaneciendo su esencia material, la medida se constituye en ilícita y arbitraria. En tal medida, es necesario que la detención preventiva se sujete siempre a un plazo razonable, en tanto, su excesiva dilatación en el tiempo transtoca los fines mismos del proceso penal y se instituye en una anticipación de la sentencia condenatoria.

En palabras de Hassemer, los fines de la prisión preventiva solo pueden ser fines de aseguramiento del procedimiento y de la ejecución[11]. Una detención preventiva que se prolonga indefinidamente en el tiempo, lesiona sin más los intereses jurídicos de una persona, y anticipa los costes gravosos a un imputado que tiene la calidad de inocente.

En efecto, cuando la detención se prolonga a plazos excesivos se transponen los fines del Derecho Penal material a los del Derecho Procesal, en concreto, los fines de la pena de prevención general y de prevención especial. Prevención general en el sentido de que una detención así de duradera provoca un estado de conminación al colectivo sobre el estado de cosas; efecto cognitivo que solo puede

(10) SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Ob. cit., p. 734.

(11) HASSEMER, Winfried. "Los presupuestos de la prisión preventiva". En: *Crítica al Derecho Penal de hoy*. Traducción de Patricia S. Ziffer. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Colombia, 1998, p. 110.

manifestarse con el acto de la condena. Prevención especial en el sentido de que la estancia en prisión del procesado supondría equívocamente la operatividad de un programa de rehabilitación social, lo cual es a todas luces absurdo, pues sobre este no se ha demostrado su culpabilidad y aún no se ha definido si en realidad la pena es necesaria y merecida como para ser sometido a un tratamiento penitenciario.

Los fines del Derecho Penal material referidos a la protección de bienes jurídicos, a la prevención del delito y a establecer un marco de seguridad social a la colectividad, únicamente pueden adquirir concreción con el acto final de la condena[12][13]. Extender arbitrariamente los plazos de detención a límites excesivos solo puede sostenerse en datos orientados exclusivamente a consideraciones político criminales, en concreto, en una funcionalización del Derecho Penal en la lucha contra la criminalidad y en un contexto comunicativo ideal: crear la sensación de una lucha eficaz contra el crimen en la sociedad.

Ciertamente, el proceso penal no puede conducirse o instrumentalizarse a esos objetivos, pues su realización en el marco del Estado Social de Derecho supone la maximización de las garantías formales y materiales para proteger los derechos fundamentales de la persona, como valladar inexpugnable ante las pretensiones persecutorias del Estado.

III. UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS Y EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL CONTEXTO DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

La materialización de las garantías constitucionales en el proceso penal significa la articulación de un debido proceso (*due process of law*), de conformidad a los postulados del Estado Constitucional de Derecho. Ahora bien, siendo el procedimiento penal el receptáculo de una serie de injerencias a la persona del imputado –y, asimismo, tomando como referencia los intereses sociales que se ponen en tutela en aquel–, debe realizarse y desarrollarse de forma regular y respetando

(12) Cuestión distinta es que el Derecho Penal material únicamente puede realizarse en el marco del Derecho Procesal Penal, esto es, subyace una funcionalidad interdisciplinar evidente entre ambas parcelas del ordenamiento jurídico, a efectos de viabilizar la función social de las Ciencias Penales. Así Freund, al sostener que, sin el proceso es imposible que los fines del Derecho Penal se desarrollen con eficacia y, por este motivo, un sistema penal que no dé importancia al proceso resultará indudablemente muy corto de miras, al ignorar una dimensión esencial: la dimensión de la simple posibilidad de que se ha cometido el hecho punible, un aspecto que no resulta accesible para concepción limitada al Derecho sustantivo, pese a tener una influencia decisiva en el Derecho Penal práctico, es decir, en la aplicación del Derecho Penal, *vide* FREUND, Georg. Ob. cit., p. 93. Así también ZIPF, al aseverar que precisamente en el ámbito del Derecho Penal tiene el Derecho procesal una significación absolutamente constitutiva para la realización de la pretensión penal, ZIPF, Heinz. Ob. cit., p. 128.

(13) RUIZ VADILLO, Enrique. "Principios generales, legalidad, proporcionalidad, etc.". En: *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Comares, Granada, p. 48.

los plazos previstos en la legislación procesal, a fin de que se colmen las legítimas expectativas depositadas en la justicia penal.

No podemos dejar de sostener que el imputado no puede ser objeto de pretensiones punitivas que desborden la legitimidad de la intervención pública. El imputado como portador de dignidad, no puede ser instrumentalizado para fines sociales o de naturaleza puramente política criminal. La dignidad humana es el fundamento material del orden jurídico-constitucional, es la piedra angular que sustenta el Estado Social, que reconoce la individualidad intersubjetiva como la fuente de inspiración de todo el ordenamiento jurídico en su conjunto. En consecuencia, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es una máxima fundamental que emana de la propia caracterización ontológica del ser humano y de la necesidad de articular un proceso penal a la medida del ser humano.

Lamentablemente la Constitución Política no consagra este derecho a pesar de ser inmanente a los derechos fundamentales y al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Sin embargo, de acuerdo con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú.

Así, el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que reconoce el derecho de toda 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. Y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 9.3, establece que toda persona detenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad.

Siendo así las cosas, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable constituye un derecho fundamental del imputado, que adquiere un valor universal, al ser recogido por las normas que rigen el Derecho internacional en materia de derechos humanos. La dilación indebida ha de consistir en el incumplimiento de los plazos procesales, ilícito, injusto, falto de equidad y cualificado(14); es un tratamiento procesal incompatible con las normas del debido proceso.

En la doctrina española, el profesor Cobo del Rosal se refiere al compromiso con los valores del Estado de Derecho, señalando que uno de estos valores es precisamente el derecho de toda persona a un proceso sin dilaciones indebidas, especialmente el penal, hasta el punto de que en virtud a ellas la justicia deja de

(14) Citado por RUIZ VADILLO, Enrique. Ob. cit. En: *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*. Consejo General del Poder Judicial. Osezno Editores, Madrid, 2000, p. 44.

ser tal, transformándose en una injusticia, en el despropósito social y jurídico, si por supuesto en el retraso no tuvo intervención ni culpa alguna el acusado[15].

En tal medida, la dilación en el procesamiento debe obedecer exclusivamente a la negligencia inexcusable del tribunal encargado de impartir justicia criminal. En este orden de ideas, diremos que una justicia tardía importa una reducción sustancial a la tutela jurisdiccional efectiva y una innecesaria afectación a los derechos fundamentales del imputado, más aún cuando este se encuentra privado de su libertad.

Tal como se ha sostenido doctrinariamente, las dilaciones indebidas deben proceder de un obrar negligente del juzgador, mas no del imputado. En este sentido, es importante citar la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), mencionada en la sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. Nº 3771-2004-HC/TC), que señala en su considerando 2, lo siguiente (en referencia al concepto de plano razonable):

> La actitud de los protagonistas del proceso: por una parte, la inactividad 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). (STC Exp. Nº 3771-2004-HC/TC, considerando Nº 2).

En efecto, denominaremos "defensa obstruccionista" a aquella conducta procesal maliciosa y artificiosa del imputado y su defensa, que se materializa a través de la interposición de una serie de mecanismos dilatorios, a efectos de beneficiarse con el paso del tiempo, surgiendo la prescripción como una de las consecuencias negativas de este proceder. Mas es importante aclarar que aquellos actos procesales legalmente regulados, que son impulsados por el procesado en el marco regular del proceso no pueden ser reputados como "obstruccionistas".

En lo referente al principio de presunción de inocencia, diremos que este principio es un valor ético-jurídico que se inspira en el reconocimiento filosófico

(15) Así BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Segunda edición actualizada y ampliada. Reimpresión. Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires, 2000, pp. 120 y 121.

y programático de que la persona (imputado) es un sujeto de derechos, y de que mientras no se demuestre judicialmente su culpabilidad, debe ser tratado como un inocente. El principio de presunción de inocencia rige a partir del momento en que sobre una persona recae una imputación de carácter criminal. De este principio se deriva el derecho de defensa, el contradictorio y el *nemo tenetur sea ipso accusare* (derecho a no aportar prueba en su contra), este último de relación directa con el principio acusatorio.

Sin duda, la detención preventiva entra en colisión con el principio de presunción de inocencia, pues se priva de libertad a un inocente. Sin embargo, en este ámbito se valora un interés jurídico superior, esto es, la justicia como valor fundamental del ordenamiento jurídico-constitucional, que debe preservarse a partir de ciertas medidas necesarias, pero sometidas a principios limitadores, a fin de que no se instrumentalice al imputado cuando se exceda del tiempo razonable de detención.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, al aseverar lo siguiente:

> 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 termino 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 el término límite), ni mucho menos con argumentos que encubren o pretendan justificar la incuria o displicencia de los funcionarios responsables. (STC Exp. Nº 3771-2004-HC/TC, parágrafo Nº 7).

Son, en realidad, contundentes las afirmaciones del Tribunal Constitucional al desestimar cualquier tipo de justificación que pretenda extender el tiempo de detención preventiva más allá de los plazos legales establecidos, la ineficacia y lentitud de los operativos de justicia penal no puede ser cargada sobre los hombros del procesado. La negligencia en el obrar jurisdiccional no puede ser encubierta por una soterrada agravación de la situación jurídica del imputado.

La internación preventiva de un imputado en un reclusorio que sobrepase el tiempo estrictamente razonable, importa en realidad aplicar las consecuencias penales por adelantado a quien jurídicamente se le considera inocente. De esa forma se vulnera también el principio de culpabilidad, en tanto que se estaría aplicando una medida extremadamente gravosa a quien todavía no se le ha demostrado su responsabilidad penal por el injusto cometido.

En concreto, el *nullum poena sine culpa*, significa que no se puede imponer una pena sin haberse comprobado la culpabilidad del agente. En otras palabras: el principio de culpabilidad surge para poner límites y contornos precisos a la pretensión penal estatal, para que la pena sea una respuesta jurídica justa y razonable. Este principio si bien no tiene rango constitucional de forma taxativa, se deriva del reconocimiento de la persona humana como valor fundamental y el respeto a su dignidad, como valor inalienable. Por lo tanto, el reconocimiento del principio de culpabilidad con jerarquía constitucional es una proclamación inobjetable. El reconocimiento de un principio que no pudiera efectivizarse en los casos más significativos de sus posibles violaciones carecería de todo valor(16).

Una detención preventiva que sobrepase en exceso el plazo razonable significa también, en la práctica, una afectación al principio de culpabilidad, pues el reconocimiento de culpabilidad únicamente puede ser el resultado de un juicio llevado con todas las garantías (*nullum poena sine judicium*). Resulta paradigmático el ejemplo del procesado que estuvo detenido en forma provisoria por cuatro años y, al final del juzgamiento, recibe una condena de dos años suspendida o, más aún, se acredita judicialmente su inocencia. En palabras de Hassemer, el jurista penal solo confía de la sentencia con calidad de cosa juzgada(17).

Ante este estado de cosas, sostenemos que el exceso en los plazos de detención supone la aplicación por adelantado de la pena privativa de libertad y por consiguiente la afectación al principio de proporcionalidad, sanción que en el marco del Estado de Derecho solo puede plasmarse en la sentencia condenatoria. Ciertamente, la pena privativa de libertad tiene otros presupuestos y funciones, distintos a los de la prisión preventiva(18).

IV. LOS PLAZOS DE DETENCIÓN SEGÚN EL ARTÍCULO 137 DEL CPP Y LOS PRESUPUESTOS DE LA LIBERTAD POR EXCESO DE DETENCIÓN

El artículo 137 del Código Procesal Penal ha sido objeto de dos modificaciones consecutivas, obedeciendo tal vez a la necesidad de ampliar los plazos de detención ante las inminentes excarcelaciones que se iban a producir por exceso de detención en el ámbito de la criminalidad paraestatal, en tal medida, podemos decir que la ampliación de los plazos de detención han seguido una orientación político criminal determinada.

(16) BACIGALUPO, E. Ob. cit., p. 106.

(17) HASSEMER, W. Ob. cit., p. 109.

(18) Ibídem, p. 111.

La primera modificación se efectuó a instancias de la Ley Nº 27553 del 13/11/01, la cual posibilitó duplicar el plazo límite de detención en el caso de los procedimientos declarados "complejos", en razón de una serie de factores: por la gravedad del delito, por la pluralidad de los procesados o por la naturaleza del bien jurídico lesionado. En tal sentido, el plazo de detención sin sentencia podría extenderse a treinta y seis meses, es decir, a tres años; mientras que la segunda modificatoria fue efectuada mediante la Ley Nº 28105 del 21/11/03.

Conforme a ellas, el artículo 137 del CPP establece dos posibilidades para ampliar el plazo de la detención preventiva: i) En el caso de procedimientos declarados "complejos", por las razones antes anotadas, el plazo de detención se duplicará, y ii) Cuando concurren circunstancias que importan dificultades probatorias podrá también prolongarse la detención por un plazo igual (treinta y seis meses) en el caso del procedimiento especial(19). Se reconocen pues dos variables: la duplicidad del plazo y la prolongación de la detención. Lo interesante es establecer si es que ambos pueden operar sumatoriamente o, en su defecto, alternativamente de forma excluyente (o uno o el otro).

Debemos ser enfáticos al señalar que la detención preventiva o prisión provisional debe sujetarse, en el marco del Estado de Derecho, a determinados principios: de razonabilidad, de necesidad, de oportunidad y de provisionalidad. Si su aplicación judicial rebasa dichos principios, la medida cautelar se convierte en ab initio, desproporcional e injusta(20). En otras palabras, se convierte en una anticipación de la pena privativa de libertad.

Resulta evidentemente arbitrario y vulneratorio de los principios del derecho internacional humanitario pretender recluir a un procesado "inocente" por el lapso de setenta y dos meses (seis años). Cualquier objeción que se haga al respecto será insostenible tomando en cuenta los fundamentos jurídico-constitucionales que inspiran nuestro ordenamiento jurídico.

(19) En esta hipótesis, deben cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 135 del CPP modificado por el artículo 2 de la Ley Nº 27753, esto es, que existan suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. No constituye elemento probatorio suficiente la condición de miembro del directorio, gerente socio, accionista, directivo o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de un actividad realizada por una persona jurídica de derecho privado; que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad (prognosis de pena), para lo cual se deberá tomar en referencia el marco penal en concreto; y, que existan suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado pueda intentar eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria. No constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia, la pena prevista en la ley para el delito que se imputa. Debe entenderse que los tres presupuestos materiales mencionados deben concurrir en simultáneo, no basta entonces, la existencia de solo uno de ellos para poder decretar válidamente la prisión preventiva.

(20) PEÑA CABRERA F., A. Ob. cit., pp. 252-253.

Felizmente, el Tribunal Constitucional ha sentado ya precedentes jurisdiccionales, en el sentido de que la detención preventiva no podrá prolongarse más de lo estrictamente indispensable para que el proceso penal pueda colmar sus objetivos. De este modo, ha instituido una cobertura de seguridad jurídica, coadyuvado por los nuevos preceptos que emanan del Código Procesal Constitucional, pues, de conformidad con el artículo VII de su Título Preliminar: "Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la calidad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo".

Los tribunales ordinarios de justicia, por lo tanto, se encuentran vinculados a las sentencias del Tribunal Constitucional, no pudiendo apartarse del sendero garantista que motiva sus resoluciones sobre la materia. Dicho con otras palabras, el proceso penal no puede convertirse en una caja de resonancia de las demandas del colectivo ni en un instrumento de cognición dirigido a preservar bienes jurídicos (seguridad ciudadana) ajenos a su propia legitimación.

Por otro lado, es preciso establecer cuándo nos encontramos ante una detención arbitraria, contra la cual el interesado pueda interponer válidamente una acción de hábeas corpus por exceso de carcelería. Para tal finalidad, recogeremos la previsión normativa del artículo 137 del CPP y la interpretación que el Tribunal Constitucional ha efectuado sobre esta materia.

El artículo 137 del CPP establece textualmente que la detención no durará más de nueve meses en el procedimiento ordinario y de dieciocho meses en el procedimiento especial. Tratándose de procesos complejos, el plazo límite de detención podrá duplicarse y cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación, y que el inculpado pudiera sustraerse de la acción de la justicia, la detención podrá prolongarse por un plazo igual(21).

Tal como lo sostuvimos en líneas anteriores, la detención preventiva no podrá exceder el plazo de treinta y seis meses. Entonces, al vencimiento del plazo antes aludido sin haberse dictado la sentencia de primer grado(22), deberá decretarse la

(21) El nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo Nº 957 (arts. 272 y sgtes.), repite prácticamente el texto de este articulado y precisa los mismos plazos para la duración de la "prisión preventiva", la cual no durará más de nueve meses, y, tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho meses (272.1 y 2). Cuando concurran circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación, y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo no mayor en el numeral 2 del artículo 272 (274.1). En otras palabras: el plazo máximo de prisión preventiva no podrá exceder los 36 meses.

(22) Una vez condenado en primera instancia el inculpado, la detención se prolongará hasta la mitad de la pena impuesta, cuando esta hubiera sido recurrida, es decir, adquiriendo la calidad de cosa juzgada la

inmediata libertad del inculpado, debiendo el juez disponer las medidas que sean necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales, es decir, las medidas coercitivas personales contempladas en el artículo 143 *in fine* del CPP (comparecencia).

Para tales efectos no tendrá en cuenta, para el cómputo de los plazos establecidos, el tiempo en que la causa sufriere dilaciones maliciosas imputables al inculpado o a su defensa, lo que en otros apartados se denominó como defensa "maliciosa" o "obstruccionista".

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

> Es necesario precisar que una de las formas en que opera la libertad procesal –que es un derecho del encausado de obtener la aplicación de una medida cautelar menos gravosa que la detención preventiva–, es el vencimiento del plazo legal establecido en el artículo 137 del Código Procesal Penal, y cuando el procesado no hubiese ejercido una defensa que afecte el principio de celeridad judicial, y que tampoco se hubiese dictado sentencia en primera instancia, de ahí que la doctrina y la jurisprudencia comparada califiquen dicha situación como arbitraria. En otras palabras, los presupuestos materiales que configurarían la libertad procesal serían los siguientes: a) vencimiento del plazo de duración de la detención preventiva; b) inexistencia de una sentencia en primera instancia; c) conducta procesal regular del encausado en la tramitación de la causa; vale decir, no incurrir en una defensa que entorpezca y atente contra la celeridad procesal. (STC Expediente Nº 3771-2004-HC/TC, considerandos 20 y 21).

En efecto, la detención provisional cuando supera el plazo razonable previsto en la ley se convierte en arbitraria al lesionar los derechos y las libertades fundamentales consagradas en el ordenamiento constitucional, en concreto la libertad y la seguridad personal, la dignidad humana[23] o, en un sentido lato, la "inviolabilidad personal". El reconocimiento de la dignidad personal y la tutela de los derechos fundamentales significa en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho que todo el sistema jurídico-estatal debe estar al servicio del ciudadano de conformidad con las garantías constitucionales.

Asimismo es de relevancia, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional (Exp. Nº 2798-04-HC/TC), acerca de una demanda de hábeas corpus, interpuesto por un imputado que tenía en su contra varios procesos, los cuales fueron acumulados. Sin embargo, este pretendía que se le libere por exceso de detención del

detención preventiva se convierte automáticamente en una pena efectiva de privación de la libertad en su etapa ejecutiva.

(23) Artículos 1, 2, inc. 24; y 139, inc. 3 de la Constitución Política.

plazo de detención preventiva, vía acción constitucional de hábeas corpus, amparándose en la detención preventiva del proceso más antiguo.

Al respecto, el Tribunal Constitucional sostuvo lo siguiente:

> La acumulación de procesos (…) no puede tener como consecuencia que, para efectos de contabilizar el cumplimiento del plazo máximo de la detención, se tome en cuenta únicamente el mandato de detención dictado, en el proceso más antiguo, sino mas bien que deben ser tomados en cuenta los mandatos de detención dictados en cada uno de los procesos que se le sigue en su contra. (STC Exp. Nº 2798-04-HC/TC).

En efecto, el fin de la acumulación es la unificación procesal por diversos criterios con el objeto de resguardar la economía procesal y de preservar la seguridad jurídica, estos son criterios que siguen razones objetivas y subjetivas[24]. En este caso, nada tienen que ver los mandatos de detención que se hayan dictado en cada uno de los procesos, los cuales deberán de computarse de forma independiente a fin de establecer el plazo máximo de detención preventiva, no pueden pues computarse de forma cronológica haciendo uso de una interpretación que si bien es favorable, resulta incompatible con el principio de legalidad.

El Código Procesal Constitucional permite que la acción constitucional de hábeas corpus por exceso de detención (arbitraria) adquiera una tramitación más expedita y, de cierta forma, coherente con los derechos que este tutela, en comparación con la Ley Nº 23506. El artículo 25 inciso 17 recoge taxativamente el derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que se cumple el mandato de detención o la pena. Se toman en consideración, entonces, fundamentos que no pueden ser vulnerados a efectos de preservar el derecho a un juzgamiento sin dilaciones indebidas, a la tutela jurisdiccional efectiva y a la observancia del debido proceso.

A su turno, el artículo 30 *in fine* del Código Procesal Constitucional, establece el trámite del procedimiento, prescribiendo que, tratándose de cualquiera de las formas de detención arbitraria, y de afectación a la integridad personal, el juez resolverá de inmediato. Para ello podrá constituirse en el lugar de los hechos y, verificada la detención indebida, ordenará en el mismo lugar la libertad del agraviado, dejando constancia en el acta correspondiente, sin que sea necesario notificar previamente al responsable de la agresión para que cumpla la resolución judicial.

Cabe recordar que las normas procesales previstas en el Código Procesal Constitucional son de aplicación inmediata (*tempus regit actum*), incluso en los

(24) Así PEÑA CABRERA F., Alonso. Ob. cit., p. 119 y ss.

procesos en trámite, tal como lo dispone la Segunda Disposición Final de ese mismo corpus normativo y ha enfatizado el Tribunal Constitucional en algunas de sus resoluciones, lo que significa la comprensión de una mayor tutela a los derechos fundamentales.

V. REFLEXIONES FINALES

El proceso penal *per se* debe constituir la panacea de las garantías constitucionales para los justiciables. Las reglas que caracterizan al debido proceso vinculan a los tribunales de justicia a someter las causas penales a un plazo razonable, con mayor énfasis cuando el imputado se encuentra privado provisionalmente de su libertad. En efecto, en el marco del Estado de Derecho la realización de la justicia es un valor trascendental a partir del cual se fortalece la confianza hacia el ordenamiento jurídico y se legitima la tarea social que al Derecho Penal le incumbe. Sin embargo, dicho marco jurídico-constitucional prohíbe que la justicia se alcance a cualquier precio, en este caso, con afectación a derechos fundamentales del imputado: a la presunción de inocencia y al ser sometido a una persecución penal sin dilaciones indebidas.

La detención preventiva es una medida cautelar de naturaleza personal que se impone a efectos de asegurar la comparencia del imputado. En otras palabras, para que el proceso penal pueda arribar a sus fines de materialización y de sanción. En tal sentido, la detención preventiva debe someterse a un plazo razonable, a fin de que la medida coercitiva no se convierta en arbitraria y desproporcionada. Una detención preventiva que supera largamente el plazo razonable constituye, en la práctica, un adelantamiento de la pena privativa de libertad que supuestamente debe ejecutarse únicamente con el dictado de la sentencia judicial.

Siendo así las cosas, la utilización de esta medida, para fines ajenos al proceso penal, provoca una confusión ambivalente entre los fines del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal, en tanto, los primeros suponen desplegar los efectos preventivos de la pena (prevención general y especial). Pero, en verdad, parece que la real finalidad de someter al imputado a una detención preventiva indefinida se sostiene sobre fines de cognición y de aseguramiento. De cognición, que se está librando un combate sin treguas a la criminalidad más grave; y de aseguramiento, en defensa de la seguridad ciudadana, al impedir que avezados agentes pueda recobrar su libertad y poner así en riesgo los intereses comunitarios.

El Tribunal Constitucional ha recobrado el rol que la ciudadanía y el Estado de Derecho le exigían, creando una jurisprudencia constitucional favorable a la protección efectiva de los derechos fundamentales. La entrada en vigor del Código Procesal Constitucional ha fortalecido sobremanera esta postura jurisprudencial, al establecer en su Título Preliminar que las sentencias del Tribunal Constitucional,

que adquieren la calidad de cosa juzgada, constituyen precedente vinculante para todos los funcionarios y jueces de la República.

Resulta fundamental que en el marco del Estado de Derecho, el Tribunal Constitucional fije pautas interpretativas en materia de derechos fundamentales, produciendo jurisprudencia constitucional. En el ámbito de la detención preventiva, el Tribunal Constitucional ha sido contundente al señalar que esta no puede prolongarse más de lo estrictamente necesario para que el proceso se desenvuelva y concluya con una sentencia definitiva, conforme a los plazos precisados en el artículo 137 del Código Procesal Penal.

Consecuentemente, cuando el plazo de detención se prolongue más allá de lo previsto en la ley, se convierte en una detención arbitraria e ilegítima, que lesiona el derecho a la libertad personal. La referida detención arbitraria no puede justificarse por la consabida sobrecarga procesal, por deficiencias materiales o escasos recursos humanos. El magistrado, cuando asume competencia de una causa penal, se compromete a actuar con la debida diligencia y con toda la responsabilidad que el caso amerita; en tal virtud, debe procurar que el proceso se someta a un plazo razonable a fin de cautelar los bienes jurídicos que se puedan verse limitados o restringidos. Siendo esto así, cuando el proceso se dilata excesivamente como consecuencia de una negligente actuación jurisdiccional, este debe ser responsable por sus efectos; mas pretender atribuir responsabilidad punitiva es una pretensión que amerita una reflexión exhaustiva que no puede ser objeto de desarrollo en estas líneas.

En suma, la detención preventiva no puede constituirse en un arma de represión hacia el imputado, su adopción debe someterse a estrictos presupuestos materiales y su plazo de duración no puede exceder el necesario para asegurar los fines del procedimiento. De esta forma, sometemos al proceso penal a un verdadero régimen de garantías constitucionales respetuoso de la dignidad humana, de conformidad con los postulados del Estado social y democrático de Derecho, como fundamento del orden jurídico-constitucional.

El arresto domiciliario

Marchas y contramarchas en la modificación del artículo 47 del Código Penal

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La realización de la justicia es una función esencial en el marco del Estado constitucional de Derecho, esto es, la imposición de una pena a la persona del infractor es un presupuesto indispensable para garantizar el orden social así como la vigencia fáctica del ordenamiento jurídico. La realización de la ley penal además solo puede determinarse en el marco de un proceso penal con todas las garantías para los justiciables.

La persecución penal estatal cobra vigencia fáctica cuando las agencias estatales constitucionalmente encargadas de dicha tarea activan toda una gama de diligencias y actuaciones que comprenden la llamada "investigación criminal", actuaciones de investigación que son fundamentales para obtener los medios de prueba necesarios como fuente de cognición.

Ahora bien, para que el proceso penal pueda concretar sus fines propuestos, es decir, el esclarecimiento del delito y la sanción del delincuente, amerita la imposición de ciertas medidas dirigidas esencialmente a tutelar los fines de la justicia penal: la imposición de la pena al imputado y el aseguramiento de los bienes que servirán para cubrir la reparación civil que se determine conjuntamente con la sanción punitiva. Aparecen, entonces, las medidas cautelares como mecanismos procesales de especial trascendencia en orden a cautelar la comparecencia del imputado en el proceso y la intangibilidad de sus bienes.

En efecto, a lo largo del desenvolvimiento de todo el proceso penal, se cumple también una actividad restrictiva de la libertad personal o a la libre disposición de los bienes respecto de alguno de sus intervinientes, fundamentalmente de los perseguidos frente a la imputación en su consecuencia penal o civil, y en especial del imputado[1].

(1) CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, p. 351.

La eficacia del procedimiento depende en gran medida de la adopción de ciertas medidas de injerencia en los derechos fundamentales del imputado, medidas que se hacen necesarias ante la posibilidad de que se produzcan actos que vayan a perturbar la actividad probatoria.

Las medidas cautelares se dividen en medidas de coerción personal y medidas de coerción real, siendo las primeras las que tienen una mayor incidencia valorativa, en la medida que afectan directamente la libertad personal del imputado, restringiendo y limitando este bien jurídico de forma significativa.

La prisión preventiva es un acto cautelar por el que se produce una limitación de la libertad individual de una persona en virtud de una resolución judicial y que tiene por objeto el ingreso de esta en un establecimiento público, destinado al efecto, con el fin de asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la pena(2). Se define como la situación nacida de una resolución jurisdiccional de carácter provisional y duración limitada por la que se restringe el derecho a la libertad de un imputado por un delito de especial gravedad y en quien concurre un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que no acudirá a la llamada de celebración del juicio oral(3), o siendo más comprensivos, a alguna de las etapas preclusivas del proceso penal(4).

En este caso, no es que el imputado sea per se un medio de prueba, sino que su comparecencia en el proceso es imprescindible para que la sanción penal pueda efectivizarse y la reparación civil adquirir el carácter de ejecutiva. Tal como establece el orden jurídico-constitucional vigente, se encuentra prohibida la condena en ausencia.

Las medidas de coerción de naturaleza personal cobran pues una gran importancia, a efectos de garantizar los fines del procedimiento, erigiéndose la detención preventiva como la medida de mayor rigor del Derecho Público, en razón de su intrínseca intensidad para afectar la libertad personal. En tal virtud, las medidas cautelares personales son en realidad medios legítimos de coacción estatal que gravan directamente la esfera de libertad del imputado, mas la naturaleza de la medida dependerá de los intereses de la persecución penal objeto de tutela, así como la naturaleza del injusto penal cometido y el grado de afectación al bien jurídico protegido; en suma, el principio de proporcionalidad es el criterio rector que gradúa la intensidad de la medida.

(2) FENECH, Miguel. *El proceso penal*. José M.ª Bosh Editor, Barcelona, 1956, p. 129.

(3) Citado por A.CALDERÓN/ J.A.CHOCLÁN. *Derecho Procesal Penal*. Dykinson, Madrid, 2002, p. 263.

(4) Empero, nuestro Derecho positivo vigente permite la adopción de esta medida de coerción personal en la etapa sumarial, de conformidad con el ámbito aplicativo de la Ley Nº 27379 (Ley de medidas limitativas de derecho a nivel de investigación preliminar).

Un sistema procesal penal sostenido fundamentalmente en el principio acusatorio debe orientarse a una racionalización en el uso de la detención preventiva, es decir, la detención cautelar del imputado debe ser la última ratio y no la prima ratio, pues esta última caracterización se condice únicamente con los principios fundamentadores de un sistema procesal inquisitivo, donde el poder punitivo estatal no tiene límites y se desborda consustancialmente en la esfera de libertad del imputado.

El uso indiscriminado de la detención preventiva implica, a la larga, anticipar arbitrariamente los fines del Derecho Penal material, esto es, los efectos preventivos y la naturaleza retributiva de la pena solo pueden alcanzarse por medio de una sentencia condenatoria firme; la detención como medida cautelar solo debe perseguir asegurar los fines del procedimiento, en cuanto a la materialización de sus consecuencias jurídicas.

En efecto, la aplicación indiscriminada de la detención preventiva ha generado efectos sumamente negativos para el sistema penal, como son: la prisionización y el hacinamiento en las cárceles, en donde gran parte de la población se encuentra en calidad de "procesados", no obstante estar amparados bajo los alcances del principio de presunción de inocencia.

Obviamente, esta grave problemática se deriva también de otros factores sistémicos de la justicia penal que afectan significativamente el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, cuestión donde también radica el problema de las excarcelaciones por exceso de detención, tal como el estipula el artículo 137 del Código Procesal Penal.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se instituye así en una máxima fundamental que emana de la propia caracterización ontológica del ser humano y de la necesidad de articular un proceso penal a la medida del ser humano(5).

Debe destacarse además que el juez, a efectos de imponer la medida de coerción personal, cuenta con un abanico de posibilidades distintas a la detención preventiva, en caso de que no concurran copulativamente los presupuestos materiales establecidos en el artículo 135 del Código Procesal Penal de 1991(6), los cuales se comprenden en el ámbito normativo del artículo 143 (*in fine*).

(5) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. "La libertad por exceso de detención. El derecho a ser juzgado en un plazo razonable". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 136, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2005, p. 22.

(6) Así, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. *Teoría general del proceso y la práctica forense penal.* Editorial Rhodas, Lima-Perú, 2004, p. 246.

II. LA COMPARECENCIA

En defecto del dictado de la detención preventiva como medida coercitiva personal –al no concurrir concluyentemente sus presupuestos materiales–, el juzgador tiene la plena facultad discrecional de dictar medidas coercitivas que detentan una sustancial aminoración de dosis de aflicción para el imputado.

Entre estas medidas el Código Procesal Penal en su artículo 143, regula el instituto de la comparecencia, en virtud del cual el imputado se presenta ante las instancias jurisdiccionales bajo un régimen de libertad(7).

En efecto, para que proceda la detención preventiva, se sabe, deben subyacer razones suficientes que hagan presumir que el imputado vaya eludir la acción de la justicia, es decir, un valedero peligro de fuga, y que existan en autos suficientes elementos o indicios que vinculen al imputado con la comisión de un delito cuya sanción a imponerse sea mayor a los cuatro años de pena privativa de libertad.

En tal medida, ante la imputación delictiva de injustos no muy graves, siendo conocido el domicilio o el centro de labores del imputado, procederá la medida de coerción de comparencia, la cual, en definitiva, supone un menor grado de afectación a la persona del imputado, en tanto, podrá mantener sus vínculos familiares y sociales, y podrá asimismo permanecer activo en sus labores cotidianas, evitando además los efectos perniciosos de la prisión.

De forma general, podríamos decir, que el instituto coercitivo de la comparecencia es una medida impuesta jurisdiccionalmente que tiende a prevenir la continuación de la actividad delictiva y a establecer un determinado contralor del imputado(8), sin afectar su libertad de movimiento.

Nuestro sistema procesal penal reconoce dos variantes de comparecencia: comparecencia simple y comparecencia restringida. La comparecencia simple es aquella que no implica restricción o limitación alguna con relación a la esfera de libertad personal del imputado, más que una anotación periódica en el libro respectivo de la instancia jurisdiccional correspondiente, que es una condición mínima a efectos de ejercer una fiscalización jurisdiccional eficiente. Además, el imputado se encuentra obligado a acudir al llamamiento judicial cuantas veces sea requerido por la instancia jurisdiccional.

La comparencia con restricciones, por su parte, implica el sometimiento del imputado al procedimiento en un régimen de libertad, pero limitado o restringido en el ejercicio pleno de su capacidad de movimiento o desplazamiento. El imputado

(7) PEÑA CABRERA F., A. "Teoría general del proceso y la práctica forense penal". Ob. cit, p. 260.

(8) CLARIÁ OLMEDO, J.A. Ob. cit., p. 384.

goza del derecho a la libertad pero está sujeto a las condiciones y mandatos que el juez dicte, es decir, el imputado mantiene su derecho a la libertad ambulatoria pero en forma limitada o restringida(9). En tales casos, la comparecencia con restricciones puede plasmarse a partir de una serie circunstancias o, dígase, alternativas, las cuales se encuentran reguladas en el dispositivo legal antes mencionado. Cabe señalar que el juzgador puede adoptar una de ellas o, en su defecto, combinarlas, esto es, imponer más de una de ellas.

Ahora bien, el artículo 143 del Código Procesal Penal establece expresamente lo siguiente: "Se dictará mandato de comparecencia cuando no corresponda la medida de detención. También podrá imponerse comparecencia con la restricción prevista en el inciso 1) ("arresto domiciliario"), tratándose de imputados mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente".

En efecto, el precepto hace mención a que la comparecencia restringida procede, ante determinados casos que hacen innecesaria la detención preventiva, y que por su naturaleza ameritan ser objeto de un estado de coerción menor, que, sin embargo, no deja de ser lesivo a la esfera de libertad personal del imputado.

Dicho en otras palabras, cuando las particulares características del imputado supongan que la detención preventiva será una medida desproporcionada, a pesar de que existe un peligro de fuga o elementos que supongan una perturbación de la actividad probatoria, el juzgador podrá imponer el arresto domiciliario como medida alternativa a la prisión preventiva, siempre cuando aquellos puedan ser evitados razonablemente.

Siendo así las cosas, debe inferirse que el arresto domiciliario se constituye en una "medida excepcional", cuando –concurriendo los presupuestos materiales de la detención preventiva– esta se muestra irrazonable y desproporcionada, según criterios de humanidad, siempre y cuando la comparecencia al proceso del imputado pueda ser asegurada por medios eficaces de aseguramiento.

III. EL ARRESTO DOMICILIARIO Y LA PROBLEMÁTICA EN CUESTIÓN

El arresto domiciliario, implica la restricción de la libertad personal del imputado, esto es, su desplazamiento ambulatorio en el espacio físico donde este reside, su domicilio como recinto en el cual desarrolla su vida personal y familiar.

(9) SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 2004, p. 743.

Consiste históricamente en que el preso permanezca privado de su libertad en su propio domicilio[10]. De todos modos vale decir que el arresto domiciliario supone la restricción de la libertad personal, en un centro custodial ajeno a la prisión, es decir, no son los intramuros de la prisión que lo separan del mundo libre, sino que los propios espacios físicos de su residencia se convierten artificialmente en una prisión provisional.

En esencia, se trata de un estado intermedio entre la privación de la libertad y la libertad propiamente dicha[11]. No es exactamente una prisión, en cuanto la vida del imputado se desarrolla bajo otras circunstancias, no existe una vida interna reglamentada y menos una convivencia con otros internos, que en la práctica significa la constitución de una subcultura carcelaria.

En suma, el arresto domiciliario supone una grave afectación a la esfera de libertad del imputado, quien queda neutralizado en su capacidad de movimiento. Sin embargo, su centro de custodia no es un establecimiento penitenciario, sino su propio domicilio, lo cual le permite llevar una vida cuasinormal, afectando, tal vez, sus derechos sociales y económicos, sobre todo, sus derechos laborales.

Así, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en Expediente Nº 1565-2002-HC/TC, fundamento tercero, señala que: "La obligación de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio, es, sin duda, también una limitación seria de la libertad locomotora cuyo dictado, por cierto, debe necesariamente justificarse, pues sucede que esta constituye entre las diversas fórmulas con las que se puede decretar la comparecencia restrictiva en nuestro ordenamiento procesal penal, la más grave".

En tal sentido, la respuesta a si el grado de afectación al derecho subjetivo individual de la libertad en el caso del arresto domiciliario es de la misma intensidad que en la detención preventiva, debe responderse negativamente, lo cual no niega que ambas medidas de coerción personal supongan una afectación sustancial al bien jurídico libertad personal.

En definitiva, no es igual pasar un tiempo en prisión en las celdas de "Lurigancho" bajo las condiciones infrahumanas y perniciosas que este penal detenta, que pasar un estadio temporal, detenido en el propio domicilio, bajo todas las comodidades de una casa en La Molina, con piscina, baños turcos y *spa* incluido. Más aún, se advierte en algunos casos excepcionales que la detención domiciliaria cuenta con las características de un centro de labores, lo cual a todas luces no parece ser realmente un lugar de custodia.

(10) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Thomson, Arazadi, Navarra, 2004, p. 832.

(11) SÁNCHEZ VELARDE, P. Ob. cit., p. 745.

Además, los efectos negativos de la prisión no pueden ser equiparados a los de un arresto domiciliario, aun en el caso de considerar a nuestras prisiones como lugares de terapia y de verdadera rehabilitación social, lo cual sabemos dista mucho de ser cierto, al ser aquellas verdaderos centros custodiales de neutralización social.

Sin embargo, el caso de los mayores de 65 años que padezcan enfermedad grave y las madres gestantes merecen una valoración aparte (*vide infra*).

En concreto, el estado de la discusión se origina con la modificación del artículo 47 del Código Penal: la insurgente Ley Nº 28577, equiparaba un día de pena privativa de libertad por cada día de detención domiciliaria, para abonarlo en el cómputo de la pena impuesta, como si esta tuviera los mismos efectos que una detención preventiva.

Sin duda, la forma como fue sancionada esta norma jurídico-penal y la forma como fue derogada advierte un fenómeno muy curioso en nuestro ámbito político, que la politización de la norma penal adquiere ribetes muy singulares en nuestra sociedad, sobre todo, en ámbitos muy sensibles, como la lucha contra la corrupción.

En efecto, la dación de esta norma produjo una legítima conmoción en la opinión pública, pues los hechos sancionados demostraban en la práctica un retroceso indudable en la lucha contra este flagelo social y el legislador muy atento a estas percepciones sociológicas, suele dinamizar el proceso criminalizador conforme la orientación de la opinión pública, sobre todo, en coyunturas de especial connotación eleccionaria.

La clave de la cuestión es que el legislador actúa cada vez menos en aras del bien común y más tratando de mantenerse en el poder al precio que sea[(12)]. De todo esto, en definitiva, advertimos, un proceso de comunicaciones cognitivas muy sensibles, donde el poder definitorial normativo es utilizado bajo funciones de politización, y donde la huída al Derecho Penal es la tendencia, sin tomar en consideración sus principios fundamentadores, así como sus efectos de incidencia político criminal, eminentemente negativos.

Ciertamente, aquello avizora un legislador irresponsable (sin por ello dejar de atribuir responsabilidad política al Ejecutivo por no haber observado la norma), más llevado a determinados intereses privados que lo alejan de un legislador respetuoso de los principios programáticos que informan nuestro ordenamiento jurídico-constitucional, como el principio de legalidad, de igualdad y de proporcionalidad. Esto es, la sanción de una norma jurídico-penal debe obedecer estrictamente a la valoración positiva de determinados hechos que acontecen en el

(12) CUESTA PASTOR, Pablo. *Delitos obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico.* Granada, 2002, p. 34.

saber empírico, determinada por los criterios que inspiran la política criminal en el marco del Estado social y democrático de derecho.

En definitiva, el sistema penal en su caracterización normativa supone trascendentales efectos cognitivos en la sociedad en temas tan delicados como la corrupción, lo cual, de cierta forma, configura un proceso criminalizador que no se condice con una real democracia social, pues los beneficios de esta ley recaen sobre todo en los procesados pertenecientes a las clases socio-económicas más altas de nuestro país. Lo que implica que el sistema punitivo sigue siendo utilizado para reproducir y mantener el poder hegemónico de la verticalidad social en nuestro sistema social, tal como postulaban certeramente los partidarios de la Criminología Crítica (A. Baratta).

Ante este estado de cosas, el problema radica fundamentalmente en la aplicación judicial "indiscriminada" del arresto domiciliario, pues, sin ir muy lejos, hasta antes del año 2001, esta medida de coerción personal pasaba casi inadvertida por la opinión pública, en razón de su escasa aplicación por parte de los tribunales de justicia en nuestro país, a pesar de haber adquirido vigencia normativa en el año de 1991.

Y, decimos que se su aplicación ha sido desnaturalizada, en razón de que el mismo artículo 143 del Código Procesal Penal establece que podrá imponerse comparecencia con la restricción prevista en el inciso 1 (arresto domiciliario), cuando: el imputado sea mayor de 65 años y adolezca de una enfermedad grave o de incapacidad física y, luego, seguidamente, señala que el juez, según su poder discrecional podrá adoptar las alternativas previstas en el precepto legal mencionado.

Entonces, siendo rigurosos en su ámbito aplicativo, los únicos imputados que pueden ser objeto de esta medida restrictiva, son aquellos mayores de 65 años que adolecen de enfermedades graves o incapacidad física. Mas parece que los juzgadores han dispuesto un ámbito de aplicación amplia del arresto domiciliario, aprovechando una técnica legislativa no muy clara en su esfera reguladora. Lo cierto y concreto es que si revisamos la lista de imputados "beneficiados" con esta medida, en muy pocos casos vamos advertir que se trata de individuos que presentan las características definidas en la norma.

Siendo así las cosas, debemos apuntar que el arresto domiciliario en la actualidad se ha convertido en la "cárcel dorada" para los procesados por corrupción, acentuándose con ello la naturaleza selectiva de los procesos de criminalización en nuestra justicia penal. Dicho en otras palabras, el arresto domiciliario se ha constituido en el receptáculo perfecto para sustraer a los imputados por delitos de corrupción de un presidio con altos efectos contaminantes.

Sin embargo, debe también precisarse que, en sentido contrario, el arresto domiciliario es también utilizado por la jurisdicción para complacer a una opinión

pública que demanda mayor punición, a procesados que, por la mínima gravedad del injusto, merecen ser sometidos únicamente a una comparecencia con restricciones.

Por otro lado, debemos ser claros, que el arresto domiciliario, si bien no tiene los mismos efectos que la detención preventiva, sí ostenta sus mismos presupuestos(13). Pues, tal como se ha anotado, esta singular forma de restringir significativamente la libertad del imputado, se aplica cuando concurren los presupuestos previstos en el artículo 135 del Código Procesal Penal(14), pero se presenta una particular característica del imputado (sico-física), siempre que el peligro de fuga o la perturbación de la actividad pueda evitarse razonablemente.

Confirma nuestra posición, la definición normativa adoptada en la legislación comparada, concretamente en España, el artículo 508 de la LECrim, tipifica la denominada "Prisión Provisional atenuada", la cual se permite en dos casos: a.- Cuando por razón de enfermedad del inculpado su internamiento entrañe un grave peligro para su salud, y b.- Cuando se encuentre sometido a tratamiento de desintoxicación(15).

En efecto, el ámbito de aplicación del arresto domiciliario debe restringirse a estos supuestos a fin de no desnaturalizar su ámbito legitimador. Si así hubiese sucedido en nuestra realidad judicial, de seguro que la reacción no hubiera sido la misma por parte de la opinión pública. Empero, los efectos que de una u otra se generan son definitivamente distintos, según los argumentos antes expuestos: los efectos perniciosos y custodiales de una prisión no son los mismos que una estancia custodial en el propio domicilio del imputado.

Ahora bien, consideramos que no es suficiente adoptar una posición contraria a la norma. No basta pues con esgrimir un discurso de confrontación, sino que también es preciso esbozar un planteamiento político criminal coherente con los bienes jurídicos en conflicto, es decir, la seguridad jurídica y la libertad individual. En tal medida, el arresto domiciliario, queramos o no, amerita atribuir una

(13) En contra, de forma parcial, MEINI MÉNDEZ, Iván. "Arresto domiciliario y prisión preventiva". En: *Legal express*. Nº 54, Año 5, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2005, p. 4.

(14) Así, el Tribunal Constitucional, al resolver una acción de habeas corpus (Exp. Nº 1565-2002-HC/TC), fundamento quinto, señalando que "el mandato de comparecencia con restricción domiciliaria contra el beneficiadazo, toda vez que este se sustenta en que en el proceso penal existe suficientes elementos de prueba que vinculan al beneficiario del hábeas corpus con el delito instruido, la posibilidad de imponerle una pena superior a los cuatro años, la gravedad de los hechos por los cuales viene siendo juzgado, y además, en el esclarecimiento del delito instruido y los fines que se persiguen con el proceso penal". En tal medida, se advierte que los presupuestos formales y materiales mencionados, son los mismos que se concatenan en el artículo 135 del Código Procesal Penal.

(15) Así, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. Ob. cit., p. 832; A.CALDERÓN/ J.A.CHOCLÁN. Ob. cit., pp. 272-273.

incidencia valorativa con respecto a la detención preventiva, mas no puede tener la misma incidencia, por ser cualitativamente distintos.

En todo caso, señala Meini Méndez, se impone la necesidad de estudiar el criterio de proporcionalidad que permita descontar un día de prisión efectiva por algunos días de arresto domiciliario(16).

Empero, en este caso, habrá que tomar en consideración dos situaciones distintas: 1) en el caso de que el imputado sea mayor de 65 años y adolezca de una enfermedad grave o incapacidad física, la relación sería de un día de prisión efectiva por dos de arresto domiciliario y 2) en el caso de que la medida se aplique a imputados que no cuenten con las características descritas en el numeral anterior, la relación sería de un día de prisión efectiva por cinco o cuatro de de detención domiciliaria(17).

Sin embargo, reiterando nuestra posición antes señalada, seguimos pensando que esta medida restrictiva de coerción personal, solo debe aplicarse en el caso del numeral 1), de esta forma evitaremos su aplicación indiscriminada, la cual ha generado las consecuencias negativas que actualmente el sistema de justicia esta padeciendo.

El nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo Nº 957) establece en el artículo 290.1, que la detención domiciliaria corresponde al imputado que: a) es mayor de 65 años de edad; b) adolece de una enfermedad grave o incurable; c) sufre grave incapacidad física permanente que afecta sensiblemente su capacidad de desplazamiento; y d) es una madre gestante.

IV. LA VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY PENAL

Las normas son regulaciones positivas que se orientan a regular la vida del hombre en sociedad y, en el caso de las normas jurídico-penales, estas se orientan fundamentalmente a intervenir coactivamente ante ámbitos sociales insoportables. La norma, entonces, se dinamiza conforme las relaciones sociales van adquiriendo nuevas formas descriptivas, que ameritan valoraciones político-criminales esencialmente dirigidas a recoger el saber empírico y transformarlo en una decisión político-jurídica.

Siendo así las cosas la vigencia de la norma debe regir a futuro. La ley penal es irretroactiva en razón de que la misma se crea para regular una determinada realidad social en un determinado tiempo; es una exigencia lógica que la ley deba

(16) MEINI MÉNDEZ, Iván. Ob. cit.

(17) Debe advertirse que el cómputo de la detención también es de relevancia en orden a la procedencia de los beneficios penitenciarios.

regir para el futuro, pues lo pretérito es de suponerse, tuvo su correspondiente derecho positivo[18]. Sin embargo, la valoración político-criminal debe ser consecuente con la propia naturaleza del Derecho punitivo; si bien esta expresa el uso de la violencia legítima por parte del Estado, debe entenderse que el orden democrático de derecho supone ajustar la descarga punitiva lo mínimo indispensable en la esfera de libertad del ciudadano.

En el marco del Estado social y democrático de derecho, debe apuntarse a una racionalización del uso del poder punitivo, de conformidad con los principios de mínima intervención y de subsidiariedad. De este modo, es lógico que nuestro orden jurídico-constitucional valore de forma positiva la norma ulterior que supone términos favorables tanto para el condenado como para el imputado. Así, la Constitución Política establece en el artículo 103 que ninguna ley tiene fuerza retroactiva, salvo en materia penal[19], cuando favorece al reo, de conformidad con el artículo 6 del Código Penal, que estipula que la ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible (*tempus comissi delicti*), pero se aplicará la más favorable al reo en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales.

En el caso de la Ley Nº 28568, publicada el 03/07/2005, que modificó el artículo 47 del CP sucedió algo paradigmático, pues esta tuvo una vigencia limitada en el tiempo (de seis días), siendo derogada mediante la Ley Nº 28577, publicada el 09/07/2005. Por lo tanto, estamos ante el caso de leyes intermedias. Como dice Peña Cabrera, la sucesión de leyes puede ocasionar conflictos entre tres o más normas sucesivas. Esto ocurre cuando el delito se comete bajo el imperio de una ley, en la etapa de la sentencia existe otra y entre ambas se interponen una o varias leyes que se denominan intermedias[20]. Son entonces tres estadios normativos, uno con la vigencia del texto original del artículo 47, otro con las incidencias modificatorias en el caso del arresto domiciliario y, finalmente, otra cuando el artículo en comento recobra su redacción originaria. Realmente estamos ante dos situaciones normativas, una que en definitiva era más favorable para el imputado o reo.

¿Cómo debe resolverse esta cuestión? Para ello debe tomarse en cuenta que la Ley Nº 28568 estuvo vigente por un tiempo, por ende, tuvo incidencias jurídicas inevitables. A primera vista, se diría que este caso debe resolverse en razón de la norma más favorable; sin embargo, consideramos que los efectos beneficiosos de una norma no pueden postularse a rajatabla, en la medida que las normas

(18) PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general*. 8ª edición, Grijley, Lima, 1998, p. 234.

(19) Entiéndase al respecto, que la "materia penal", comprende las normas del Derecho Penal sustantivo, Derecho Procesal Penal (solo cuando implica injerencia en los derechos fundamentales), y de ejecución penal.

(20) PEÑA CABRERA, R. Ob. cit., p. 237.

jurídico-penales no solo deben observarse en razón de los derechos individuales que son afectados en la misma, sino que existen otros intereses legítimos que también deben ser valorados en este caso: el interés social en la persecución del delito y los efectos preventivos de la pena.

El ámbito de aplicación de la norma resulta pues desde una interpretación sistemática de todo el ordenamiento jurídico y no de forma aislada; no debe tomar en consideración solamente los efectos favorables para el reo, sino también la trascendencia e impacto social del perjuicio ocasionado por el delito.

En efecto, pongámonos en el ejemplo de que se sancione una norma penal de validez temporal limitada, en el cual el delito de terrorismo sea sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años (lo cual no sería sorprendente ante la actual caracterización congresal). ¿Podría en este caso, el juzgador aplicar esta sanción sumamente benigna, a pesar de afectar los principios de culpabilidad y de proporcionalidad? Por supuesto que no, pues, estaría afectando y poniendo en peligro bienes jurídicos sumamente importantes, en el marco del Estado de derecho.

Si bien aplicar la Ley Nº 28568 de forma favorable al reo es una interpretación de cierta forma justificada del juzgador (lo cual haría muy complicado pretender atribuir responsabilidad penal a título de prevaricato), ello no obsta a que el juzgador de una forma más comprensiva haga prevalecer en su resolución los otros bienes jurídicos que también son objeto de tutela en la norma jurídico-penal: el interés social en la persecución del delito y la prevención del delito en su variante intimidatoria.

Sea como fuere, quienes estuvieron purgando arresto domiciliario durante la vigencia de la norma –hoy derogada– pueden invocar los beneficios de esta ley de conformidad con el mandato de retroactividad benigna. Sin embargo, serán finalmente los jueces quienes decidan el pedido, para lo cual no solo deben tomar en consideración los principios fundamentadores del Derecho Penal, sino también el compromiso que tiene la judicatura de fortalecer el vínculo del sistema jurídico-estatal con la sociedad, que solo puede concretarse mediante la vigencia fáctica de la norma que se plasma fundamentalmente con la realización de la justicia.

V. REFLEXIONES FINALES

La lucha contra la corrupción es una tarea de todos, es decir, no solo de jueces, fiscales y doctrinarios. En un orden democrático de derecho, donde rige la tolerancia y el pluralismo, ningún sector de la sociedad puede ser excluido, v. gr., la iglesia, las ONG, las agremiaciones políticas, las corporaciones profesionales, etc., todas ellas tienen el legítimo derecho de alzar su voz de protesta cuando se produce un significativo debilitamiento en la lucha contra este flagelo.

La legitimidad del discurso no pasa en definitiva por los especiales conocimientos que se tenga sobre la materia objeto de discusión, sino que reposa en la dimensión axiológica que sostiene la posición ideológica, pues aquel se quebranta únicamente cuando la postura adoptada obedece fundamentalmente a móviles estrictamente políticos y mercantilistas. De seguro, quienes apoyaron la dación de la Ley Nº 28568, actuaron ora por error ora por ignorancia o simplemente llevados por un exacerbado garantismo, mas lo reprochable e inexcusable recae sobre aquellos que promovieron esta norma a fin de patrocinar intereses privados, deslegitimando así la función legisladora que solo puede determinarse a partir de los fines valiosos que esta persigue, esto es, el bien común y la generación de espacios sociales de convivencia pacífica.

El arresto domiciliario –o dígase la detención domiciliaria– no puede ser considerado como una modalidad de comparecencia restringida, pues aquella implica una restricción significativa en la libertad individual del imputado, es una forma de detención o privación de la libertad personal y no una mera restricción cautelar de la misma(21). En efecto, los presupuestos del arresto domiciliario y de la detención preventiva son prácticamente los mismos; para aplicar cualesquiera de ellos deben concurrir copulativamente los presupuestos formales y materiales previstos en el artículo 135 del Código Procesal Penal(22), la única diferencia estriba en que la detención domiciliaria implica una especial caracterización sicofísica y generacional del imputado, esto es, que sea mayor de 65 años y que adolezca de una grave enfermedad o incapacidad física, estas son entonces las razones de humanidad que justifican la adopción de esta medida y no otras.

El meollo del asunto es que la aplicación indiscriminada del arresto domiciliario a imputados que no cuentan con estas características ha desnaturalizado sus fundamentos, tal vez aprovechando la deficiente técnica legislativa adoptada en el artículo 143 del Código Procesal Penal, que permite al operador judicial, de cierta forma, arribar a interpretaciones amplias en su ámbito amplificador. Empero, esta deficiencia legislativa debe ser corregida a fin de que no se siga empleando esta institución de forma antojadiza.

En efecto, el arresto domiciliario constituye en realidad una "prisión provisional atenuada", tal como se regula en la legislación comparada, por lo que debe ser regulado en un precepto aparte de las modalidades de comparecencia. El artículo 290.1 del nuevo Código Procesal Penal es claro al establecer que "se impondrá

(21) EGUIGUREN, Francisco. En: *Perú21,* edición del jueves 14 de julio de 2013, p. 4.

(22) El Tribunal Constitucional llega a esta consideración, al determinar que las reglas del artículo 135 del Código Procesal Penal también son aplicables a la detención domiciliaria, pero se equivoca materialmente (no formalmente) al establecer que esta especial "detención" no es una detención propiamente dicha, sino en un especial estado de comparecencia restringida.

detención domiciliaria cuando, pese a corresponder prisión preventiva, el imputado cuenta con una de las características (…)", que seguidamente se detallan. En consecuencia, no existiría problema para estos casos dar una equivalencia de dos por uno, es decir, dos días de detención domiciliaria por uno de prisión efectiva, aplicándose a los demás imputados la equivalencia sea de cuatro o cinco por uno.

En cuanto a sus efectos, de ninguna manera son los mismos, los efectos perniciosos de la prisión, dadas sus características criminógenas, no pueden equipararse de ninguna forma a un "estancia en casa" con todas las comodidades. De ahí la necesidad de dar una equivalencia en sujeción estricta al principio de proporcionalidad.

Lo cierto de todo esto es que la detención domiciliaria deje de constituirse en una "prisión dorada" para los procesados por corrupción, que alimenta los procesos criminalizadores selectivos en base al estatus socioeconómico del cliente. Ante este estado de cosas, lo primero que se debe hacer es racionalizar la utilización del arresto domiciliario de *lege ferenda*, restringiendo su aplicación únicamente para los imputados que revelan las características antes anotadas, no solo por los fundamentos expuestos, sino también por razones económicas, en la medida que su empleo irroga un alto gasto al sistema de justicia (tal como se advirtió tras la excarcelación a un procesado por tráfico ilícito de drogas, a quien se asignó un gran número de efectivos policiales para su control y vigilancia). Todo ello distrae sobremanera los escasos recursos que se cuentan para la lucha contra la criminalidad, pues utilizar los pocos recursos humanos y económicos en esta medida, debilita considerablemente la función preeminente de los custodios del orden, que es la seguridad ciudadana.

Por otro lado, la problemática gira también en orden de la excesiva dilación y demora de los procesos penales por parte de los órganos judiciales, situación que per se es canalizada positivamente por parte de imputados implicados en delitos graves, quienes, en uso de su legítimo derecho, solicitan su excarcelación, invocando el artículo 137 del Código Procesal Penal. En este orden de ideas, debe reformarse el procedimiento en cuanto antes, adoptando el sistema acusatorio-adversarial, que revela el nuevo Código Procesal Penal, desformalizando y desritualizando las formas anacrónicas que rigen sus actos procesales, a fin de poner en vigor el principio a un juicio sin dilaciones indebidas, y de esta forma se priorizar los fines sociales de la justicia penal.

Asimismo, deben adoptarse filtros de selección a fin de procesar únicamente aquellos delitos que implican una grave alarma social, pues desde una perspectiva realista nunca será posible investigar todos los delitos presuntamente cometidos. La realización de la justicia, entonces, debe efectivizarse en un tiempo razonable, pues su excesiva dilatación supone a la larga un debilitamiento de la tutela jurisdiccional efectiva.

Ahora bien, la promulgación de una norma jurídico-penal debe pasar por exigentes controles parlamentarios y por un adecuado control ciudadano, a fin de establecer filtros de selección que en cierta medida coadyuven a una menor calidad de las leyes y, sobre todo, a que no se vulneren los principios fundamentadores del sistema penal. La politización de la norma no es solo incumbencia del legislador, sino de todos los ciudadanos, en tanto la norma se orienta a regular la vida del hombre en sociedad.

En suma, la legitimidad social de la justicia se encuentra condicionada a que la ley se aplique a todos con la misma vara, sin distingo de ninguna clase, como demostración palpable de convivir bajo un régimen de auténtica democracia social de derecho.

La búsqueda de pruebas y la restricción de derechos en el Código Procesal Penal

Marco de aplicación y presupuestos legitimantes

I. INTRODUCCIÓN

Estando a menos de dos meses de la entrada en vigencia (progresiva)[1] del nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo Nº 957), no sabemos a ciencia cierta si es que los órganos públicos –encargados de aplicar y ejecutar sus normas– están en condiciones técnicas y materiales óptimas, para dar concreción práctica a esta codificación adjetiva.

En efecto, observamos hace pocas semanas, cómo las máximas autoridades del Poder Judicial y del Ministerio Público realizaron una protesta pública (vigilia), dirigida hacia los Poderes Ejecutivo y Legislativo, a fin de que se transfieran fondos económicos suficientes para poder asumir satisfactoriamente el proceso de reforma procesal penal.

Sin duda, caben al respecto, dos puntos por resaltar. Primero, que el Ministerio Público es la institución que adquiere más protagonismo en este sistema acusatorio-adversarial, pues no solo es dueño de la acción penal pública, sino sobre todo es el órgano que dirige en su totalidad la investigación preparatoria. Y, segundo, la problemática no puede circunscribirse a factores de orden material, en la medida de que la efectividad de este Código supone, de entrada, una tecnificación y profesionalización depurada de las disciplinas pertinentes, por parte de los órganos persecutores del delito, esto es, la eficiencia y eficacia, dependerá de qué tan preparados estén los funcionarios públicos encargados de aplicar esta formulación normativa.

(1) Tal como lo dispone la primera disposición complementaria y final del Decreto Legislativo Nº 957 - el Código Procesal Penal entrará en vigencia progresivamente en los diferentes distritos judiciales según el Calendario Oficial, aprobado por decreto supremo, dictado de conformidad con lo dispuesto en el decreto legislativo que establecerá las normas complementarias y de implementación del Código Procesal Penal. Habiéndose designado a los distritos judiciales de Huaura y La Libertad, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 2) del mismo entramado normativo.

De otro lado, parece advertirse, que la displicencia del Poder Ejecutivo hacia el nuevo Código Procesal Penal obedece a la coyuntura preelectoral que vive actualmente el país. La lectura es clara: para los políticos de hoy, el Código Procesal Penal no es un instrumento atractivo a fin de captar adherentes en las urnas de votación. Situación distinta aconteció en otros países de la región, donde los gobernantes hicieron de la reforma procesal penal una política de Estado.

Debe entenderse que la entrada en vigencia de un sistema procesal acusatorio-adversarial no solo es parte de la política criminal, sino un instrumento pacificador de los conflictos sociales, por consiguiente, el proceso penal debe constituirse en el mecanismo habilitador de las garantías fundamentales. Precisamente este nuevo Código apunta prima facie a constituirse en la panacea de los derechos fundamentales comprometidos con el concepto del debido proceso y el de tutela jurisdiccional efectiva.

En palabras de Ramos Méndez, se trata de instaurar el proceso debido, no una farsa o un simulacro. Por ello se elevan a rango constitucional las pautas mínimas que el proceso jurisdiccional debe cumplir(2). Dicho en nuestras propias palabras: el proceso penal a la medida del Estado de Derecho, supone necesariamente su constitucionalización.

El nuevo Código Procesal Penal pretende combinar garantías con eficacia. Eficacia, en el sentido de conferir a los órganos de persecución los instrumentos y mecanismos legales adecuados, a efectos de cumplir adecuadamente con los objetivos del procedimiento. Para ello el Estado –como apunta Asencio Mellado– ha de poner al servicio de la investigación penal medios materiales y humanos (y naturalmente públicos) suficientes para desarrollar una labor que cada vez y en mayor medida exige conocimientos técnicos y especializados(3).

Ahora bien, es sabido que entre los principales fines del proceso penal, se comprende la realización de la pretensión punitiva estatal y la averiguación de la verdad. La búsqueda de la verdad material se pretende alcanzar ilustradamente como fruto del conocimiento natural-social de los "ciudadanos" (jurados) que resuelven en conciencia el conflicto entre ellos planteado(4). De ahí, que esta verdad deba concretarse a partir de actos de prueba, destinados a realizarse esencialmente en el ámbito de la investigación.

(2) RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*. José María Bosch - Editor, Barcelona, 1996, p. 7.

(3) ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 111.

(4) PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I - Principios de Derecho Procesal Penal. Colex, Madrid, 2000, p. 82.

La investigación (preparatoria y las diligencias preliminares) se instituye en una etapa fundamental que condiciona de cierta forma el éxito del proceso, pues es en este nivel donde se obtienen y adquieren las fuentes de prueba, que han de servir al fiscal para construir sólidamente la acusación, como fase previa al juzgamiento(5). Dicho en otras palabras: la investigación es el momento primario de toda la dinámica probatoria, que sirve de sustento cognitivo al fiscal para poder judicializar el caso en el ámbito del juzgamiento. De tal modo que si el fiscal no cuenta con los medios de prueba suficientes para sostener su acusación, el caso no podrá ser judicializado y, con ello, el debilitamiento de la tutela judicial efectiva será inminente, pues muchos delitos, realmente cometidos, no serán debidamente sancionados. La investigación preparatoria es, pues, la piedra angular que determina la eficacia y eficiencia del sistema de persecución penal.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

En principio, debe señalarse que por primera vez nuestro orden jurídico procesal penal ha recogido normativamente las medidas restrictivas de derechos fundamentales orientadas a la búsqueda de pruebas, de forma sistematizada. El vetusto Código de Procedimientos Penales de 1940 no hace alusión expresa al respecto. El antecedente legislativo más reciente, en lo que a estas medidas refieren, es la Ley Nº 27379 del 20/12/2000, que sanciona la Ley de medidas limitativas de derecho a nivel de investigación preliminar, las mismas que surgen ante la necesidad político criminal de establecer mecanismos procesales eficaces para combatir la criminalidad organizada y otro tipo de delincuencia que denote dificultades probatorias.

La búsqueda incesante de la verdad es una finalidad esencial que debe orientar toda la actividad persecutoria del Estado. Este tiene el deber de ejecutar las diligencias que sean posibles, a efectos de encontrar las pruebas que puedan reconstruir la comisión del hecho punible y, de esta forma, concretar la pretensión punitiva estatal sobre el imputado declarado judicialmente "culpable".

Sin embargo, esta actividad persecutoria estatal, o dígase concretamente, la actividad probatoria, supone muchas veces la afectación de derechos fundamentales; afectación que es "legítima": i) en cuanto se sostiene sobre un ideal de justicia material y sobre el interés social en la persecución del delito y del delincuente(6);

(5) Al respecto Pedraz Penalva, sostiene que su funcional significado y valor en orden a preparar el juicio oral supuso entender y regular el sumario como una etapa previa, ordenada a la práctica de las diligencias conducentes a la averiguación y constatación de la perpetración del delito con todas las circunstancias, de la participación de los delincuentes (reos) y al aseguramiento de sus personas y de sus responsabilidades pecuniarias. PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Derecho Procesal Penal*. Ob. cit., pp. 71-72.

(6) En efecto, el Estado de Derecho exige la actuación de las agencias de persecución, quienes someten al imputado a una persecución penal que tiene por objeto restablecer la vigencia fáctica del ordenamiento jurídico y la recuperabilidad de las garantías a una coexistencia pacífica de los miembros de la sociedad.

y ii) en cuanto se respeten los principios informadores del Estado social, como límites infranqueables a esta persecución penal, dado que los derechos fundamentales, que llenan de contenido axiológico todo el sistema jurídico-estatal, son bienes dignos de protección en un orden democrático de Derecho.

Siendo así las cosas, se identifica una tensión entre "seguridad" y "libertad individual". La "seguridad" debe afianzarse a partir de una adecuada persecución de la justicia penal, cuyos efectos preventivos están condicionados en términos de eficacia y de eficiencia. De ahí la necesidad de dotar al sistema de investigación de los mecanismos que sean necesarios para optimizar dicha actuación pública, de conformidad con determinadas consideraciones político-criminales. A su vez, la "libertad individual", como garantía jurídica de los justiciables (en este caso, la libertad del imputado) debe ser asegurada mediante mecanismos eficaces que puedan reivindicar su reconocimiento como derecho fundamental (hábeas corpus).

En suma, debe afirmarse que la seguridad, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, solo puede afrontarse con la plena habilitación de las garantías jurídicas.

De lo señalado puede colegirse que los derechos fundamentales no son valores absolutos. Pues, en orden a tutelar otros intereses jurídicos primordiales, pueden ser limitados, en proporción al contenido material que comprendan en su ámbito regulador. En efecto, el grado de afectación al derecho intervenido se gradúa conforme a los fines perseguidos en la investigación y en consonancia con el bien jurídico objeto de afectación.

La libertad personal, la inviolabilidad personal, la esfera psicofísica del individuo, se constituyen en valores esenciales en un orden democrático de Derecho, donde los derechos civiles y políticos son reconocidos como el pilar fundamental de todo el sistema jurídico-estatal. En tal medida, su limitación o restricción estará subordinada a la mínima afectación posible, correspondiendo a los órganos públicos modularla a lo estrictamente necesario.

Esto es, la intimidad, el secreto en las comunicaciones, el domicilio, etc., son esferas de la personalidad que no pueden ser invadidas por terceros sin consentimiento del titular. Sin embargo, esta incolumidad puede ser limitada ante un legítimo interés público en la persecución del delito, debiendo dicha limitación ser rodeada de ciertas garantías para el afectado, a fin de garantizar su validez probatoria.

En resumen, acota Asencio Mellado, no existen en realidad derechos fundamentales estrictamente ilimitables, pues si ello fuera así, se frustraría de antemano el éxito de cualquier investigación penal.

La restricción de los derechos fundamentales ha de acomodarse en cada caso a los siguientes requisitos: jurisdiccionalidad, principio de proporcionalidad,

garantías en la ejecución de la vulneración[7] (los cuales serán analizados *in extenso* más adelante). Estos son los principios informadores que legitiman la intromisión de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales.

Entonces, ¿qué se tutela exactamente en el proceso penal?: el interés público en la persecución del delito, estableciéndose un orden social de coexistencia pacífica entre los ciudadanos, por medio de las resoluciones judiciales, así como la seguridad y confianza necesarias para la cohesión del sistema político-social. Mas la persecución efectiva del delincuente y su consiguiente sanción punitiva deben configurarse según el marco estricto de la legalidad o, mejor dicho, desde su legitimidad sustancial.

La búsqueda de la seguridad ciudadana y de la eficacia del sistema de investigación, que se pretende establecer mediante la aplicación de estos mecanismos restrictivos de derechos, se afianzan en cuanto fortalecen la propia libertad individual, pues esta última solo puede cobrar vigencia real en un ambiente de seguridad. Empero, la legitimidad de estos mecanismos que afectan derechos fundamentales, está subordinada a ciertos principios fundamentales, a fin de que no se desborde el contenido sustancial de dichos derechos.

Dicho de otro modo: el interés social en la persecución del delito así como la seguridad que debe proporcionar el proceso penal como mecanismo de pacificación social, implica que la utilización de estas medidas deben sujetarse al principio de "mínima intervención", esto es, solo deben aplicarse estos mecanismos cuando no se puedan lograr los fines de la investigación criminal, con medidas menos gravosas y afectivas[8].

Por lo tanto, son los principios rectores del Derecho Procesal Penal, de conformidad con el marco jurídico-constitucional, los que condicionan la legitimidad de la intervención de la persecución penal en los derechos y libertades fundamentales del imputado; su afectación supone, entonces, el carácter arbitrario e irrazonable de la medida, por ende, su ilegitimidad.

Asimismo, estas medidas restrictivas de derechos fundamentales deben afectar al sujeto lo estrictamente necesario, siendo su dignidad personal un atributo inherente a su intersubjetividad personal que no puede ser vulnerado bajo justificación alguna[9].

(7) ASENCIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Trivium, p. 92.

(8) Así, RUIZ VADILLO, E. "Principios generales. Legalidad, proporcionalidad, etc.". En: *Estudios de Derecho Procesal Penal*, p. 156.

(9) Rosa Mavila en la doctrina nacional, apunta certeramente lo siguiente: "En relación a la búsqueda de pruebas que implican restricción de derechos personales se han establecido presupuestos básicos o generales que toda aplicación de estas medidas debe respetar en tanto de trata de dispositivos que limitan

Ahora bien, debe hacerse mención que no nos encontramos ante una actividad probatoria *strictu sensu*, sino ante una actividad puramente de investigación destinada a la obtención y al aseguramiento de fuentes de prueba, que deben adoptarse por razones de estricta necesidad y urgencia, esto es, son esenciales para garantizar la eficacia y la eficiencia de la persecución penal.

La investigación, como anota Binder, es una actividad eminentemente creativa; se trata de superar un estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar información que acabe con esa incertidumbre(10), y para salir de esa incertidumbre, se necesita adoptar ciertas medidas que puedan asegurar los medios de prueba, sea obteniéndola o, en su defecto, asegurándola mediante la restricción de un derecho fundamental (v. gr. prisión preventiva).

Como bien anota López Barja de Quiroga, durante la investigación de la causa se realizan determinados actos de investigación que no pueden llevarse a cabo o repetirse en el acto del principio oral, como ocurre en las diligencias de intervención telefónica, la diligencia de entrada y registro, ciertos análisis clínicos, las dirigidas a detectar la alcoholemia, etc.(11). Todas ellas, para tener validez y eficacia probatoria, necesitan ser introducidos en el juzgamiento mediante el acta respectiva.

Así, el Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal, que en su literal E, numeral 16, dispone lo siguiente: "Las medidas limitativas de derechos tienen por objeto asegurar los fines del procedimiento y estarán destinadas, en particular, a garantizar la presencia del imputado y la adquisición y conservación de las pruebas"(12).

En efecto, en el curso de una investigación criminal pueden producirse intromisiones en el ámbito propio de determinados derechos fundamentales, como la integridad física, la libertad individual, la intimidad, la inviolabilidad de domicilio o el secreto de las comunicaciones (artículos 15, 17, y 18 de la Constitución Política). Pero esa restricción, fundamentada en la idea del interés preponderante, se sujeta a la concurrencia de una serie de presupuestos generales que se concretan en requisitos de legalidad, proporcionalidad y control judicial(13), es decir, la protección de estos bienes no es absoluta, sino que exige que cuando deban ser

derechos fundamentales y que en su mayoría están vinculados al derecho a la intimidad, que es un ámbito ligado al respeto de la dignidad de la persona que tiene *status* constitucional". MAVILA LEÓN, Rosa. *El nuevo Sistema Procesal Penal*. Jurista Editores. Lima, 2005, p. 69.

(10) BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*, p. 214.

(11) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Thomson, Arazadi, 2004, Navarra, p. 910.

(12) Citadas por RUIZ VADILLO, E. *Reglas mínimas del proceso penal. Reglas de Mallorca*, p. 117.

(13) A.CALDERÓN/ J.A.CHOCLÁN. *Derecho Procesal Penal*, p. 214.

afectados se tomen decisiones formales, destinadas a provocar sobre ellos la menor afectación posible[14].

La limitación y restricción de derechos fundamentales, entonces, se sostiene sobre la misma legitimidad del Estado Social y Democrático de Derecho, que tiene en la justicia penal una esencial tarea, la de establecer un marco normativo de plena habilitación jurídica para los ciudadanos, a fin de solucionar los conflictos sociales derivados del delito de forma racional, haciendo del *ius puniendi* un instrumento pacificador y estabilizador de la paz social, es decir, el uso de estos mecanismos afectativos debe ser ponderado y racional, y solo afectar en la medida estrictamente necesaria.

III. PRECEPTOS GENERALES

1. Legalidad procesal: Cuando resulte indispensable para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuesto por la ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado (artículo 202 del CPP de 2004).

Sin duda, el principio de legalidad es el bastión fundamental del Estado Constitucional de Derecho, constituyéndose en un límite ante la intervención punitiva del Estado y garantía de la seguridad jurídica de los ciudadanos, al establecer mecanismos de interdicción como freno de la arbitrariedad pública de los órganos estatales.

Empero, en el aspecto procesal, el principio de legalidad desarrolla una doble función: i) como ente regulador de la actuación de las agencias de persecución, las que están vinculadas a su mandato, a efectos de proceder funcionalmente cuando se toma conocimiento de la noticia criminal[15]; y ii) como un efecto regulador de las medidas e instrumentos que pueden limitar o restringir derechos y libertades fundamentales, esto es, solo pueden afectar la esfera de libertad del imputado aquellas medidas que se encuentran expresamente previstas en la ley procesal, (*lex scripta, lex stricta, lex praevia*)[16]. La ley procesal debe tipificar tanto las condiciones de aplicación, como el contenido de intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales de los ciudadanos[17].

(14) BINDER, Alberto M. Ob.cit, p. 216.

(15) La doble dimensión esbozada, no excluye de ningún modo, una garantía fundamental de este principio en el proceso penal, concretamente, el *nullum crimen nullum poena sine iudicium*, que se deriva sustancialmente de los principios de presunción de inocencia y el acusatorio. Tomando en consideración la naturaleza instrumental del derecho procesal penal con respecto al Derecho Penal, y los fines que de cuño se determinan en el proceso penal: la búsqueda de la verdad y la realización de la ley penal material.

(16) A.CALDERÓN/ J.A.CHOCLÁN. Ob. cit., p. 214; Así, MAVILA LEÓN, R. *El nuevo Sistema Procesal Penal*. Ob. cit., p. 69.

(17) GONZÁLES-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Colex, Madrid, 1990, p. 77.

La legalidad, parafraseando a Ruiz Vadillo, es absolutamente predicable del proceso penal. Sin ella, en vez de un sistema de garantías, se transforma el proceso en una plataforma de arbitrariedades, o al menos se puede transformar con cierta facilidad en ello[18]. En efecto, un proceso penal respetuoso de las garantías fundamentales, debe inspirar sus normas de conformidad con los valores que sostiene la justicia penal en el marco del Estado Constitucional de Derecho.

No es correcto, por ejemplo, practicar una diligencia de entrada y registro fuera de los supuestos establecidos en la ley, interpretados además de forma restrictiva, de acuerdo con los principios generales que informan nuestro ordenamiento jurídico, tendiendo en cuenta que determinadas infracciones pueden incluso generar la existencia de un delito grave: el allanamiento de morada[19]. Dicho en otras palabras: la previsión legal de estas medidas, supone de plano encadenar a los órganos de persecución al marco normativo que legitima su empleo, pues cualquier intervención que desborde dichos parámetros legales, será constitutiva de una infracción por su carácter arbitrario e irracional.

La medida debe resultar, además, indispensable para los fines de esclarecimiento del proceso, lo cual significa que no debe existir otro medio menos gravoso (subsidiariedad) para poder arribar a un determinado grado de certeza y convicción, en relación con el objeto de prueba, así como suficientes indicios de criminalidad. No debe existir otra vía o forma para poder adquirir las fuentes de prueba, los elementos de convicción que son necesarios para colmar los fines de la investigación.

Por otro lado, la ejecución de la medida restrictiva debe efectuarse con las debidas garantías del afectado, esto es, que deben hacerse efectivos los principios de defensa, contradicción, de acusación, control judicial, a fin de evitar estados de indefensión, susceptibles de acarrear una nulidad *a posteriori*. La vigencia de estas garantías adquiere mayor rigor al tratarse de una afectación considerable al contenido esencial de un derecho fundamental.

2. Legitimidad sustancial: Si bien este principio no se encuentra normado de *lege lata*, es decir, la legislación procesal no lo prevé como tal, consideramos que la aplicación de una medida restrictiva de derechos fundamentales, que supone una afectación sustancial del contenido esencial de un interés fundamental, debe estar revestido de una legitimidad sustancial, la cual esta condicionada a la existencia de un presupuesto material (este presupuesto es una aspiración de *lege ferenda*).

Hemos sostenido que las medidas restrictivas de derechos se enmarcan necesariamente en el contexto de una investigación, quiere decir que estas son necesarias

(18) RUIZ VADILLO, E. "Principios Generales. Legalidad…". Ob. cit., p. 30.

(19) Ídem.

en orden a los fines mismos de la persecución penal estatal. Y la base fundamental para justificar la adopción de estas medidas, es la concurrencia de indicios reveladores de la comisión de un delito, que las características fácticas del hecho sean constitutivas de una figura delictiva.

Dicho en otras palabras: la activación de todo el aparato persecutorio del Estado se justifica en cuanto se tiene un hecho que es síntoma de un delito, el cual debe ser investigado y perseguido. Fuera de esta hipótesis material, los órganos de persecución no están legitimados para intervenir y afectar la esfera de libertad de los ciudadanos.

Es decir, la norma para ser legítima no solo debe cumplir con el mandato estricto de legalidad, de pasar por los filtros de un procedimiento parlamentario, dirigido a su aprobación y promulgación, pues si esta implica afectación a derechos fundamentales, debe observar un presupuesto fundamental: la ofensividad o lesividad social de la conducta, que solo es aquella que el legislador ha elevado a la categoría normativa de "delito".

En tales casos, la racionalidad de la medida afectiva de derechos, esta condicionada a la preexistencia de un hecho que revela una conducta criminal. Si no se determina la probabilidad de que el imputado haya participado en la comisión de un hecho punible, la medida de coerción procesal pierde todo sustento[20]. Las conductas que se encuentran sustraídas del ámbito criminal, no pueden ser entonces criminalizadas, pues de esta forma se estaría haciendo un uso excesivo de la violencia estatal.

En el marco del Estado Constitucional de Derecho, la política criminal no puede rebasar los principios que conforman las bases fundacionales de un Derecho Penal democrático. El autoritarismo y el abuso se expresan en normas que contradicen el contenido de estos principios esenciales. El legislador, cegado por el utilitarismo o por los efectos cognitivos de la norma en la población, regula de espaldas a los principios programáticos del orden jurídico-constitucional, formulando un discurso incompatible con los postulados de un Estado Social de Derecho, sin tomar en cuenta que no cualquier fin legitima un Estado, ni su sistema punitivo[21].

La lucha contra la criminalidad tiene límites, y estos límites son los derechos fundamentales en su dimensión axiológica y teleológica. Como bien apunta Zúñiga Rodríguez, la legitimidad de la actuación política y, por lo tanto, de una determinada política criminal reside, entonces, no en su capacidad para organizar las

(20) BOVINO, A. "Encarcelamiento preventivo y derechos humanos". En: *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*. Editores del puerto S.R.L., Buenos-Aires, 1998, p. 157.

(21) POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas*. Grijley, Lima, 2004, p. 205.

respuestas que la sociedad demanda frente al fenómeno criminal, sino en prevenir dicho fenómeno dentro del sistema de valores democrático[22]. Por lo tanto, la actividad legislativa en el ámbito penal, no puede convertirse en acto puramente decisionista, sino que debe recoger los principios que legitiman la intervención del Derecho Penal en la esfera de libertad de los ciudadanos. La ilegitimidad de la norma termina por desencadenar la ilegitimidad de los gobernantes, de la quiebra de la armonía que debe existir entre la sociedad y todo el sistema jurídico-estatal en su conjunto.

Consideramos necesario incorporar este principio rector en el CPP de 2004, en orden a establecer la incompatibilidad de algunos de sus preceptos con las normas fundamentales que debieron haber inspirado todo el constructo normativo de este cuerpo procesal[23].

IV. PRESUPUESTOS APLICATIVOS

1. Las medidas que disponga la autoridad deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción. La resolución que dicte el Juez de la investigación preparatoria debe ser motivada, al igual que el requerimiento del Ministerio Público (inciso 3 del artículo 203 del CPP de 2004).

En definitiva, el principio de legalidad procesal es un principio rector esencial para regular esta clase de medidas, pero no de menos importancia tiene el principio de proporcionalidad, en orden a regular los presupuestos materiales para la aplicación de estas medidas restrictivas de derechos fundamentales.

Siguiendo a Pedraz Penalva, diremos que la proporcionalidad es algo más que un criterio, regla o elemento de juicio utilizable técnica y asépticamente para afirmar consecuencias jurídicas; es un principio consustancial al Estado de Derecho con plena y necesaria operatividad, constituyendo su exigida utilización uno de los imperativos básicos a observar en toda hipótesis en que los derechos y libertades fundamentales puedan verse afectados[24].

(22) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal*, p. 33.

(23) Nos referimos concretamente a los artículos 205 bis 210 del Código, referidos al Control de Identidad. A mayor abundamiento, ver mi artículo sobre el "Control de Identidad", publicado en la revista "Actualidad Jurídica" (Gaceta Jurídica), mes setiembre-octubre. Con respecto a la entrada en vigencia de los mencionados dispositivos, debe señalarse que mediante la Ley Nº 28366 del 25/10/04, se dispuso la suspensión de la entrada en vigencia de dichos articulados, hasta el 1 de enero del 2005. Luego, la Ley Nº 28460 del 10/01/05, modificó el inciso 4) de la Primera Disposición Complementaria y Final del Código Procesal Penal, que elimina toda referencia a la vigencia de los artículos 205-210, y precisa que el día 1 de febrero del 2006, entrarán en vigencia en todo el país los artículos 468-471, y el Libro Séptimo "La Cooperación Judicial Internacional" y las disposiciones modificatorias contenidas en el citado Código.

(24) Cfr. PEDRAZ PENALVA, E. *Derecho Procesal Penal...,* p. 149.

El ejercicio de la actividad persecutoria del Estado debe tener límites en razón a su contenido gravoso para un derecho fundamental, esto es, la reacción estatal punitiva debe ser proporcional a la acción de criminalidad que genera las consecuencias jurídicas. Si bien es el interés público en la persecución del delito el que motiva una reacción de esta entidad, esta reacción debe ser valorada según las circunstancias del caso concreto. Así, no es lo mismo una investigación en un caso complejo por tráfico ilícito de drogas, que una por el delito de apropiación ilícita.

La función político-criminal del principio de proporcionalidad ha de enlazar la gravedad de la afectación al derecho fundamental con los fines que persigue ella, es decir, con su utilidad en la persecución penal, dependiendo del contenido del injusto cometido así como el grado de responsabilidad penal atribuible a su autor. Es decir, la aplicación de la medida debe condicionarse a los casos más graves y ante inminentes dificultades probatorias, de modo tal que se cumpla con la exigencia de tener un dato material y se busquen fines legítimos(25). Siguiendo a Bovino, la aplicación efectiva del principio de proporcionalidad exige que el tribunal realice una comparación entre la medida de coerción y la pena eventualmente aplicable al caso(26).

El principio de proporcionalidad comporta en síntesis, las siguientes exigencias: i) actuar sobre una base se sospecha de intensidad relevante; ii) indispensabilidad de la medida a los efectos de la investigación; y iii) adecuación entre la intromisión en el derecho y la gravedad de los hechos indagados y la pena a imponer(27).

Siendo así, resulta coherente la propuesta de Ruiz Vadillo, quien para evitar una excesiva y nociva dispersión de criterios judiciales respecto de la proporcionalidad, señala que sería bueno que la propia ley fijara determinadas pautas o criterios que vendrían a ser como la legalización de la proporcionalidad(28), como pueden ser el marco penal imponible así como la complejidad probatoria.

Por otro lado, el principio de proporcionalidad no solo debe estar presente en la previsión legislativa de limitación al derecho, sino que, además, la resolución judicial que ordene la medida debe valorar las circunstancias del caso específico, verificando la necesidad de la injerencia para conseguir el fin legítimo al que se

(25) MAVILA LEÓN, R. *El nuevo Sistema Procesal Penal*, p. 69.

(26) BOVINO, Alberto. "Encarcelamiento preventivo y derechos humanos". Ob. cit., p. 155; GONZÁLES-CUÉLLAR SERRANO, N. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, pp. 160-161.

(27) ASENCIO MELLADO, J.M. Ob. cit., pp. 96-97.

(28) RUIZ VADILLO, E. Ob. cit., pp. 155-156.

preordena[29], su necesidad[30] y absoluta imprescindibilidad, en vista que no existen otros medios menos lesivos para llegar al objetivo fijado de antemano.

Por un lado, la medida acordada debe ser idónea para obtener el fin señalado respetando lo más posible la libertad del individuo y, de otra parte, debe existir una relación razonable entre el resultado perseguido y los imprescindibles topes a la opción de medios para la consecución del objetivo[31]. La injerencia en el derecho fundamental debe ser, por último, proporcional en sentido estricto o propio, es decir, medio y fin no deben permanecer de forma evidente fuera de proporción[32].

Las premisas aludidas tiene relación también con el deber que tiene el juez de la Investigación Preparatoria de motivar debidamente la resolución que dispone la aplicación de la medida, según el cual, en su resolución, debe exponer las razones que sustentan la medida, su necesidad, de que no existen otros medios menos lesivos para alcanzar dichos fines, la gravedad del delito, así como los indicios reveladores de criminalidad.

La motivación de las resoluciones se sostiene sobre un mandato constitucional[33] que también obliga al fiscal –como director de la investigación preparatoria–, quien tiene la facultad de solicitar y justificar estas medidas ante el órgano jurisdiccional, sobre la base de los criterios antes señalados. La motivación de las resoluciones es también necesaria en orden a garantizar el ejercicio de defensa y del contradictorio de la parte afectada, haciendo uso del derecho de impugnación[34].

Debe señalarse también que la adopción de estas medidas restrictivas se sujetan estrictamente al principio de jurisdiccionalidad, quiere decir que solo el juez competente de la causa esta legitimado para decidir la adopción de estas medidas. A los jueces les corresponde exclusivamente el ejercicio de la actividad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado; la función jurisdiccional es de

(29) A.CALDERÓN/ J.A.CHOCLÁN. Ob. cit., p. 214.

(30) En palabras de Gonzáles-Cuéllar Serrano, el principio de necesidad también denominado de "intervención mínima", "de la alternativa menos gravosa" o de "subsidiariedad", es un subprincipio del principio constitucional de prohibición de exceso que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos; Proporcionalidad y derechos fundamentales..., Ob. cit., p. 189; Así, ETXEBERRIA GURIDI, J.F. "Las intervenciones corporales en el proceso penal". Trivium S.A. Madrid, 1999, p. 228 y ss.

(31) PEDRAZ PENALVA, E. Ob. cit., pp. 149-150.

(32) ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. "Las intervenciones corporales y su práctica y valoración como prueba en el proceso penal". Ob. cit., pp. 243-244.

(33) Artículo 139, inciso 5.

(34) Así, ASENCIO MELLADO, J. M., Ob. cit., p. 99.

carácter exclusivo de los jueces (*ius decidere*)[35]. La intromisión en el ámbito de los derechos personales y políticos debe ser objeto de monopolio jurisdiccional[36].

Redundando sobre los presupuestos materiales, deben existir entonces indicios reveladores de criminalidad, evidencias suficientes que conduzcan a una imputación delictiva. La "proporcionalidad", entonces, se vincula a la idea de racionalidad, a la de evitación del exceso en la actividad persecutoria estatal, tomando como pilar fundamental el contenido esencial de los derechos fundamentales.

La medida debe ser imprescindible o esencial para los fines de la investigación, de modo que su no realización signifique, en la práctica, la frustración de los fines perseguidos en la investigación. Dicho de otro modo, no deben existir otros medios menos lesivos que sean capaces e idóneos para alcanzar los fines esenciales de la investigación criminal.

2. Los requerimientos del Ministerio Público deben ser motivados y debidamente sustentados. El juez de la Investigación Preliminar, salvo norma específica, decidirá inmediatamente, sin trámite alguno. Si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida, el juez de la Investigación Preliminar deberá correr traslado previamente a los sujetos procesales y, en especial al afectado. Asimismo, para resolver, podrá disponer mediante resolución inimpugnable la realización de una audiencia con intervención del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales, que se realizará con los asistentes (inciso 2 del artículo 203 del CPP de 2004).

Como se mencionó en el acápite anterior, el fiscal deberá se sustentar debidamente su requerimiento, a efectos de ejercer un control judicial racional de aquel. La decisión judicial por su procedencia podrá seguir dos caminos:

i) en caso de existir riesgo de pérdida de finalidad de la medida, la solicitud de requerimiento del Ministerio Público, no será trasladada al afectado, es decir, corre una suerte procesal de inaudita parte, cuya finalidad es garantizar la eficacia de la medida. Así, si se trata de un allanamiento, por ejemplo, es lógico que los investigados, al tomar conocimiento de ella, procedan a ocultar las pruebas materiales del delito que se encuentra en el lugar. Aquí, el objetivo es neutralizar cualquier riesgo que pueda afectar la eficacia de la medida; y

(35) PEÑA CABRERA F., A. "Comentarios a la legislación anticorrupción". Ob. cit., p. 26; Así, Asencio Mellado, al sostener, que tanto en aquellos regímenes procesales en que la instrucción se mantiene en manos de la autoridad judicial, como en los que se ha venido conferir el mismo al Ministerio Fiscal (el caso de nuestra legislación promulgada), los actos limitativos de derechos fundamentales se encomiendan siempre a los órganos jurisdiccionales los cuales, en principio, se constituyen en los únicos legitimados para intervenir en el ámbito de protección que al respecto se atribuye a los ciudadanos; *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Ob. cit., p. 93.

(36) A.CALDERÓN/ J.A.CHOCLÁN; Ob. cit., p. 215.

ii) en caso de no existir riesgo en la pérdida del objeto de la medida, el juez, antes de adoptar una decisión, deberá correr traslado previamente a los sujetos procesales, quienes podrán argumentar la impertinencia de aquella.

De otro lado, en el marco de sus facultades discrecionales, el juez podrá disponer la realización de una audiencia, mediante auto inimpugnable, a la que deberán concurrir los sujetos procesales y el Ministerio Público, quien deberá sustentar la necesidad de su requerimiento. Consecuentemente, la audiencia permitirá al juzgador obtener mayores fuentes de convicción para decidir sobre la pertinencia de la medida. Lógicamente, la audiencia será inviable en caso de ponerse en riesgo la eficacia de la medida.

3. Cuando la Policía o el Ministerio Público, siempre que no se requiera previamente resolución judicial, ante supuestos de urgencia o peligro en la demora y con estrictos fines de averiguación, restrinja derechos fundamentales de las personas, corresponde al fiscal solicitar inmediatamente la confirmación judicial.

El juez de la Investigación Preparatoria, sin trámite alguno, decidirá en el mismo día o a más tardar al día siguiente confirmando o desaprobando la medida ejecutada por la policía o la fiscalía, salvo que considere indispensable el previo traslado a los sujetos procesales o, en su caso, la realización de una audiencia con intervención del fiscal y del afectado. La resolución que ordena el previo traslado o la audiencia no es impugnable (inciso 3 del artículo 203 del CPP de 2004).

Dicho precepto hace referencia a situaciones excepcionales, en la medida que la adopción judicial de una medida restrictiva de derechos fundamentales, es una condición necesaria para revestir de legitimidad a una medida de esta naturaleza. El control judicial es esencial en esta clase de medidas para evitar excesos y arbitrariedades. No olvidemos que tanto la policía como el Ministerio Público forman parte del sistema de investigación que se dirige a una eficaz persecución del delito, por lo que no pocas veces estarán más interesados en la obtención de pruebas, que en cautelar los derechos y libertades fundamentales.

Sin embargo, debe reconocerse que pueden acontecer situaciones excepcionales, donde el transcurso del tiempo se convierte en un factor negativo para los fines de la investigación, de tal modo que la decisión jurisdiccional al respecto pueda poner en riesgo la ejecución de la medida, v. gr., la perpetración de un delito en flagrancia o el conocimiento de su inminente perpetración, importan una reacción inmediata por parte de las agencias de persecución(37).

En tales casos, la norma es clara al exigir como presupuestos materiales la urgencia o el peligro en la demora (*periculum in mora*). Entonces, su aplicación

(37) Así, ASENCIO MELLADO, J.M. Ob. cit., p. 94.

debe sujetarse a los principios de necesidad (la cual debe ser absoluta, excepcional e irremediablemente impostergable), al principio de urgencia (su adopción debe contener una alta dosis de relevancia para asegurar ora la actividad probatoria ora la persecución penal del Estado)[38], y debe ser realizada con estrictos fines de investigación, esto es, se debe enmarcar en un actividad persecutoria que se dirige a la obtención y adquisición de fuentes de prueba, necesarias para construir la hipótesis incriminatoria.

Precisamente, estos son los presupuestos que se requieren para que la policía o el Ministerio Público puedan restringir derechos fundamentales, sin requerir previamente resolución judicial. Ahora bien, debe precisarse que el CPP de 2004, de bases acusatorias y garantistas, erige al fiscal como director de la investigación criminal y garante de la legalidad. Este debe controlar la estricta observancia de las garantías formales y materiales de los justiciables en el ámbito de la investigación criminal.

Por lo tanto, la materialidad de estas exigencias presupone la asistencia física del fiscal en diligencias que pudiesen afectar derechos fundamentales. Siendo así las cosas, debe hacerse todo lo posible, para que siempre esté presente un representante del Ministerio Público en la ejecución de estas medidas, a fin de garantizar la validez de aquella así como la proporcionalidad en la medida de la afectación. Al contrario, en un sistema procesal de garantías debe evitarse al máximo la actuación de la policía sin supervisión fiscal.

De otro lado, es deber del fiscal solicitar inmediatamente la confirmación judicial, sea que la medida haya sido ejecutado por él o por la policía. En tales casos, el juez de la Investigación Preparatoria podrá confirmar o desaprobar la medida ejecutada por la policía o la fiscalía, adoptando en caso negativo, las medidas que sean necesarias para dejar sin efectos aquellas.

¿Qué sucede entonces cuando el juez no confirma la medida? Partiendo que es el órgano jurisdiccional el único legitimado para adoptar esta clase de medidas, la actuación será entonces nula (prueba prohibida), siendo por tanto inválidas las pruebas obtenidas en la ejecución de la medida. La convalidación judicial posterior del acto realizado a prevención bien por el Ministerio Fiscal o bien por la Policía[39], tiene carácter general y obligatorio.

El juez puede no resolver la aprobación de forma inmediata. Puede estimar necesario el previo traslado a los sujetos procesales o, en su caso, la realización

(38) PEÑA CABRERA F., A. *Comentarios a la legislación anticorrupción*. Ob. cit., p. 28.

(39) ASENCIO MELLADO, J.M. Ob. cit., p. 95.

de una audiencia con intervención del fiscal y del afectado(40). Ello sucede cuando el juzgador necesita de mayores fuentes de convicción para resolver el asunto, como los medios de cognición que le puedan proporcionar las partes interesadas para mejor resolver. La resolución que ordena el traslado o la realización de la audiencia no es susceptible de ser impugnada.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las medidas restrictivas (limitativas) de derechos cumplen un rol determinante en todo el sistema de investigación criminal, pues hacen posible el acopio de los medios de prueba que son imprescindibles para colmar los fines de la investigación. Se constituyen, entonces, en medio de prueba indirectos, pues permiten a los órganos de persecución tomar ciertos indicios y evidencias para acreditar la base de la punibilidad y la responsabilidad penal del imputado.

Empero, un sistema procesal penal respetuoso de las garantías constitucionales, debe someter estas actuaciones estatales a determinados límites y controles, a fin de que no redunden en una afectación arbitraria e injusta. De ese modo, la imposición de estas medidas restrictivas supone una intromisión legítima a los derechos fundamentales. Legítima en cuanto pretende salvaguardar valores jurídicos superiores; concretamente, la eficacia de las instituciones procesales y el interés social en la persecución del delito.

En este orden de ideas, la interdicción al poder público implica necesariamente que las medidas restrictivas y limitativas de derechos cumplan a cabalidad con los principios de legalidad procesal, legitimidad sustancial, proporcionalidad, necesidad y mínima afectación. De este modo se estará configurando un sistema de investigación que concilie armoniosamente la eficacia con las garantías. El éxito del proceso depende, las más de las veces, del correcto desenvolvimiento de esta fase; su defectuoso desarrollo, por el contrario, puede redundar en la pérdida de convicción posteriormente irreemplazable(41).

(40) Artículo 203.4, con respecto de la realización de la audiencia, rige lo pertinente el artículo 8 (trámite de los medios de defensa).

(41) ASENCIO MELLADO, J.M. *Derecho Procesal Penal*. Ob. cit., pp. 111-112.

Límites al arresto ciudadano

I. A MODO DE APROXIMACIÓN

La criminalidad campea en las urbes y zonas rurales, de nuestra inmensa geografía nacional; v. gr., atracos, robos, secuestros, violaciones, etc.; son el pan de cada día, pasan a formar parte de los titulares de los diarios locales, como una muestra de la violencia que arrastra a nuestra sociedad. Delitos que son cometidos a plena luz del día, ante la vista y paciencia de los ciudadanos, los cuales caen por lo general en el reino de la impunidad.

La conflictividad social reseñada genera una serie de reacciones por parte del público y, por ende, en el legislador; la colectividad reclama mayor severidad en el aparato punitivo del Estado, por su parte, los congresistas recogen dichas demandas por entero, poniendo a la luz continuas reformas penales, que apuntan hacia un solo norte: el punitivismo y la neocriminalización, tendencia político criminal que a la fecha no ha reportado los resultados satisfactorios que de ella se esperaba.

La naturaleza ejemplificadora que se desprende del Derecho Penal, según los objetivos preventivo-generales que se contienen de la norma de sanción, esto es, la intimidación que se pretende lograr con la amenaza de la sanción, tiene efectos nulos en la actualidad, pues la conminación punitiva no ha podido reducir significativamente las tasas de la criminalidad, no se ha podido neutralizar esta irrefrenable delincuencia que cada vez se vuelve más agobiante y preocupante. Si en el marco de la década de los noventa la subversión era el tema más preocupante de la seguridad pública, hoy en día el crimen común es la problemática que ha de enfrentar la autoridad estatal.

Si la prevención terciaria, no recauda resultados positivos, en la lucha contra la criminalidad, se debería acudir a la prevención primaria, a los mecanismos inherentes a la política social, que tienden a incidir directamente en los factores que incuban en un ambiente propicio para la aparición de los "comportamientos socialmente negativos"; pero parece que dicho aspecto de las políticas públicas, no es la panacea de las autoridades públicas, en tanto, se opta por el Sistema Penal, al desencadenar efectos sociocognitivos útiles para fines exclusivamente "políticos".

Empero la política criminal o, si se quiere el Sistema Penal, cuenta también con otros mecanismos de prevención delictiva, entre estos la persecución penal, que ha de desarrollarse mediante la actuación de las agencias estatales predispuestas,

que concretizan sus tareas, *ex ante*, en el ínterin o *ex post delicto*. En definitiva, la verdadera prevención es la que actúa antes de cometerse el hecho punible, pues para adelante lo único que se logra es una reacción en puridad "retributiva".

Lo antes dicho, supone que el Estado, ha de reforzar convenientemente el aparato policial del Estado, para que los efectivos que pertenecen a la PNP, estén a las alturas de las circunstancias y, puedan actuar con éxito y eficiencia, en su lucha contra el crimen. Sin embargo, advertimos que mientras las asociaciones criminales se van sofisticando en su accionar delictivo, la policía a duras penas, puede desarrollar una mínima actividad en sus labores preventivas. El escaso numero de agentes policiales, efectivos mal pagados, infraestructuras que carecen de los mínimos elementos para una operatividad eficaz, corrupción, etc., impide que la policía criminal pueda alcanzar resultados de optimización, según la descripción de la criminalidad actual.

Claro que la persecución penal, no solo comprende la actuación policial, sino también los roles que han de desempeñar los jueces y fiscales, en el marco de sus respectivas funciones, que adquieren un mejor panorama según la estructura intranormativa del nuevo CPP.

No obstante lo dicho, el Estado abdica, entonces, en su rol promotor de la seguridad ciudadana y, recurre a instituciones, que en realidad no van a solucionar la problemática descrita. Sale a la palestra de la discusión, el tema del "arresto ciudadano", como si este pudiera ofrecer un abanico de respuestas positivas, en el combate contra la delincuencia. La ciudadanía, que duda cabe, también debe colaborar, dígase coadyuvar en las tareas preventivas y persecutorias del crimen, pero no se les puede hacer cargar sobre sus hombros tremenda tarea, en tal medida, la eficacia que se pueda conseguir con el arresto ciudadano dista mucho de lo que se quiere dar a mostrar con la entrada en vigencia de esta institución. Máxime, se corre el gran peligro, de que se perciba equívocamente por parte de la población que se están concediendo facultades represivas contra la delincuencia, lo que puede generar un clima propicio a alentar los linchamientos masivos, el ejercicio de la justicia de propia mano, fenomenología social, que ha adquirido mucha vigencia en ciertos pueblos y caseríos de nuestro país, desestabilizando el sistema jurídico, con ello el mismo Estado de Derecho.

Antes de lanzar, la oferta de la entrada en vigencia del arresto ciudadano, se debe explicar pormenorizadamente a la población, qué significa en realidad ello, cuáles son las facultades que dicha institución irroga, cuándo se puede ejercitar y cuáles son las obligaciones que asume quien la ejercita. De entrada diremos que el arresto ciudadano, es un mecanismo solo "subsidiario" y/o "complementario", del Sistema de Seguridad Ciudadana, que desempeña la PNP, en coordinación con otras instituciones (Serenazgo). No puede decirse de ninguna forma, que los ciudadanos a partir de dicha institución, se convierten en agentes custodios del orden público.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL "ARRESTO CIUDADANO"

Como se dijo antes el "arresto ciudadano", ha de ser entendido como un mecanismo "complementario" o dígase "subsidiario", de la justicia penal, donde la persecución penal está conformada por el Ministerio Público y la PNP; esto quiere decir, que esta institución ha de operar, cuando por ciertos motivos, no puede tomar lugar los medios de control social formales con los que cuenta el Estado para hacer frente a la delincuencia.

El arresto ciudadano, importa solo una facultad de "aprehensión" del ciudadano, sobre una persona a quien se le reputa haber y/o estar cometiendo una conducta punible. No puede decirse en serio que se trata de un "arresto", pues dicha potestad solo recae sobre las personas que administran justicia en nuestro país (la judicatura), en tal virtud la terminología empleada, carece de corrección técnica.

Punto importante a saber, es que la "aprehensión ciudadana", como la prefiero llamar, solo concede al ciudadano, la facultad de retener al presunto delincuente y, trasladarlo a la jefatura policial más próxima; no concede derecho alguno al ejercicio de violencia o de reacción fenoménica que se asemeje al ejercicio de la justicia de propia mano. Nos referimos al fenómeno de los "ajusticiamientos selectivos", que manifiestan una expresión barbárica de la civilización humana, pues el individuo hace uso de una violencia hasta mayor de la producida por el autor, para dar una muestra de pura "ejemplificación". Sustitución de los mecanismos formales de persecución y sanción penal, que deben ser rechazados sin reparo alguno en un orden democrático de derecho; por ello, ha de ser claro, que la aprehensión por ciudadanos es incompatible con cualquier método negador de los derechos humanos. Ni bien el presunto delincuente es reducido, debe ser conducido a la policía, por lo que esta prohibido cualquier tipo de linchamiento, flagelamiento o castigo corporal que se asemeje.

¿Cuándo ha de operar el arresto domiciliario? Primero, cuando se trata de delito flagrante, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 260.1 del nuevo CPP y, segundo, cuando no hay posibilidad de que intervenga un efectivo policial, para poner a un buen recaudo al presunto delincuente, de no ser así, el ciudadano estaría sustituyendo al custodio del orden, lo que resulta inaceptable según las reglas del Estado de Derecho.

El Decreto Legislativo Nº 989, modifica de forma sustancial el artículo 4 de la Ley Nº 27934, en cuanto al concepto de flagrancia[1]. De forma primigenia, se

(1) Decreto Legislativo que también modifica el artículo 259 del nuevo CPP, en cuanto al concepto de flagrancia; Así, en mi libro en coautoría con el profesor Manuel Miranda Estrampes denominado: "Temas de Derecho Penal y Procesal Penal"; *La posición investigadora del Ministerio Público en las reformas del Proceso Penal en Latinoamérica y Europa Continental*. APECC, 2008, Lima, p. 300.

había dispuesto que existía flagrancia, cuando la realización del acto punible es actual y, en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente después de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que acaba de ejecutarlo. Ha sido un rasgo distintivo del concepto de "flagrancia", el nexo de inmediatez que debía advertirse entre la realización del hecho punible (bastando el inicio de los actos ejecutivos) y la aprehensión del agente, para lo cual se requería: 1.- Que el agente sea descubierto in fraganti. 2.- Que huyendo del lugar, sea capturado de forma inmediata por los custodios del orden. 3.- Que sea descubierto con el medio comisivo (arma) o con el objeto material del delito (bien mueble), mediando un lapso de tiempo breve de haberse cometido un delito(2). Dichos presupuestos deben ser muy claros y precisos, pues estamos hablando de una detención exenta de autorización jurisdiccional, a pura actuación policial, por lo que su procedencia debe estar lo más cerrada posible, a efectos de evitar arbitrariedades policiales.

Sin embargo, parece que la eficacia de la investigación ha primado en este caso, al haberse ampliado el radio de acción del concepto de "flagrancia", habiéndose incidido en lo siguiente: a. Ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de este y, es encontrado dentro de las veinticuatro horas de producido el hecho punible. b. Es encontrado dentro de las veinticuatro horas, después de la perpetración del hecho punible con efectos o instrumentos procedentes de aquel, o que hubieran sido empleados para cometerlo, o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en ese hecho delictuoso(3).

Fijar la actualidad de realización del hecho punible en veinticuatro horas, puede ser razonable, más aún cuando las distancias territoriales son amplias, sobre todo en provincias, donde las jefaturas policiales se encuentran muy distantes de ciertos lugares urbanos y rurales; sin embargo, requiere de mayor precisión el tema de la identificación, cuando es efectuado por la víctima y otra persona, en el

(2) Clariá Olmedo, analizando el concepto de flagrancia en el art. 285, del Código Procesal Penal argentino señala que este contempla tres supuestos. El primero, conocido como flagrancia propiamente dicha, tiene lugar cuando el imputado es descubierto en el mismo momento de perpetración de un hecho ilícito o un instante después; el segundo, conocido como cuasiflagrancia, supone el alejamiento de los partícipes del lugar del hecho pues ellos deben ser aprehendidos tras haber sido perseguidos por la fuerza pública, por el ofendido o por el clamor público. Al tercer supuesto se lo denomina flagrancia presunta, que acaece cuando la persona es aprehendida con objetos o rastros que permiten presumir, con seguridad, que acaba de participar de un delito; "Derecho Procesal Penal". T, p. 290 y ss.

(3) PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. "La posición investigadora del Ministerio Público (…)". Ob. cit., p. 301.

sentido de poder recogerse otros datos que puedan corroborar la sindicación, en orden a evitar detenciones irrazonables(4).

Dicho lo anterior, en el caso del "arresto domiciliario", no se podría decir de ningún modo, que este pueda aplicarse cuando el agente es identificado por el agraviado o por otra persona, pues en este caso, se supone que dicha identificación tiene que haberse practicado en la jefatura policial, por lo que son los custodios del orden los que tienen la obligación de actuar, al margen de los reparos que nos propone esta ampliación de "flagrancia". Aunque habría que ver, si es que la entrada en vigencia del artículo 260 del nuevo CPP, operaría con el concepto de flagrancia prevista en el artículo 259 del cuerpo de leyes antes anotado o, con el comprendido en el artículo 4 de la Ley Nº 27934.

Segundo requisito, es que no existan custodios del orden que puedan actuar de forma inmediata, a fin de reducir al presunto delincuente, es decir, el ciudadano ha de ver que ningún policía de las inmediaciones del lugar pueda intervenir en el hecho luctuoso. No existe justificación alguna, de que ciertos policías, pretendan escudarse en sus labores de tránsito, para no salir en ayuda de un ciudadano, ello resulta inexplicable y, un factor fundamental en la inseguridad con que se vive en la actualidad en las calles de nuestras ciudades. Solo, entonces, cuando no se advierta presencia de un efectivo policial ha de actuar el ciudadano conforme a la previsión en comento.

Pero, la pregunta es la siguiente ¿Quiénes realmente son los que podrán hacer uso de esta facultad aprehensiva? En principio ha de decirse, que el "arresto ciudadano", no importa un precepto imperativo(5), en definitiva, no se podría obligar a todos los ciudadanos a ejercer una acción que pueda poner en peligro sus bienes jurídicos fundamentales; únicamente aquellos que cuentan con suficientes mecanismos de defensa (un arma), podrán repeler agresiones ilegítimas, haciendo uso de la fuerza para poder reducir al presunto agresor. Eso quiere decir también, que la aplicación de esta medida de coerción viene implícita el uso de la fuerza, no puede pensarse que el agente, vaya acompañar al ciudadano sin que medie coacción alguna; en tal medida, podemos decir, que la institución en análisis, tiene una vinculación directa con el ejercicio de la "legítima defensa"(6), por lo general será el ciudadano que evita una agresión ilegítima de propia mano, quien ejercitará esta medida de coerción personal.

(4) Así, SALINAS SICCHIA, R. "Los fiscales y los policías en la investigación preliminar". Ob. cit., p. 389.

(5) Así, en lo que respecta al artículo 1129 del CPPCH, LÓPEZ MASLE, J. y otro. "Derecho Procesal Penal chileno". T. I. Editorial Jurídica de Chile. 2002, p. 372.

(6) Sobre este tema, ver mi obra: "Derecho Penal. Parte General. Teoría General del delito, de la pena y, sus consecuencias jurídicas". Editorial Rodhas. Lima, 2007, pp. 429-447.

Lo que debe estar claro, es que el uso de la fuerza, ha de significar un empleo suficiente como para reducir los mecanismos de defensa del agente, para lo cual será necesario a veces, sujetar sus manos con una soga o una cuerda, mas no está permitido o dígase autorizado el uso de una violencia excesiva, innecesaria que pueda ya constituir la configuración del tipo de lesiones.

Lo descrito, influye entonces, en nuestra posición de que el "arresto ciudadano", debe ser entendido como un mecanismo coadyuvante, complementario y/o subsidiario de los instrumentos de control social formal con que cuenta el orden jurídico, que difícilmente puede ser concebido como una vía de solución al grave problema de inseguridad que aqueja nuestro país.

III. ALCANCES NORMATIVOS

Primer punto a saber, es que el arresto ciudadano, se encuentra comprendido en el marco de las denominadas "Medidas de Coerción Procesal", Libro Segundo - Sección III del nuevo CPP. Ha de entenderse a estas medidas, como todas aquellas que implican una afectación, privación y/o restricción de los bienes jurídicos fundamentales del imputado, concretamente su libertad personal y derechos conexos, a fin de cautelar el fin principal del proceso, es decir, la plasmación del *ius puniendi* estatal y la materialización de la condena civil.

En el caso del "arresto ciudadano", se trata de una medida de coerción procesal sui géneris, pues este es efectivizado por una persona ajena a quienes formalmente ejercen la persecución penal en nuestro país (Ministerio Público, Policía Nacional del Perú), orientada a poner a disposición de las autoridades a los involucrados en la comisión de un hecho punible y, como se dijo antes, no importa en realidad un arresto, sino mas bien una especie de "aprehensión ciudadana", de ahí, que hallamos concebido también su naturaleza subsidiaria.

Dispone el artículo 260.2 del nuevo CPP, que el ciudadano debe entregar inmediatamente al arrestado y las cosas que constituyan el cuerpo del delito a la dependencia policíal más cercana. Se entiende por entrega inmediata el tiempo que demanda el dirigirse a la dependencia policial más cercana o al Policía que se halle por inmediaciones del lugar. En ningún caso el arresto autoriza a encerrar o mantener privado de su libertad en un lugar público o privado hasta su entrega a la autoridad policial. La Policía redactará un acta donde se haga constar la entrega y las demás circunstancias de la intervención.

La actuación del particular solo debe suponer una aprehensión temporal, destinada a poner a disposición de la policía al agente delictivo, por lo tanto, por

esencia su duración es necesariamente corta[7]. Por consiguiente, el particular tiene el deber de entregar inmediatamente al aprendido a la dependencia policíal más cercana, así como todos los objetos que se constituyen en evidencia del crimen cometido o tentado, su omisión a este deber, sería constitutivo del injusto penal previsto en el artículo 405 del CP (encubrimiento real)[8].

La entrega inmediata importa el desplazamiento del arrestado, a la Jefatura Policial más cercana, plazo que dependerá de la distancia geográfica (término de la distancia). Por otro lado, al arresto ciudadano no confiere al particular derecho alguno de privar de su libertad al agente, encerrándolo en un lugar público o privado, su comisión importaría la configuración del delito de Secuestro (artículo 152 del CP). Si bien el precepto legal no lo dice textualmente, también se encuentra prohibido el ejercicio de una violencia por parte del particular, innecesaria para alcanzar los fines del arresto ciudadano, así como la realización de actos de violencia física y psicológica, que vulneren la dignidad del arrestado[9], cuya concreción puede dar lugar a la comisión de los tipos penales de lesiones.

Asimismo, a fin de dejar constancia de la entrega del agente, así como de los objetos que hayan sido incautados, se elaborará un acta, que deberá ser redactada por la Policía.

En el caso de la legislación procesal penal chilena (detención particular), López Masle, nos relata que se trata de una detención que puede realizar cualquier persona que sorprendiera a otra en delito flagrante, para poner al detenido a disposición del juez con el objeto de que se celebre la audiencia en que ha de formalizarse la investigación y, eventualmente, se adopte alguna media cautelar personal de mayor intensidad en su contra[10].

En el nuevo Código Procesal Penal chileno, señala Carocca Pérez, también se permite que, quien es sorprendido cometiendo un delito flagrante, sea aprehendido por cualquier otra persona, aunque debe ser entregado inmediatamente a la Policía, al Ministerio Público o a la autoridad judicial más próxima (art. 129 CPP), para que sean estas autoridades las que adopten las medidas que corresponde, según sus respectivas facultades[11].

(7) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, p. 810.

(8) PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*. Editorial Rodhas. Lima, 2007, p. 698.

(9) Ibídem, pp. 698-699.

(10) LÓPEZ MASLE, J. y otro. *Derecho Procesal Penal chileno*. T. I, cit., p. 372.

(11) CAROCCA PÉREZ, A. *El Nuevo Sistema Procesal Penal*. La Ley. Santiago de Chile, 2003, p. 159.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Ha de verse que la facultad aprehensiva en comentario, en realidad ya se encontraba de cierta forma, reconocida por el ordenamiento jurídico vigente, de no ser así, nos preguntaríamos con corrección, por qué ningún ciudadano que luego de reducir a su supuesto agresor y puesto a disposición de la policía, no ha sido denunciado por el tipo penal de usurpación de funciones o de coacciones, cuestión que se avizora desde tiempo atrás, cuando es el propio ciudadano quien repele la agresión ilegítima y pone a buen recaudo al presunto delincuente.

Por lo dicho, cabe señalar entonces, que la entrada en vigencia de esta potestad ciudadana, que se enmarca en el ámbito de las medidas de coerción procesal (personal), lo único que ha hecho es ratificar normativamente, una facultad que ya la praxis y el Derecho positivo toleraba sin resquicio alguno, por lo que no puede concebirse esta institución como una figura en realidad "novedosa".

En resumidas cuentas, no se puede esperar mucho de la aplicación de esta institución, pues en realidad su capacidad de rendimiento es mínima, en orden a reforzar la Seguridad Ciudadana. Como hemos puesto de relieve, lo tarea debería centrarse en fortalecer la Policía Nacional, en cuanto a su operatividad y eficacia en la lucha contra el crimen, de esta forma se podría incidir positivamente en las factores de prevención delictiva.

Lo que sí debe quedar claro, es que el "arresto ciudadano", no confiere ningún derecho a su portador, a ejercer una violencia (coacción) más allá de lo necesario para reducir sus mecanismos de defensa y ponerlo a disposición de la Policía, es decir, no hay potestad alguna de golpear excesivamente al detenido (prohibición de exceso) y, menos de promover un linchamiento colectivo y, si esto sucede, los responsables serían pasibles de ser denunciados por los ilícitos penales en que puedan haber incurrido. De tal manera, que el ejercicio de dicha aprehensión ciudadana, debe efectuarse con corrección y, en sujeción al principio de proporcionalidad.

La etapa intermedia en el nuevo Código Procesal Penal(*)

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Cada vez son más las expectativas que se generan en la ciudadanía con la implementación del nuevo CPP, pues a la fecha ya son cuatros los distritos judiciales que han adoptado normativamente el modelo acusatorio-garantista (adversarial), que toma lugar vía el Decreto Legislativo Nº 957. A las Cortes de Huaura y La Libertad, se han sumado este año 2008, Los Distritos Judiciales de Moquegua y Tacna en el Sur, a los cuales les seguirá Arequipa en pocos meses y, tal vez, Lambayeque, como se avizora, luego de la reprogramación que se viene estudiando en las instancias gubernativas competentes. En todo caso, lo que se pretende, es que el nuevo CPP, adquiera vigencia en todo el territorio patrio, amén de afianzar la cultura acusatoria en la justicia penal.

Sin duda, las ventajas que trae a colación el nuevo modelo procesal en cuanto a la descarga procesal la racionalización de la persecución penal, la desprisionización, la celeridad con que se procesan las causas, aunado a las políticas de gestión, han puesto de relieve la necesidad de erradicar de una vez por todas el sistema procesal mixto que ha imperado en el Perú durante todos estos años. Ello sin dejar de mencionar que aún existen ciertos visos de incoherencia entre la forma como los operadores de justicia han asumido la aplicación de los dispositivos legales que se contienen en el nuevo corpus adjetivo, sin tomar en cuenta los nuevos roles que dicho entramado normativo asigna a cada uno de ellos. Dicho así: "el nuevo CPP, afianza el principio acusatorio desde la base primigenia de la persecución penal, poniendo énfasis en que el fiscal no solo es el titular del ejercicio de la acción penal, sino también el ente directriz de toda la fase de investigación penal, sea en el marco de las diligencias preliminares, sea en la investigación preparatoria propiamente dicha, por tanto, solo a él le incumbe los poderes de dirección material del proceso y, no al juzgador, que en dichas etapas solo le incumbe

(*) El presente artículo constituye la segunda parte de mi artículo titulado: "La etapa intermedia en el Código Procesal Penal del 2004. Las funciones del Ministerio Público y el juez de la investigación preparatoria", publicado en *Actualidad Jurídica* Nº 157, diciembre del 2006, pp. 133-140.

una función contralora y garantista, en el sentido de cautelar los derechos procesales y constitucionales de las partes, acusando recibo a cualquier manifestación de irregularidad y/o arbitrariedad, que pudiesen cometer los órganos que ejercen la persecución penal y, por otro lado, emitiendo las resoluciones jurisdiccionales que sean pertinentes, cuando se deba restringir, privar y/o limitar los derechos fundamentales de los justiciables con arreglo al artículo VI del Título Preliminar del cuerpo de normas precitado"[1].

Dicho lo anterior, no cabe más que formular la siguiente hipótesis: el nuevo modelo procesal penal acusatorio, ajustado a los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho, supone en esencia la separación nítida entre las funciones decisorias y acusadoras, como la plataforma que otorga la garantía fundamental de todo debido proceso, nos referimos a la "imparcialidad"; en definitiva, no puede asegurarse la vigencia de dicho principio de contenido constitucional, cuando la misma persona que instruye es la que juzga y decide la causa, como sucede en el caso del proceso penal sumario - Decreto Legislativo Nº 124, que a todas luces resulta per se inconstitucional. Ergo, el principio acusatorio supone, según nuestro entender, algo más que el órgano que acusa y que cuenta con la titularidad del ejercicio de la acción penal, sea quien dirija toda la investigación penal desde sus inicios hasta su culminación, tal como lo recogió el legislador en el nuevo CPP. Redefinición de los roles funcionales que se ajusta plenamente a los preceptos constitucionales, que se fijaron a partir de la Carta Magna de 1979. Con ello, despojamos al juzgador de las tareas investigativas o si se quiere decir instructoras, lo que permite su asunción como un "juez de garantías".

En un artículo anterior, vimos la conveniencia de analizar todo lo referente a las funciones que despliega la etapa intermedia en el nuevo CPP; como se sostuvo en dicha ocasión, aquella deja ser un engranaje formalista entre la instrucción y el juzgamiento, para erigirse en un verdadero filtro de selección de aquellas conductas que en realidad merecen pasar a la etapa de juzgamiento desde un doble baremo, a saber: en negativo, desde un aspecto material, cuando la causa que se investiga carece de aquellos elementos que definen al comportamiento humano como "punible", dígase con ello su adecuación en el marco de la tipicidad penal, tanto desde su faz objetiva como subjetiva, a lo cual habrá que sumar la no presencia de preceptos permisivos (causas de justificación), que puedan eliminar la antijuridicidad penal, con el añadido a un análisis a la imputación individual que puede dar lugar a los estados de inexigibilidad seguida de la punibilidad (excusa absolutoria), mas no con respecto a la culpabilidad en sentido estricto, pues ello

(1) Las funciones netamente decisorias solo habrán de tomar cabida propiamente en el etapa de juzgamiento, lo que no es óbice para reconocer que en sede de la investigación preparatoria, deba resolver el a quo una serie de incidencias en lo que respecta a los medios de defensa técnica.

implica que se siga un procedimiento penal especial (seguridad) y, desde un aspecto procesal que la acción penal haya extinguido, de conformidad con las instituciones que se glosan en el artículo 78 del CP, que no se hayan podido recopilar elementos de cognición suficientes de criminalidad, susceptibles de enervar en el juicio el principio de presunción de inocencia o que no exista posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación. De ser así, lo que podrá determinarse judicialmente es un auto de sobreseimiento, previa solicitud del fiscal en ese sentido, resolución que debe tener la calidad de cosa juzgada, según lo dispuesto en los artículos 347 y 348 del nuevo CPP. Empero, la posibilidad de impugnación que se ha previsto en el artículo 347.3, a nuestro entender atenta contra el principio acusatorio, reparos que pueden verse en una monografía anterior(2).

En positivo, tomará lugar cuando el persecutor público ha podido adjuntar suficiente bagaje informativo que puede sostener válidamente en el juzgamiento, el juicio de imputación delictiva, tanto en lo que respecta a la punibilidad de la conducta como a la responsabilidad penal de los imputados. La pertinencia de llevar la causa a juicio oral es precisamente lo que ha de ventilarse en la "audiencia preliminar", tal como se desprende de los artículos: 351 y 352 del nuevo CPP.

Entonces, las siguientes líneas han de apuntar los pasos que el Código ha previsto, con respecto al control de la acusación, cuya fase siguiente constituye el "auto de enjuiciamiento".

II. NOTIFICACIÓN DE LA ACUSACIÓN Y OBJECIÓN DE LOS DEMÁS SUJETOS PROCESALES

La acusación no solo puede significar la formulación del pedido fiscal que necesariamente ha de recalar en un auto de enjuiciamiento, de acuerdo con el aforismo del *nullum acusatione sine iudicium*; en la medida que el resto de sujetos procesales cuentan con el legítimo derecho de pronunciarse sobre los varios aspectos que contiene dicha acusación, en cuanto al cuestionamiento que puedan proponer sobre ciertos defectos de forma o, de ser el caso, aprovechar para instar los mecanismos procesales que juzguen convenientes. Todo ello supone poner en verdadero debate el contenido de la acusación así como la oportunidad a los sujetos procesales de instar instituciones procesales que puedan poner fin a la persecución penal.

El artículo 350.1 del nuevo CPP dispone que la acusación será notificada a los demás sujetos procesales. En el plazo de diez días estas podrán:

(2) PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. y MIRANDA ESTRAMPES, M. "La posición investigadora del Ministerio Público en las reformas del proceso penal en Latinoamérica y Europa Continental". En: *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*. APECC, 2008, cit., pp. 305-311; Así, en mi artículo "La etapa Intermedia en el nuevo Código Procesal Penal", en: *Actualidad Jurídica*. Nº 157, diciembre del 2006.

a) Observar la acusación del fiscal por defectos formales, requiriendo su corrección

Quiere decir esto, que las partes, claro está menos el persecutor público, vean convenientes poner de relieve ciertos errores que hayan de desprenderse del contenido de la acusación; en lo que respecta al nombre completo del imputado, de la víctima (agraviado), de las tipificaciones penales, su *nomen iuris*, etc., advirtiéndose también omisiones, en lo que respecta a la cuantificación del monto por concepto de reparación civil, las penas accesorias (limitativas de derecho); puede ser también el tiempo que el imputado ya se encuentra en carcelería (prisión preventiva), que debe ser descontado para el abono de la pena a imponer. Cuestión muy importante es la distinción de la participación delictiva de los coimputados, en el sentido de identificarse con corrección bajo qué título intervino en los hechos que da lugar a la subsunción jurídico-penal, v. gr. autor inmediato, coautor, autor mediato, cómplice primario o secundario y/o instigador. Si se trata de una organización delictiva, y si este es el fundamento de la agravante, se debe señalar la posición que el agente desempeñaba en el seno de la estructura criminal. No puede dejarse de lado, por tanto, aquellos elementos que determinan las circunstancias modificativas de responsabilidad, tanto aquellas que inciden en una agravación como aquellas que operan como atenuantes; si se presenta un error de tipo o de prohibición vencible, error de comprensión culturalmente condicionado evitable, tentativa, la edad del autor al momento de los hechos (responsabilidad restringida); todo ello se cohesiona con las facultades que se le conceden al fiscal en el artículo IV del Título Preliminar.

Aspecto no de menos importancia es lo relativo a las medidas cautelares, tanto de naturaleza personal como real, si es que se procedió en el marco de la IP a la afectación de un bien mueble, vía un embargo, el monto por el cual se ha fijado la medida precautoria.

Los testigos que ofrezca deben estar debidamente individualizados, por lo que un error en sus nombres puede también ser observado por los sujetos procesales.

b) Deducir excepciones y otros medios de defensa cuando no hayan sido planteados con anterioridad o se funden en hechos nuevos

Resulta en realidad importante que la acción penal que ha sido promovida en el proceso penal revele los elementos suficientes para poder pasar a la etapa de juzgamiento, tanto en su aspecto material como formal. Un principio elemental en esta vía procesal constituye la "reserva procesal penal", pues solo pueden ser objeto de persecución y juzgamiento penal aquellos hechos que revisten apariencia suficiente de criminalidad, en términos de dogmática

penal: el injusto (acción u omisión típica y penalmente antijurídica[3]); de no ser así, estaríamos convalidando persecuciones carentes de todo fundamento material, sobrecargando los tribunales de forma inútil, lo cual también implica que los términos de procesamiento se encuentren vigentes, de que no operen cualesquiera de las formas de extinción de la acción penal que se glosan en el artículo 78 del CP. Si se quiere decir, estaríamos hablando en una etapa de saneamiento del proceso que va mas allá de la instauración del proceso, dando una última oportunidad para que cese la persecución penal estatal.

Por otro lado, también cabe deducir cuestiones previas, cuando se advierta que se ha instaurado la acción penal, pese a no haberse cumplido con una cuestión objetiva de perseguibilidad; no olvidemos que algunos delitos para poder ser denunciados penalmente deben haber satisfecho ciertas condiciones; v. gr., libramientos indebidos, apropiación ilícita, delitos contra los derechos de autor y contra la propiedad industrial, delitos económicos, delitos ambientales, etc. Así, el artículo 7.2 del nuevo CPP, establece que la cuestión previa y las excepciones también se pueden deducir durante la etapa intermedia, siempre y cuando no hayan sido interpuestos con anterioridad o se basen en hechos nuevos, que lógicamente no fueron conocidos por el órgano jurisdiccional.

El inciso *in examine* agrega que puede referirse a otros medios de defensa; serán por ejemplo, las potestades nulificantes, en cuanto a la contravención de una norma de orden procesal y de las garantías fundamentales contempladas en la Ley Fundamental[4]; v. gr., la denuncia de un eminente estado de indefensión, por la ausencia del abogado en la declaración del imputado, la no participación del representante del Ministerio Público en una actuación procesal cuya presencia era obligatoria, la adquisición de evidencias vía una medida restrictiva de derechos, sin haberse contado con autorización jurisdiccional, cuando no se haya informado al testigo pariente (cuarto grado por consaguinidad) de puede abstenerse de rendir su testimonial, se haya denegado de forma arbitraria la interposición de un medio de impugnación, siempre que se haya agotado con interponer el recurso respectivo, etc.

También podrá ser planteada la Recusación del juzgador, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 54 del nuevo CPP, siempre que se interponga dentro de los tres días de conocida la causal que se invoque.

(3) Las cuestiones referidas a la carencia de imputabilidad que pudiese presentar el imputado han de resolverse conforme a los análisis médico-legales que se efectúen en cuanto a la solicitud de las partes, cuyo resultado positivo implica la instauración del proceso de seguridad (Libro Quinto).

(4) No podrán ser considerados en este caso aquellos defectos que consisten en nulidades relativas, en cuanto al saneamiento de irregularidades que no modifique de ninguna manera el desarrollo del proceso ni perjudique la intervención de los interesados, tal como se desprende del artículo 152.2 del nuevo CPP.

c) Solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción o la actuación de prueba anticipada, conforme a los artículos 242 y 243, en lo pertinente

Las medidas de coerción procesal, en mayor medida aquellas que inciden de forma negativa sobre los bienes jurídicos del imputado (naturaleza procesal), serán legítimas siempre que concurran de forma continua los presupuestos de orden formal y material que prevé la codificación procesal al respecto, en tal virtud, los sujetos legitimados, deben contar en todas las etapas del proceso con los mecanismos procesales que puedan rebatir dicha situación jurídica; en el caso del imputado, de que se le revoque la prisión preventiva, la detención domiciliaria o el impedimento de salida del país. Las medidas cautelares, sean de orden real o personal, siguen la regla del *rebuc stic stantibus*, ni bien se diluyen los motivos que justificaron su adopción, estas deben cesar de inmediato; así, el artículo 283 del nuevo CPP, al establecer que el imputado podrá solicitar la cesación de la prisión preventiva y su sustitución por una medida de comparecencia las veces que lo considere pertinente. De igual forma, el persecutor público puede solicitar a la vez la imposición de una medida cautelar, de orden personal, peticionando la adopción de una prisión preventiva o de una detención domiciliaria cuando haya de advertirse que el imputado pueda evadir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria, siempre que se funden en nuevas evidencias y no aquellas que fueron desestimadas por el juzgador en su oportunidad; así también podrá solicitar una comparencia con restricciones, cuando el caso así lo amerite.

A su vez, el fiscal podrá pedir la fijación de una medida de coerción procesal de naturaleza real amén de asegurar el abono de la indemnización provocada por los efectos lesivos del hecho punible. De forma específica, un embargo preventivo sobre los bienes del imputado o del tercero civil responsable, cuando la suma de dinero que se ha pedido por concepto de reparación civil, resulta superior al monto cubierto por la medida asegurativa que se dictó al principio de la investigación preparatoria. Puede que recién en dicho estadio se haya tomado conocimiento de un bien libre o derechos embargables del imputado o del tercero civil. Esta potestad también la tiene el actor civil, con arreglo al artículo 255.1 del nuevo CPP.

Por otro lado, pueden las partes solicitar la actuación de una "prueba anticipada", cuando las circunstancias así lo ameriten; potestad de la que puede hacer uso tanto el persecutor público como la defensa del imputado cuando aparezcan motivos suficientes que hagan inferir el peligro de que se pueda perder la actuación de una prueba por efectos del tiempo; v. gr., ante la enfermedad grave que aqueja a uno de los testigos o ante la imperiosa necesidad del agraviado de salir del país. Así también, con respecto exámenes periciales,

el careo entre las personas que han declarado, siempre que entre estos hayan surgido contradicciones insalvables, reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones que por su naturaleza deben ser considerados actos definitivos e irreproducibles y no sea posible postergar su realización hasta el momento del juicio; todo ello con arreglo al artículo 242.2 del nuevo CPP. Para tales efectos, el solicitante debe cumplir con los presupuestos contemplados en el artículo 243 *(in fine)*.

Definimos entonces a la prueba anticipada como aquella prueba que se actúa antes de la etapa de juzgamiento en razón de ciertas circunstancias (que la ley prevé) que impiden su repetición, pero cuya actuación se ciñe en la medida de lo posible a las reglas y principios del juicio oral, v. gr., recibir la testifical de un testigo que está a punto de fallecer, etc.(5).

d) Pedir el sobreseimiento

Se ha sostenido en otros espacios de opinión que el "sobreseimiento" supone la expedición jurisdiccional, emitida por el juez de la IP, provocando el cese definitivo de la persecución penal, cuando el persecutor público lo ha solicitado así, invocando cualesquiera de las causales contempladas en el artículo 344.2 del nuevo CPP, con arreglo al principio de "reserva procesal penal"; quiere decir esto que la hipótesis *in comento*, implica que no sea el fiscal quien requiera el sobreseimiento, pues ello importa una evidente contradicción, en tanto la fase que se está analizando debe haber pasado previamente por la formalidad de la acusación fiscal; en tal sentido, el mismo funcionario que primero acusa no puede sin más luego solicitar el sobreseimiento de la causa. Aquello sería carente de toda seriedad, inimaginable en una función de tan especial relevancia. Por tales motivos, consideramos que tal facultad quedaría reservada para la defensa del imputado, pero en principio la interposición de dicho mecanismo no se le encuentra legalmente conferido, únicamente al persecutor público; si este quiere incoar el cese de la persecución penal, lo haría conforme a los medios de defensa técnica, en específico, la interposición de una excepción, que daría lugar a un sobreseimiento de la causa, si es positivamente amparada; empero dicha posibilidad ya se encuentra contemplada en el inc. b) del articulado bajo análisis.

No obstante, si partimos de un contenido lato del derecho de defensa, hemos de concebir que la defensa debe contar con una serie de mecanismos e instrumentos que se dirijan a cuestionar no solo la validez de la relación jurídico-procesal (medios de defensa técnica), sino también de dirigirse directamente

(5) PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal.* Editorial Rhodas, Lima, 2007, p. 655.

al juzgador, haciéndole ver que los hechos –objetos de investigación–, no cuentan con un mínimo de indicios de cargo que puedan sostener la imputación delictiva, sea porque no existe cuerpo del delito o porque resulta más que evidente que el imputado no pudo haber cometido el hecho criminoso. Lo que desnudaría, en todo caso, que el fiscal formalizo la IP, pese a que no contaba con los elementos necesarios para hacerlo, de acuerdo al contenido a que se contrae del artículo 336. En opinión de Salinas Sicchia, esta alternativa podrá efectuarse cuando el imputado y su defensa estén convencidos que los medios de prueba recogidos en la investigación preparatoria apoyan su posición en el sentido de que los hechos que se le imputan no constituyen delito, o que él no es autor ni partícipe del delito investigado o, en su caso, corroboran la concurrencia de una causa de justificación plena(6). A nuestra consideración, cuando el imputado lo que alega es la falta de concurrencia de un elemento del injusto, sea de atipicidad o ante la presencia de una causa de justificación, lo que debe hacer es incoar una excepción de improcedencia de acción; en tal medida esta alternativa la debemos reservar para los casos antes mencionados.

e) Instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad

Las fórmulas del consenso, en cuanto vías alternativas al proceso común, constituyen una herramienta esencial para aliviar la sobrecarga procesal, para ejercer filtros de selectividad de aquellos hechos punibles que merecen pasar a la etapa de juzgamiento, como una vía adecuada para morigerar la respuesta punitiva, haciendo del sistema penal un medio eficaz para alcanzar los fines preventivos de la pena. Lo contrario importa privilegiar un cometido meramente retributivo de la sanción, rechazable hoy en día en mérito a la emergente criminalidad que cunde en nuestro país. Ofrecer una respuesta diferenciada conforme al contenido material del injusto típico significa entonces una inmejorable orientación como paliativo de los graves problemas que aquejan la administración de justicia penal, y vaya que los criterios de oportunidad se instituyen en la plataforma de mayor legitimación social y jurídica, para que la causa pueda sobreseer prescindiendo de toda sanción punitiva, a diferencia de otras instituciones procesales alternativas, que sí pueden propiciar justificados reparos.

Se entiende que la aplicación de los criterios de oportunidad puede promoverlos el fiscal ni bien toma conocimiento de la noticia criminal, en los primeros recaudos de las diligencias preliminares, con arreglo a los requisitos de orden material que se contienen en el artículo 2.1 del nuevo CPP, para lo

(6) SALINAS SICCHA, R. "La etapa intermedia en el Código Procesal Penal del 2004". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 174, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2008, p. 147.

cual deberá citar al imputado y al agraviado, con el fin de realizar las diligencias, dejándose constancia en el acta respectiva. De relevancia es que se fije el monto por concepto de reparación civil, a fin de colmar las legítimas pretensiones indemnizatorias de la víctima, tomando en cuenta que el principio de oportunidad tiende a preponderar de forma preferente los intereses jurídicos de la "pareja criminal", tanto del imputado como del agraviado, como una vía adecuada para personalizar el conflicto y dejar de lado una visión en puridad criminalizadora.

Cuando se logra el consenso de las partes, satisfecha la reparación, el fiscal expedirá una disposición de abstención (abstención del ejercicio de la acción penal), lo que supone que no puede ordenar y/o promover una nueva persecución penal por los mismos hechos, según lo previsto en el artículo 2.4 del nuevo CPP. En el caso de que la investigación preparatoria haya sido formalizada, dando con ello inicio al proceso penal, podrá también el fiscal promover los criterios de oportunidad, bajo la salvedad de que el acuerdo debe ser aprobado por el juez de la IP, previa audiencia, dando lugar a un auto de sobreseimiento en aplicación del artículo 2.7 *(in fine)* y, esto es así, en la medida que habiéndose iniciado formalmente el proceso penal, el juzgador asumiendo jurisdicción es el único funcionario con potestades legales para declarar el cese de la persecución (auto de sobreseimiento). Señalando la norma que esta posibilidad puede concretizarse hasta antes de formularse la acusación, quiere decir esto que el plazo límite sería la culminación de la etapa de investigación preparatoria.

Por consiguiente, se extiende positivamente el plazo para que las partes –sea el fiscal, el imputado o el agraviado–, puedan instar la aplicación del principio de oportunidad, permitiendo una salida pacífica al conflicto social producido por el hecho criminoso.

La aplicación de los criterios de oportunidad se encuentran sometidos a una serie de dispositivos legales emitidos por la Fiscalía de la Nación[7], que no solo buscan regular adecuadamente este procedimiento especial, en cuanto a las funciones discrecionales e imperativas que se atribuyen al fiscal, sino también que el persecutor público tenga a su merced mayores fundamentos para promover los mecanismos de consenso con el imputado y la víctima.

f) Ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando la lista de testigos y peritos que deben ser convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados

(7) Ver al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*. Ob. cit., pp. 150-171.

en el curso del debate. Presentar los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos

Resulta importante que los sujetos procesales señalen en detalle el nombre de los testigos y peritos que han de participar en la confrontación adversarial, a efectos de su debida programación y pertinencia, para lo cual deberá indicarse los datos precisos del testigo o del perito, así como los puntos que serán objeto de análisis en el examen que tomara lugar en el juzgamiento, a efectos de evitar intervenciones a todas luces impertinentes de alguno de los sujetos procesales. Punto a destacar es que la facultad descrita en este inciso únicamente ha de recaer en el actor civil, en el imputado y en el tercero civil responsable, en la medida que el fiscal en su escrito de acusación que presentó ante el juez de la IP contaba ya con la obligación de presentar la lista de testigos y peritos, con las indicaciones que se precisan en el dispositivo en cuestión, de conformidad con lo previsto en el inc. h) del artículo 349.1 del nuevo CPP.

Cabe mencionar que también pueden presentarse los documentos que han servir como medios de prueba que serán actuados en el curso del juicio oral o, en su defecto, podrán indicar su localización, sea el lugar donde se encuentran o la persona que lo detenta, a fin de que sean requeridos.

g) Objetar la reparación civil o reclamar su incremento o extensión, para lo cual se ofrecerán los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral

El proceso penal no solo tiene que ver con la búsqueda de la verdad formal que ha de permitir en ciertos casos a la jurisdicción penal, emitir una sentencia de condena, con ello imponer una pena al sujeto infractor de la norma jurídico-penal, siempre y cuando en el desarrollo del juzgamiento los medios de prueba (incriminación), y la teoría jurídica del fiscal hayan podido enervar exitosamente el principio de presunción de inocencia que revestía al acusado, sino que tiene que ver también con la pretensión indemnizatoria que persigue obtener el agraviado (actor civil), en el marco de la resolución final del juzgador, tal como se desprende del artículo 92 del CP. El hecho de que en el proceso penal tenga preponderancia la acción penal, de conformidad con los intereses públicos, que sostiene la persecución ejercida por el Ministerio Público no quiere decir de ningún modo que la acción civil sea una pretensión meramente accesoria. Todo lo contrario, el nuevo CPP se adscribe a una concepción más lata de lo que debemos entender por "tutela jurisdiccional efectiva": de que esta solo puede alcanzarse en tanto la resolución final de la judicatura no solo determine con corrección la situación jurídica del imputado, sea absolviéndolo o condenándolo, sino también de ofrecer una respuesta fundada en Derecho, en lo que respecta a la pretensión reparatoria, de que se fije

un monto por reparación civil proporcional al daño causado por la conducta criminal. Si bien la declaración de responsabilidad civil está condicionada a la imposición de una condena, no es menos cierto que en ciertas circunstancias el juzgador podrá decidirse por pronunciarse sobre dicho aspecto, pese a la expedición de una sentencia absolutoria o de un auto de sobreseimiento, conforme a lo establecido en el artículo 12.3 del nuevo CPP.

El artículo 349.1, establece en su inc. g), que el fiscal en su acusación deberá solicitar el monto de reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado o tercero civil que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo, concordante con el artículo 321.1; quiere decir esto que el persecutor público debe haber cumplido con dicha obligación antes de pasar a la etapa objeto de examen. No obstante, no puede dejarse de lado que a la víctima la ley procesal le reconoce la legitimidad activa sobre el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible, constituida en actor civil de acorde a lo previsto en el artículo 98. Más aún, el artículo 11.1 del nuevo CPP, dispone que si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso, a nuestro entender ello no enerva la atribución conferida en el inc. g) del artículo 349.1.

Según lo dicho, el actor civil o el agraviado tienen la potestad de objetar el monto por concepto de reparación civil fijado, cuando en su opinión el fiscal no ha fijado un *quantum* adecuado, de acorde a las variables que se contienen en el artículo 93 del CP, esto es, sobre el lucro cesante, el daño emergente y el daño moral; por tales motivos, el actor civil puede alegar en un escrito por qué debe incrementarse significativamente la indemnización; para ello empleará los argumentos jurídico-civiles que estime pertinentes.

La extensión ha de referirse a ciertos elementos que han sido prescindidos por el fiscal en su acusación, v. gr., de que la sustracción del vehículo de que fue objeto por parte del acusado le impidieron trabajar su oficio de taxista o que el dinero apropiado ilícitamente estaba destinado al pago de los beneficios sociales de los trabajadores.

Tanto en lo que respecta al incremento y/o extensión de la reparación civil, deberá el actor civil sustentarlo con los medios de prueba adecuados para ello, los que serán actuados en el juzgamiento, por lo que deberá ofrecerlos en su oportunidad a fin de que sean incorporados al debate.

h) Plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio

Este inciso recoge una previsión abierta donde se pueden cobijar todos aquellos aspectos de orden procesal, que pueden ser alegados por los sujetos procesales, que conduzcan a que el juzgamiento pueda alcanzar los fines propuestos, tanto en lo que refiere a la concretización de sus fines como aquellos que

tiendan a resguardar su legalidad. La admisión de los argumentos expuestos están sujetos a una valoración estrictamente jurisdiccional por parte del juez de la IP.

Bajo este apartado podemos incluir los cuestionamientos que las partes puedan levantar sobre los medios de prueba contenidos en la acusación fiscal, sea porque han sido obtenidos en evidente vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales (prueba prohibida), han sido incorporadas al proceso en contravención a los procedimientos previstos en la norma procesal (prueba irregular) o las pruebas resultan manifiestamente impertinentes, puesto que se dirigen a probar hechos que no tienen incidencia alguna con lo que se pretende esclarecer en el juzgamiento(8). Se trata de una fase de depuración de pruebas; máxime si en esta fase se permute a las partes ofrecer pruebas para su actuación en la audiencia del juicio oral.

En palabras de González Navarro, **en referencia al CPP colombiano(9)**, las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resultan inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro modo no requieran prueba(10). En la determinación de la prueba que puede llevarse en el juicio, el juez de garantías está facultado para excluir aquella obtenida con infracción a derechos fundamentales y las partes están habilitadas para acordar convenciones probatorias sobre hechos que no requerirán ser probados luego en el juicio(11). Eso sí, el juzgador de ningún modo podrá decretar la inclusión de ciertas pruebas de oficio, pues de ser así se estaría inmiscuyendo en los fueros funcionales que solo le competen al persecutor público.

1. Convenciones probatorias

El artículo 350.2 dispone que los demás sujetos procesales podrán proponer los hechos que aceptan y que el juez dará por acreditados, obviando su actuación probatoria en el juicio. Asimismo, podrán proponer acuerdos acerca de los medios de prueba que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados. El juez, sin embargo, exponiendo los motivos que lo justifiquen, podrá desvincularse de esos acuerdos; en caso contrario, si no fundamenta especialmente las razones de su rechazo, carecerá de efecto la decisión que los desestime.

(8) Vide, al respecto, CAROCCA PÉREZ, A. *El nuevo sistema procesal penal,* pp. 212-215.

(9) Lo resaltado es mío.

(10) GONZÁLEZ NAVARRO, A.L. *Sistema de juzgamiento penal acusatorio.* Tomo II, p. 841.

(11) BAYTELMAN A., A./ DUCE J., M. *Litigación penal. Juicio oral y prueba*. Universidad Diego Portales, 2004, pp. 46-47.

La acusación fiscal recoge un relato fáctico, proposiciones fácticas que construye el persecutor público conforme a la teoría del caso que pretende dar por acreditado en el juzgamiento. Cuestiones de hecho que ajustadas a los preceptos jurídico-penales dan lugar de forma abstracta al juicio de tipicidad y de antijuridicidad penal que haya de convenir probados por el tribunal decisorio. El acusado sin necesidad de acogerse a una confesión, puede aceptar ciertos hechos aludidos en la acusación. Empero los hechos que son aceptados por el acusado no deben ser aquellos que hayan de determinar la acreditación del hecho punible o su responsabilidad penal, pues aquellos han de ser debatidos necesariamente en la etapa de juzgamiento, no se puede en una etapa previa pretender prescindir su actuación, en resguardo del principio de preclusión procesal.

Seguidamente, se reconoce a los sujetos procesales lo que hemos de denominar como "convenciones probatorias"[(12)], en el sentido de que las partes puedan ponerse de acuerdo acerca de aquellos medios probatorios que hayan de estimarse como fundamentales para la acreditación de ciertas proposiciones fácticas. ¿Quiénes serían los que pueden hacer uso de estas convenciones? El acusado, el actor civil y el tercero civil responsable. En realidad, pese a que la contradicción entre las pretensiones del acusado y del actor civil debería consistir solo en que mientras el imputado dirige su argumentación a la probanza de su inocencia, el actor civil sustenta la responsabilidad civil de aquel, no es menos cierto que para ello se remite al contenido punitivo del proceso. Tal vez entre el acusado y el tercero civil responsable puedan darse estos acuerdos, tomando en cuenta que apuntan a un mismo objetivo: refutar la hipótesis incriminatoria del fiscal. Inclusive podría darse entre el fiscal y el imputado, de convenir la probanza de determinadas circunstancias, que en definitiva no suponen una admisión de culpabilidad. Por ejemplo, de que la muerte de la víctima fue causada por una conducta humana y no por su propia mano (suicidio).

Las convenciones probatorias que hayan podido acordar los sujetos procesales se encuentran sometidas a un filtro de valoración jurisdiccional, en el sentido de que el juez de la IP podrá desvincularse de dichos pactos; para ello deberá fundamentar debidamente su oposición. Si el juez de la investigación preparatoria no cumple con expresar las razones o fundamentos que le llevan a rechazar el acuerdo de las partes, carecerá de efecto la decisión que los desestime y, en consecuencia, el acuerdo se tendrá por aprobado[(13)].

(12) Vide, al respecto, GÁLVEZ VILLEGAS y otros. *El Código Procesal Penal.* Jurista Editores, 2008, pp. 700-701; CAROCCA PÉREZ, A. Ob. cit., p. 215. En la doctrina colombiana, se hace alusión a las llamadas "estipulaciones probatorias", que a decir de González Navarro son los acuerdos celebrados entre la fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno algunos de los hechos o sus circunstancias; *Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio*. Tomo II, Editorial Leyer, Bogotá, p. 841.

(13) SALINAS SICCHIA, R. Ob. cit., p. 148.

Consideramos que la facultad que se confiere a los sujetos procesales en el presente articulado es en realidad limitada, en vista de la naturaleza adversarial que caracteriza al proceso penal.

Ahora bien, una proposición probatoria así concebida puede dar lugar a ciertos reparos. En la doctrina española, Montero Aroca apunta que con carácter general los hechos afirmados por una parte y admitidos por la contraria, o los afirmados por las dos partes, no quedan excluidos de la prueba. La distinción entre hechos controvertidos y hechos no controvertidos no puede aplicarse en el proceso penal, pues si así fuera las partes podrían disponer del objeto del proceso y, por tanto, de la aplicación del Derecho Penal en el caso concreto(14). Es de verse que el principio acusatorio determina que la resolución jurisdiccional solo puede ser producto del debate contradictorio que haya de surgir entre las partes, conforme al material probatorio a ser actuado en el juzgamiento; a partir del principio de inmediación el juzgador está en condición de dar valor a aquellos y así determinar su juicio decisorio con base en lo que escucho y conoció. Cuestión distinta se desprende de la conformidad, de la adhesión de los cargos criminales por parte del acusado, cuando se produce su examen en sede de juicio oral o del proceso de terminación anticipada del proceso, cuando se negocia la imputación delictiva. Lo contrario significaría que las partes puedan disponer de los hechos controvertidos, facultad que en definitiva no tiene el fiscal, pues este no actúa en base a un derecho propio(15). Parece que la necesidad de hacer más dinámico y efectivo el juzgamiento propicia mayores ámbitos de aplicación del principio dispositivo en el proceso penal.

III. LA AUDIENCIA PRELIMINAR

La audiencia preliminar es de suma importancia, pues en ella se acumulará toda la información recogida en la fase de investigación, así como el debate preliminar sobre los actos conclusivos de la investigación que podrán hacer los sujetos procesales(16). En esta audiencia se debatirá sobre la procedencia o admisibilidad de las pretensiones planteadas, es decir, si existe legitimidad para plantear las pretensiones punitivas (si no ha prescrito la acción, si el hecho efectivamente

(14) MONTERO AROCA, J. *Proceso (Civil y Penal). Garantía*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, Ob. cit., p. 539.

(15) El *ius puniendi*, la potestad punitiva; es una facultad que recae sobre la esencia misma del Estado de imponer sanciones (penas), a todos aquellos que quebrantan las bases mínimas del contrato social, cuando los asociados con su quehacer conductivo lesionan los bienes jurídicos fundamentales, que solo puede adquirir plasmación concreta en el marco de un proceso penal, cuya aplicación reposa únicamente en la majestad de administrar justicia, si es que conforme al principio de legalidad aparecen todos los presupuestos de punibilidad. En cambio, el fiscal solo asume una posición procesal, es quien requiere la pena al juzgador, pretensión que no es vinculante para este último.

(16) CÁCERES J., R.E/ IPARRAGUIRRE N., R.D. *Código Procesal Penal comentado*. Jurista Editores, 2005, p. 400.

es delictivo y punible), las pretensiones resarcitorias (si el actor civil es el legitimado para ejercitarla, si no se ha transado o reparado el daño) y las pretensiones vinculadas con las consecuencias accesorias (si existe un patrimonio criminal que deba ser objeto de decomiso o si es procedente la imposición de medidas a las personas jurídicas)[17].

En resumidas cuentas, la audienciapreliminar despliega un rol importante, en orden de a fijar el objeto principal y accesorio del proceso, de que el juez pueda escuchar a las partes en una audiencia, para resolver todas aquellas incidencias que hayan sido propuestas por los sujetos procesales, así como de subsanar aquellas deficiencias y/o errores que pueda presentar la acusación fiscal. Todas estas peticiones deberán ser resueltas de forma inmediata, para poder paso al sobreseimiento de la causa o dando luz verde a la emisión del auto de enjuiciamiento.

1. **Presentados los escritos y requerimientos de los sujetos procesales o vencido el plazo fijado en el artículo anterior, el juez de la investigación preparatoria señalará día y hora para la realización de una audiencia preliminar, la que deberá fijarse dentro de un plazo no menor de cinco días ni mayor de veinte días. Para la instalación de la audiencia es obligatoria la presencia del fiscal y el defensor del acusado. No podrán actuarse diligencias de investigación o de prueba específicas, salvo el trámite de prueba anticipada y la presentación de prueba documental, para decidir cualquiera de las solicitudes señaladas en el artículo anterior, la que deberá fijarse dentro de un plazo no menor de cinco días ni mayor de veinte días. Para la instalación de la audiencia es obligatoria la presencia del fiscal y el defensor del acusado. No podrán actuarse diligencias de investigación o de prueba específicas, salvo el trámite de prueba anticipada y la presentación de prueba documental, para decidir cualquiera de las solicitudes señaladas en el artículo anterior.**

Entonces, habiendo tenido los sujetos procesales la oportunidad de pronunciarse sobre los diversos aspectos que se hacen alusión en el artículo 350, en cuanto al cuestionamiento sobre el contenido de la acusación, la interposición de medios de defensa, así como diversos elementos de prueba, el juez de la IP deberá fijar fecha y hora, para la realización de la audiencia preliminar a la cual deberán asistir todos los sujetos procesales involucrados, siendo la presencia del fiscal obligatoria, en la medida que aquel funcionario es el encargado de sostener su acusación en el juicio, por lo que a él le incumbe todos aquellos elementos que hayan de repercutir en ello; máxime, si el acusado puede que haya interpuesto una excepción de orden perentoria o la aplicación de los criterios de oportunidad, cuya procedencia

(17) GÁLVEZ VILLEGAS, T.A. y otros. Ob. cit., p. 703.

requiere de la intervención del persecutor público como representante de la sociedad y ente promotor de los acuerdos.

Este precepto lo que viene a hacer es privilegiar la "oralidad" en todas las etapas del proceso;, con ello, los principios de inmediación y de celeridad procesal.

2. La audiencia será dirigida por el juez de la investigación preparatoria y durante su realización, salvo lo dispuesto en este numeral, no se admitirá la presentación de escritos.

El juzgador, como moderador de los debates en el desarrollo de las audiencias y como sujeto imparcial, es el órgano directriz de la "audiencia preliminar", contando para ello con facultades de control y sanción necesarias para que la audiencia pueda llegar a buen puerto. Si se pretende seguir las pautas que rigen la caracterización oral de este tipo de audiencias, ha de rechazarse la presentación de escritos, que a la postre lo único que generan es una delación indebida de las causas penales, que es aquello que el nuevo CPP quiere precisamente atacar de forma medular.

3. Instalada la audiencia, el juez otorgará la palabra por un tiempo breve y por su orden al fiscal, a la defensa del actor civil, así como del acusado y del tercero civilmente responsable, los que debatirán sobre la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida. El fiscal podrá en la misma audiencia, presentando el escrito respectivo, modificar, aclarar o integrar la acusación en lo que no sea sustancial; el juez, en ese mismo acto, correrá traslado a los demás sujetos procesales concurrentes para su absolución inmediata.

La fase descrita es aquella donde las partes, sobre la base de su alegación oral, pretenden dar por veraces los argumentos que proponen al juez de la IP, conforme a lo solicitado, según las alternativas que se refunden en el artículo 350.1 del nuevo CPP; primero se dará la palabra al solicitante, quien sustentará su versión de lo que pretende dar por acreditado, para lo cual expondrá las proposiciones fácticas que se ajustan a su teoría del caso, en cuanto medio de defensa u otro mecanismo refiera, para luego de escuchado al solicitando, conceder el uso de la palabra a la parte contraria. Si fue la defensa del imputado quien está instando un critério de oportunidad, trasladar lo solicitado al fiscal, para que dé su opinión al respecto, sea conviniendo su procedencia o rechazándola; seguidamente se corre traslado al actor civil, quien deberá pronunciarse sobre su parecer conforme a lo peticionado. Por tales motivos, se inicia el debate contradictorio con arreglo a las versiones que cada parte alega, la parte solicitante de acreditar lo dicho y la parte confrontante de refutar y/o desvirtuar su procedencia, de conformidad con las proposiciones fácticas que cada una de ellas propuso en su escrito de defensa.

Para estos efectos, será el juzgador el que deberá conducir el debate, sin que ello importe su intervención directa en los puntos en discusión.

Acto seguido, se permite que el fiscal pueda modificar, aclarar o integrar aquellos aspectos de la acusación que no estén claros o aquellos que deba variar en vista de las objeciones –que con sostén–, le hace ver la parte interesada, sin que ello pueda significar la inclusión de un relato fáctico que pueda incidir en una tipificación penal diversa de aquellas que fueron objeto de la formalización de la IP, al margen de las facultades con que cuenta el persecutor público, según lo dispuesto en el artículo 349.2[18] del nuevo CPP, de ser así se estaría afectando los derechos de defensa y contradicción del acusado.

IV. DECISIONES ADOPTADAS POR EL JUEZ DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA, EN EL MARCO DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR

Una vez que el juzgador ha recogido de forma oral las pretensiones de las partes, concretizadas en el debate que toma lugar, según lo previsto en el artículo 351 del nuevo CPP, este, con arreglo al principio de inmediación, deberá resolverlas a fin de fijar las consecuencias jurídicas aplicables, que en algunos casos podrá desencadenar el sobreseimiento de la causa, mediando una resolución debidamente motivada y, en otros casos, devolverá la acusación al fiscal, para que procesa a efectuar las aclaraciones, subsanaciones y/o aclaraciones que el juzgador juzgue pertinentes.

El artículo 352.1 a la letra dispone lo siguiente: "Finalizada la audiencia el juez resolverá inmediatamente todas las cuestiones planteadas, salvo que por lo avanzado de la hora o lo complejo de los asuntos por resolver, difiera la solución hasta por cuarenta y ocho horas improrrogables. En este último caso, la decisión simplemente se notificará a las partes"; quiere decir esto que el órgano jurisdiccional cuenta con dos alternativas, a saber: puede resolver de inmediato las cuestiones propuestas por lo sujetos procesales; o, que en vista de la complejidad del asunto, decida postergar su decisión, con un máximo de cuarenta y ocho horas. Decisión esta última que no es susceptible de ser impugnada, puesto que solo será notificada a las partes para su conocimiento.

Entonces, las decisiones a adoptar son las siguientes:

(18) Imputación delictiva con base en los principios jurídico-penales de alternatividad y/o subsidiariedad, en cuanto a un conflicto aparente de normas, juicio de interpretación normativa que habrá de conducir a un juicio de adecuación típica, que ajuste los hechos (relato fáctico) contenidos en el caso, en un tipo penal concreto, pues solo uno de ellos resulta aplicable, al revelar un contenido más preciso del injusto, en lo que respecta a ciertos elementos de composición típica que lo hace especial con respecto al otro o, al cubrir en mejor medida las características que se revelan del hecho objeto de incriminación.

1. Si los defectos de la acusación requieren un nuevo análisis del Ministerio Público, el juez dispondrá la devolución de la acusación y suspenderá la audiencia por cinco días para que se corrija el defecto, luego de lo cual se reanudará. En los demás casos, el fiscal, en la misma audiencia, podrá hacer las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que corresponda, con intervención de los concurrentes. Si no hay observaciones, se tendrá por modificado, aclarado o saneado el dictamen acusatorio en los términos precisados por el fiscal; en caso contrario resolverá el juez mediante resolución inapelable el juez dispondrá la devolución de la acusación y suspenderá la audiencia por cinco días para que se corrija el defecto, luego de lo cual se reanudará. En los demás casos, el fiscal, en la misma audiencia, podrá hacer las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que corresponda, con intervención de los concurrentes. Si no hay observaciones, se tendrá por modificado, aclarado o saneado el dictamen acusatorio en los términos precisados por el fiscal; en caso contrario resolverá el juez mediante resolución inapelable.

En este supuesto se hace alusión a aquellas cuestiones en que las partes hayan observado la acusación fiscal por defectos formales[19], que son pasibles de ser subsanados, v. gr., si se ha omitido pronunciarse sobre el monto de la indemnización civil o no se ha tomado en cuenta el tiempo que se encuentra el imputado sufriendo carcelería preventiva, a efectos del descuento final, que debe tomarse en cuenta para el cómputo de la pena privativa de libertad, no se ha identificado debidamente a los agraviados, etc. Para tales efectos, el juzgador devolverá al persecutor público la acusación, para que este último proceda a las subsanaciones y/o correcciones que sean necesarias, por el plazo de cinco días, siempre que aquella actuación funcional requiera de una valoración pormenorizada, pues si se trata de defectos mínimos, que no importan mayor análisis, por ejemplo, de haberse equivocado en la numeración del articulado del tipo penal –objeto de acusación–, la corrección la efectuará el fiscal en la misma audiencia, esto es, de forma inmediata, sin mayor trámite, con intervención del resto de sujetos procesales, a fin de cautelar el derecho de defensa.

En el supuesto de que no se hayan interpuesto observaciones, o habiendo el fiscal procedido a la corrección y/o variación correspondiente, se tendrá por modificado, aclarado o saneado el dictamen acusatorio según el contenido de la acusación, previsto en el artículo 349.1, lo que implica que se estaría dando luz verde al requerimiento fiscal para seguidamente emitir el auto de enjuiciamiento. Si es que aún se presenta objeciones por alguna de las partes, no obstante que el fiscal procedió a aclarar el planteamiento del sujeto procesal, el juez de la IP deberá

(19) Así, SALINAS SICCHA, R. Ob. cit., p. 148.

resolverlo mediando resolución inapelable. Dicha potestad de la judicatura no puede suponer la sustitución de las labores requirentes, que únicamente recaen sobre el persecutor público, por lo que debe tratarse de aspectos que no incidan en el planteamiento sustancial de la acusación.

En la doctrina nacional se ha planteado que ante defectos insubsanables el fiscal pueda retirar la acusación, por lo que se señala que no está impedido de hacerlo, puesto que no resulta razonable que llegue a juicio oral cargando con estas deficiencias de la acusación que permiten avizorar que se trate de una causa perdida; claro que ello podrá suceder en caso de que el juez no sobresea la causa pese a los defectos advertidos[20]. No encontramos reparo a ello, mas aquello supondría una suerte de incoherencia para con la propia función fiscal, de borrar con la mano izquierda aquello que formuló con la mano derecha. A nuestra opinión, en el caso de que el fiscal no subsane debidamente los defectos advertidos, el juez de la IP podrá inclinarse por dictar el auto de sobreseimiento de la causa. En el CPPCH se ha previsto que si el fiscal no subsana los defectos en un plazo perentorio de cinco días, el juez deberá decretar el sobreseimiento definitivo de la causa (art. 270, inc. 3)[21].

2. De estimarse cualquier excepción o medio de defensa, el juez expedirá en la misma audiencia la resolución que corresponda. Contra la resolución que se dicte, procede recurso de apelación. La impugnación no impide la continuación del procedimiento.

Como se sostuvo en el apartado correspondiente, la defensa tiene la potestad de interponer los medios de defensa técnicos que juzgue convenientes a fin de generar el cese definitivo de la persecución penal, tal como se desprende del inc. b) del artículo 350 del nuevo CPP. Ante tal solicitud, el juzgador tiene dos alternativas: declararla fundada, si es que estima procedente una excepción de prescripción de la acción penal o de improcedencia de acción, por ejemplo, o, en su defecto declararla infundada, cuando a su parecer la petición no se adecua al supuesto de hecho contenido en la norma material y/o procesal.

La resolución que se expida al respecto resulta impugnable en ambos efectos, que será resuelto por el superior jerárquico; trámite que se seguirá sin suspender el principal, es decir, sin efectos suspensivos, de común idea con lo previsto en el artículo 9 *(in fine)*. En el caso de un proceso con pluralidad de imputados, si la excepción solo es amparada con respecto a uno de ellos, por tratarse de una causal estrictamente personal, el proceso deberá continuar por el resto de procesados.

(20) GÁLVEZ VILLEGAS, T.A. Ob. cit., p. 704.

(21) CAROCCA PÉREZ, A. Ob. cit., pp. 206-207.

3. El sobreseimiento podrá dictarse de oficio o a pedido del acusado o su defensa cuando concurran los requisitos establecidos en el numeral 2) del artículo 344, siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba. El auto de sobreseimiento observará lo dispuesto en el artículo 347. La resolución desestimatoria no es impugnable siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba. El auto de sobreseimiento observará lo dispuesto en el artículo 347. La resolución desestimatoria no es impugnable.

En el marco de un debido proceso sujeto al principio de legalidad material rige el principio de "reserva procesal penal"; aquello quiere decir que solo pueden ser objeto de juzgamiento aquellos hechos que revelen un contenido de injusto penal y de responsabilidad, en cuanto una acción u omisión típica, antijurídica que se le pueda atribuir a un sujeto que no lo haya cometido en un estado de inexigibilidad, mediando las condiciones que el tipo penal exige para el merecimiento y necesidad de pena (punibilidad) o no concurriendo aquellas que suponen causas supresoras de punición (excusa absolutoria), tal como se desprende de las causales que el legislador ha compaginado en el artículo 344.2 del nuevo CPP.

Vayamos a ver si es que es la defensa del acusado o de motu proprio el imputado, quien ha solicitado el sobreseimiento, que ha de ceñirse a aquellos supuestos que no pueden derivarse de las excepciones de improcedencia de acción, de prescripción de la acción penal, de cosa juzgada y de amnistía, pues de ser así tendría que haberse procedido conforme el numeral anterior. Tomaría lugar cuando se advierte una evidente insuficiencia probatoria de cargo y cuando se infiera razonablemente que no existe posibilidad de que se pueden incorporar nuevas evidencias a la investigación que pueda sostener válidamente la acusación fiscal; así se infiere de la misma redacción normativa *in examine*. Empero, ello implica a su vez, que el fiscal, no obstante haber podido advertir aquello, emitió el requerimiento.

Puede que el sobreseimiento sea producto de una decisión que el juzgador adopte de oficio, lo cual parece ajustarse a la idea de que el juez es el primer garante de la legalidad material, de que la sentencia de condena parta de la valoración de una conducta que cumple con la propiedad de constituir un injusto culpable y, en algunas oportunidades, punible. Ello ha de manifestarse también en el sentido de que un modelo procesal acusatorio, donde la imparcialidad es un dictado esencial, signifique que el juzgador no pueda estar obligado al amparo de la pretensión punitiva del fiscal, cuando de los actuados se deduzca claramente que el hecho no cuenta con los elementos suficientes de sustantividad que se necesitan para poder imponer una pena; por tales motivos, en sede penal, a diferencia del proceso civil (principio dispositivo), el juez puede tomar decisiones sin que una

de las partes la haya propuesto. Facultad de relevancia en un sistema penal que pretende racionalizar la respuesta penal y reservarla solo para las causas que así lo ameriten. Bajo esta premisa, el juez puede sobreseer la causa, por motivos de atipicidad (objetiva y/o subjetiva), presencia de un precepto permisivo (causas de justificación), ante la concurrencia de un estado de disculpa, falta de un elemento de punibilidad, prescripción de la acción penal o ante insuficiente acervo probatorio de incriminación, bajo el entendido de que dichas hipótesis no han sido invocadas por la defensa a través de una excepción, no resultaría congruente que luego de haberla rechazado se tomen los mismos fundamentos para declarar de oficio el cese de la persecución penal.

Ahora bien, se dice que el auto de sobreseimiento deberá seguir lo dispuesto en el artículo 347, lo que implica que este debe contener los elementos que allí se exponen y que en principio este tiene carácter "definitivo", lo que implica el archivo inconmovible de la causa, por lo que se procederá al levantamiento de todas las medidas coercitivas, personales y reales, que se hubieran impuesto contra el imputado y el tercero civil responsable. Resolución que tiene que haber adquirido la calidad de cosa juzgada, pues como bien señala la norma en su inc. 2), este auto puede ser impugnado solo cuando se amparó el pedido de sobreseimiento o este fue declarado de oficio, mas cuando el pedido es desestimado, dicha decisión no puede ser impugnada.

4. La admisión de los medios de prueba ofrecidos requiere:

a) Que la petición contenga la especificación del probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso.

b) Que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil. En este caso, se dispondrá todo lo necesario para que el medio de prueba se actúe oportunamente en el juicio. El pedido de actuación de una testimonial o la práctica de un peritaje especificará el punto que será materia de interrogatorio o el problema que requiere explicación especializada, así como el domicilio de los mismos. La resolución que se dicte no es recurrible.

De conformidad con lo previsto en el inc. f) del artículo 350.1, los sujetos procesales tienen el derecho de ofrecer pruebas para el juzgamiento, en cuanto a testimoniales y dictámenes periciales, que desea sean incorporadas al debate para mejor esclarecimiento de la causa. Para que su pedido sea admitido, requiere precisar en detalle qué es lo que se espera obtener con dichas pruebas, según la naturaleza del caso, v. gr, si de está procesando un delito de enriquecimiento ilícito, la pericia contable de parte se destinaría a desvirtuar la pericia de oficio, en lo que respecta al desbalance patrimonial, así como la testimonial de un testigo, amén de acreditar la tesis de la defensa, de que este no pudo estar presente en el lugar de los hechos luctuosos. Prueba pertinente, escribe Jauchen, es aquella que de alguna

manera hace referencia al hecho que constituye el objeto del proceso. La referencia puede aludir al hecho que constituye el objeto del proceso, como corroborante de su existencia, inexistencia o modalidades(22).

En resumidas cuentas, la procedencia de los medios probatorios se sujeta a los principios de relevancia, pertenencia, idoneidad y/o suficiencia.

Ahora bien, señala el dispositivo que la práctica de la prueba testimonial así como de la prueba pericial debe señalar en concreto, en que se basará el interrogatorio o el problema que se pretende presentar de forma técnica, lo que debe corresponderse con los aspectos antes mencionados. Aquello que se quiere obtener con la prueba testimonial debe reflejarse en el contenido del interrogatorio, así como los resultados que se pretenden alcanzar con la actuación del examen pericial.

La admisión o denegación de la "proposición probatoria" no puede ser objeto de impugnación, lo que es razonable; a contrario sensu, se generaría una delación innecesaria del inicio del juzgamiento. Se supone que esta facultad de prueba debe ser excepcional bajo el comprendido de que las partes pudieron hacerlo en todo el transcurso de la investigación preparatoria. Máxime, si de acuerdo a lo establecido en el artículo 373.1, luego de la apertura del juicio las partes pueden ofrecer nuevos medios de prueba bajo las excepciones que en dicho articulado se detallan.

5. La resolución sobre las convenciones probatorias, conforme a lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 350, no es recurrible. En el auto de enjuiciamiento se indicarán los hechos específicos que se dieren por acreditados o los medios de prueba necesarios para considerarlos probados.

Como se dijo en su momento, el código permite a las partes proponer acuerdos acerca de los medios de prueba que se estimen necesarios, para que determinados hechos se estimen probados (convenciones probatorias); v. gr., que determinada pericia acredita la preexistencia del bien mueble, etc.; siempre y cuando aquellos hechos no sean los que sustenten la imputación delictiva, pues estos constituyen el debate central de las proposiciones fácticas que han de ser debatidas en el juzgamiento.

Dicho lo anterior, se establece que las convenciones probatorias no pueden ser objeto de impugnación, aquellas que han sido admitidas por el juzgador, así también cuando el órgano jurisdiccional se desvincula de los acuerdos.

Finalmente, se ha puesto de relieve que en el auto de enjuiciamiento se deberá consignar las convenciones probatorias, que han sido conformadas por las partes, concordante con lo dispuesto en el inc. c) del artículo 353.1 *(in fine)*.

(22) JAUCHEN, E.M. *La prueba en materia penal,* p. 22.

6. La decisión sobre la actuación de prueba anticipada no es recurrible. Si se dispone su actuación, esta se realizará en acto aparte conforme a lo dispuesto en el artículo 245, sin perjuicio de dictarse el auto de enjuiciamiento. Podrá dirigirla un juez si se trata de juzgado penal colegiado.

La práctica de prueba anticipada resulta fundamental para poder garantizar los efectos cognoscitivos de un medio probatorio, que por circunstancias excepcionales no puede ser actuado en sede del juicio oral, por lo que a fin de ser valorado por el juzgador, requiere de ser sometido a dicha institución procesal. Entonces, si se dispone su actuación, conforme a lo establecido en los artículos 242 al 244 del nuevo CPP, esta deberá realizarse con arreglo a lo estipulado en el artículo 245, en una audiencia que se desarrollará en acto público y con la necesaria participación del fiscal y del abogado defensor del imputado. Dicha práctica ha de efectuarse sin perjuicio de que se dicte el auto de enjuiciamiento, sin duda, su desarrollo no tiene por qué afectar el transcurso normal del proceso.

La dirección de la audiencia de la prueba anticipada, puede recaer en un juzgado penal o en un juzgado penal colegiado; de ser dirigida por el último de los mencionados, su dirección será designada a uno de los jueces que lo conforma.

V. EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO

El nuevo CPP se edifica sobre la base del modelo acusatorio, ello quiere decir, que las tareas de persecución y de decisión deben encargarse a funcionarios estatales distintos, las actividades propias de dirección material (investigativas) del proceso son asignadas al fiscal como director de la investigación preparatoria, mientras que las que dirimen la controversia reposan en las facultades jurisdiccionales que la Ley Fundamental y las leyes le confieren a los órganos que administran justicia en nuestro país. Según dicha división de funciones, es que se puede garantizar en toda su esencia el principio de "imparcialidad", consustancial a la idea de un debido proceso, conforme a la: Constitución. A decir de Binder, un código de procedimientos será inconstitucional toda vez que le otorgue a los jueces tareas que son esencialmente incompatibles con la misión que le asigna la Constitución: "La tarea de investigar, por ejemplo, es incompatible con la de juzgar; por más que una y otra sean ejercidas por jueces diferentes"[(23)].

En puridad, el modelo escogido por el legislador apunta a una plena distinción entre los órganos requirentes y decisorios, no solo estrictamente funcionales sino, sobre todo, institucionales, como máxima garantía que ha de revestir el Estado de Derecho a la administración de justicia penal. Como significado político-criminal, que pretende imbricarse en la idea de un sistema ideado sobre una base humanista,

(23) BINDER, A. *Introducción al Derecho Procesal Penal,* p. 317.

de control e interdicción a la arbitrariedad pública, lo que no podría lograrse si es que el órgano jurisdiccional sigue concentrando innumerables poderes, tal como se concibe en un modelo más inclinado al inquisitivo, pero en un modelo acusatorio, lo que se desea es que el juzgador no se parte del litigio (debate adversarial), para ello no puede inmiscuirse ni en la investigación ni en el ámbito de la acusación (forzamiento). La decisión de pasar la causa a juzgamiento, nunca puede quedar en manos de los órganos de justicia, pues con ello se afectaría gravemente la división de poderes, configurándose un poder que no se condice con el ejercicio de la persecución penal en un orden democrático de derecho.

Principio acusatorio, por lo tanto, significa que la acusación es una función exclusiva del órgano requeriente, que viene a recoger la síntesis de lo actuado en la IP, en lo que concierne a los objetivos que se contienen en el artículo 321 del nuevo CPP y si esto es así se supone que el fiscal ha podido adjuntar suficiente prueba de cargo, con la suficiente virtualidad argumentativa para poder acreditar la teoría del caso (hipótesis de incriminación), en la etapa del juzgamiento, mediando su actuación bajo los principios inherentes a un debido proceso. Solo así, luego de que la acusación haya pasado por el filtro de la audiencia preliminar, es que el juzgador podrá emitir el auto de enjuiciamiento, siguiendo el dictado del *nullum acusatione sine iudicium*.

Dicho lo anterior podemos decir con propiedad que el auto de enjuiciamiento constituye aquella resolución estrictamente jurisdiccional que toma lugar cuando el fiscal ha formulado exitosamente su acusación, definiéndose en dicha resolución los delitos que serán materia de juzgamiento, los imputados que adquieren la calidad de acusados, los medios de prueba que ha sido admitidos así como todas aquellas incidencias que resulten necesarias incluir para el normal desarrollo del debate, que ha de concretizarse en la etapa del juzgamiento. En otras palabras: el auto que formalmente se pronuncia por el inicio del juicio oral.

Para Sánchez Velarde, el auto superior de enjuiciamiento es aquella resolución judicial que da inicio formal a la fase de juicio oral en el procedimiento ordinario y que expresa la necesidad de verificar todos los supuestos formales que aparecen en la acusación escrita del Ministerio Público. En este sentido, constituye una resolución de verificación o filtro respecto de los datos contenidos en la acusación referidos al delito, los acusados, los testigos y peritos que deben concurrir a la audiencia, las diligencias que se pueden realizar previamente, entre otras; y también de los pedidos hechos por las partes en la etapa intermedia para el ofrecimiento de pruebas[24].

(24) SÁNCHEZ VELARDE, P. *Manual de Derecho Procesal Penal,* pp. 560-561.

El auto de apertura de juicio oral expresa, en definitiva, que se celebrará el juicio oral por los hechos que en el mismo se exponen, frente a las personas que aparecen en él como acusadas(25).

Se trata de establecer los hechos que deberán ser materia del juicio oral, es decir, de aquellos que son enjuiciados y respecto de los cuales se deberá pronunciar la sentencia definitiva, de absolución o condena, que, por otra parte, son los únicos sobre los que podrá recaer la prueba, sin perjuicio de que existan excepciones al respecto(26).

En resumidas cuentas, el auto de enjuiciamiento viene a sujetar el ámbito probatorio que ha de tomar lugar en el juzgamiento, en cuanto al acervo probatorio que será objeto del debate contradictorio, en consonancia con los tipos legales que sostienen la hipótesis de incriminación que pretende acreditar el fiscal y, a su vez, los medios de prueba que la defensa ha incluido para refutar las proposiciones fácticas formuladas por la acusación. Mas es de verse que las tipificaciones penales que son recogidas en dicho auto, en correspondencia con el contenido de la acusación fiscal, no son per se vinculantes para el juzgador decisorio de la causa, en tanto, es este último quien aplica el derecho material, conforme los relatos fácticos que las partes proponen en el acto del juzgamiento, es decir, este puede desvincularse de la tesis de la acusación, siempre y cuando se le haya otorgado a las partes asumir su defensa y contradicción de los nuevos tipos incriminados (o circunstancias agravantes), con las excepciones que serán observadas en la Sección III del Libro Tercero.

1. Resueltas las cuestiones planteadas, el juez dictará el auto de enjuiciamiento. Dicha resolución no es recurrible

Previamente a que el juzgador dicte el auto de enjuiciamiento, debe haber resuelto en su totalidad las incidencias procesales que fueron planteadas por los sujetos procesales en la etapa Intermedia, indispensable para dar por saneada la acusación fiscal. Si en principio la acusación fiscal que da origen al auto de enjuiciamiento no resulta impugnable, tampoco ha de serlo el segundo de los nombrados, en el entendido que constituye una decisión que viene a acoger el pedido del persecutor público, por lo que debe reflejar su contenido de que la causa pase a juzgamiento (*nemo iudex sine actore*); por tales motivos dicha resolución jurisdiccional no puede ser conmovida, de no ser así se estaría afectando el principio acusatorio. Tan importante es dicho auto que al advertirse omisiones evidentes pueden desencadenar la nulidad del juicio oral. Así, en la siguiente ejecutoria, se señala lo siguiente: "El auto de enjuiciamiento es el acto procesal fundamental

(25) RIFÁ SOLER; J.M. y otros. *Derecho Procesal Penal,* p. 604.

(26) CAROCCA PÉREZ, A. Ob. cit., pp. 210-211.

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 a los delitos, encausados y agraviados que fueron materia de denuncia fiscal, del auto de apertura de instrucción y sus ampliatorios; asimismo, debe cumplir la función programática de juzgamiento para garantizar la eficiencia del resultado del proceso, para de esta manera evitar causales de nulidad"[27].

2. El auto de enjuiciamiento deberá indicar, bajo sanción de nulidad

a) El nombre de los imputados y de los agraviados, siempre que en este último supuesto hayan podido ser identificados; el principio de identidad personal resulta fundamental para que las consecuencias jurídicas del juzgamiento, en lo que respecta a una absolución o a una condena, recaiga sobre el sujeto que en puridad se le atribuye haber cometido un injusto penal. Asimismo, los agraviados deben estar debidamente identificados e individualizados, tanto por aspectos propios de la actuación probatoria como de una eventual reparación civil, si la sentencia es condenatoria.

b) El delito o delitos materia de la acusación fiscal con indicación del texto legal y, si se hubiere planteado, las tipificaciones alternativas o subsidiarias; inclusión no de menor relevancia, que tiene que ver con el principio de correlación entre la acusación y la sentencia, de que solo aquellos ilícitos penales que forman parte del requerimiento fiscal puedan ser recogidos en la sentencia de condena, a menos que el juzgador haga uso de las facultades discrecionales que se le reconocen en el artículo 374.1 del nuevo CPP. Las figuras delictivas pueden asumir figuras concursales (ideal, real y continuado); sin embargo, ante un evidente conflicto aparente de normas, el fiscal puede incluir tipos penales alternativos y subsidiarios –según lo previsto en el artículo 349.3–, amén de que puedan ser materia de prueba en el juzgamiento, lo cual a nuestra consideración no se ajusta al principio de legalidad y al principio de igualdad de armas, en la medida que se trata de un solo hecho que solo puede ser cobijado en un solo precepto penal, en aras de garantizar el principio del non bis in ídem material así como la garantía constitucional de defensa.

c) Los medios de prueba admitidos y, de ser el caso, el ámbito de las convenciones probatorias de conformidad con el numeral 6) del artículo anterior; una relación sucinta y detallada de todo el acervo probatorio que será objeto de debate y de contradicción en el juzgamiento, que han sido propuestos por las partes, así como la inclusión de los acuerdos probatorios, que han sido consensuados bajo los alcances del artículo 350.2.

(27) En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año I, Nº 1, Normas Legales, pp. 436-437.

d) La indicación de las partes constituidas en la causa; la relación jurídico-procesal que se entabla en el proceso penal, no solo tiene que ver con la parte acusadora y la defensa del imputado, sino que también aparecen las figuras del actor civil y del tercero civil responsable, mientras que el primero es en realidad la víctima (agraviado), que adquiere personería procesal a fin de poder contar con facultades probatorias, impugnativas, etc., el segundo vendría a ser un tercero ajeno a quienes se les esta atribuyendo responsabilidad penal por el delito –objeto de juzgamiento–, que por revelar una determinación relación legal, convencional y/o institucional, con el autor, es llamado e incorporado a la instancia judicial, para responder de forma solidaria por la responsabilidad civil que se origina como consecuencia de la conducta criminal.

e) La orden de remisión de los actuados al juez encargado del juicio oral; todas las incidencias procesales que han acontecido a lo largo del procedimiento (investigación preparatoria y etapa intermedia), incluso aquellas que se efectuaron en la etapa preprocesal (diligencias preliminares) deben ser remitidas al órgano jurisdiccional que se encargará del juzgamiento de la causa a fin de que dicho ente jurisdiccional tome contacto directo de la causa, conforme al principio de inmediación.

3. El juez, si resulta necesario, de oficio o según el pedido de parte formulado conforme a lo dispuesto en el numeral 1 c) del artículo 350, se pronunciará sobre la procedencia o la subsistencia de las medidas de coerción o su sustitución, disponiendo en su caso la libertad del imputado

Según lo previsto en el numeral c) del artículo 350.1, las partes pueden solicitar una serie de incidencias con respecto a las medidas de coerción procesal, v. gr., el fiscal puede solicitar la imposición de una prisión preventiva o, en su defecto, el imputado puede solicitar la revocación de una detención domiciliaria, variándola por una comparencia con restricciones. Se supone que el juez de la IP debe resolver estas peticiones en el marco de las decisiones que adopta, con arreglo a lo previsto en el artículo 352.1; no obstante, en este estadio podrá resolver dichos pedidos, si es que requería de un mayor análisis, pudiendo pronunciarse por la permanencia o sustitución de una medida cautelar, que consistiendo en la privación de libertad del acusado, ordenar su inmediata libertad, cuando ha sido amparada la cesación de la prisión preventiva, por ejemplo.

Ahora bien, se entiende que las medidas de coerción solo pueden ser impuestas por el juez previa solicitud de la parte interesada (principio de rogación), tanto en lo que respecta a las que afectan de forma personal al imputado como aquellas que gravan la libre disponibilidad de sus bienes, así, se deduce del tenor literal del artículo 255.1; empero el inciso 2 del mismo articulado establece que los autos que

se pronuncien sobre estas medidas son reformables, aun de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición o rechazo.

Si con esta previsión legal lo que se pretende es garantizar la legitimidad de las medidas de coerción procesal, sobre todo las que afectan la libertad personal del imputado, debe convenirse que su reforma de oficio solo debe proceder cuando se orienta a reivindicar el bien jurídico antes mencionado, de conformidad con un modelo acusatorio, que debe ajustarse a un mínimo de coacción estatal; de que las medidas de coerción procesal no afecten los derechos fundamentales más allá de lo estrictamente necesario, con arreglo al principio de proporcionalidad y que duren solo por el espacio de tiempo en que sigan vigentes los presupuestos que la justificaron su adopción (*rebus sic stantibus*). En tal virtud, si el juzgador es del parecer que los motivos que sustentaron en un momento dado la adopción de la prisión preventiva han desvanecido, debe corregir dicha situación injusta, reformando la medida, variándola por una comparecencia, aun cuando no haya sido solicitado por la parte legitimada (imputado), como una vía reglada para proteger la libertad personal.

VI. NOTIFICACIÓN DEL AUTO DE ENJUICIAMIENTO

Toda resolución, sobre todo, aquellas que generan efectos jurídicos de trascendencia para las partes en conflicto, requiere ser debidamente notificada, a fin de que los sujetos procesales puedan hacer uso irrestricto de sus derechos de defensa y de contradicción, al margen de que en el presente caso se haya puesto de relieve que el auto de enjuiciamiento no es susceptible de ser impugnado, según lo estipulado en el artículo 353.1. De todos modos, su conocimiento por las partes resulta imprescindible para evitar futuras nulidades.

1. El auto de enjuiciamiento se notificará al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales

Los sujetos procesales que caracterizan la relación adversarial que se configura en el proceso, deben ser los primeros en ser notificados, en orden a definir las estrategias que pondrán de manifiesto en el transcurso del debate. Lo dicho dejando a salvo ese mismo derecho que ha de cautelarse también en lo que respecta al actor civil y al tercero civil responsable.

2. Dentro de las cuarenta y ocho horas de la notificación, el juez de la investigación preparatoria hará llegar al juez penal que corresponda dicha resolución y los actuados correspondientes, así como los documentos y los objetos incautados, y se pondrá a su orden a los presos preventivos

Dice, entonces, la norma en cuestión, que en un plazo perentorio de cuarenta y ocho horas, el juez de la IP deberá cumplir con remitir todos los actuados al órgano jurisdiccional competente para el juzgamiento, conforme a las piezas e incidentes procesales que hayan acontecido en el proceso. Debiéndose poner a un buen recaudo, lo referente a al acervo documentario recopilado así como todos aquellos instrumentos y/o objetos que han sido incautados, en cuanto aquellos efectos provenientes de la infracción penal o que fueron empleados en la perpetración del hecho punible de conformidad con lo previsto en el artículo 316.1, los cuales resultan esenciales para que el fiscal pueda acreditar la punibilidad de la conducta –objeto de acusación–, así también deberá poner a disposición a los imputados que se encuentren sufriendo prisión preventiva, para los fines legales pertinentes.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

La etapa intermedia, despliega roles de importancia en el desarrollo mismo del proceso penal, por lo que no puede ser concebida como una actuación meramente formal y burocrática, donde las partes han de tomar conocimiento de la acusación fiscal a fin de afinar la estrategia de defensa. Como lo hemos sostenido antes, importa en realidad un filtro de selección de aquellas causas que ameritan pasar al juzgamiento, por haber el fiscal reunido una prueba de cargo suficiente que tienda a construir su tesis de incriminación, así también de sustraer de la persecución penal, aquellas causas que no cuentan con los mínimos elementos de materialidad sustantiva o que no cuenten con un acervo probatorio suficiente, capaz de enervar en juicio el principio de presunción de inocencia que reviste al imputado.

Mas con lo dicho aún no es suficiente, pues el desarrollo de esta etapa va más allá de la presentación formal de la acusación fiscal, para generar toda una fase en la cual las partes puedan proponer una serie de incidencias así como de interponer medios de defensa técnica, que de ser procedentes pueden inclusive generar que el juzgador dicte un auto de sobreseimiento, dando lugar a la denominada "audiencia preliminar".

En el marco de la audiencia preliminar, entonces, se pondrán en discusión una serie de aspectos, sean de orden formal, material y probatorio, que incida en el desarrollo mismo del juzgamiento en cuanto a su objeto.

La audiencia preliminar determina los hechos que serán materia de debate en el juzgamiento, las figuras delictivas comprendidas en el escrito de acusación, las pruebas que deberán actuarse, etc. Constituyendo una institución novedosa la inclusión de las denominadas convenciones probatorias, en virtud de las cuales las partes dan por probados ciertos hechos, los cuales obligan al juez, en cuanto a la exclusión de su actuación.

En resumidas cuentas, podemos definir a esta etapa como de saneamiento y de fijación de los puntos controvertidos, fijando en consuno los hechos que serán materia de juzgamiento así como las pruebas que serán actuadas en el juzgamiento, a partir de las cuales deberá asentarse el pronunciamiento final de la jurisdicción, en lo que respecta a la absolución o una condena. Por otro lado, abre el camino para que la causa sea sobreseída sea porque se amparó un medio de defensa técnica o su pedido directo por la parte interesada o, ante una decisión de oficio del juzgador, cuando advierte que la acusación fiscal carece de consistencia probatoria y argumentativa.

La discusión sobre la naturaleza jurídica de la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal prevista en el nuevo CPP

Un tema fundamental en la defensa del Estado Constitucional de Derecho

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

La potestad punitiva del Estado supone el poder coactivo-estatal, de imponer penas y/o medidas de seguridad, a todos aquellos, que con su proceder conductivo han lesionado y/o puesto en peligro, los bienes jurídicos merecedores de mayor protección jurídica, al estar vinculados con la esencia personal del individuo y con los intereses vitales de la sociedad; a tal efecto, debe analizarse en rigor si es que la conducta incriminada a la esfera de organización del imputado, se ajusta plenamente a los alcances normativos del tipo penal –tanto en los elementos objetivos como subjetivos–, y luego si es que no concurre una causa de justificación (antijuridicidad penal), para seguidamente proceder al análisis del sujeto culpable (responsabilidad).

Entonces, el Derecho Penal se legitima, en cuanto a una respuesta racional frente a la comisión de un delito, conforme a los intereses sociales que también han de cautelar la norma jurídico-penal; esto quiere decir, que el derecho punitivo aparece en escena, producto de la humanización de la sociedad, y ante el reemplazo de la vindicta pública, por una decisión basada en la razón y en la justicia. De ahí, que deba postularse con toda corrección, que los dictados de un Estado Constitucional de Derecho, implica que el Derecho Penal deba orientarse a dos planos a saber: primero, a garantizar la libertad y dignidad, de quien se encuentra sometido a la persecución penal, cuando se le atribuye haber perpetrado la comisión de un hecho punible, proscribiendo la imposición de penas irrazonables, que desborden el juicio estricto del reproche culpable, así como del grado de disvalor del injusto (principio de lesividad), procurando que la pena, haya de reportar algún tipo de utilidad al penado, desde un norte esencialmente preventivo. Segundo, el Derecho Penal –como medio de control social–, también se encamina a proteger a

la sociedad, frente a las consecuencias nocivas de la conducta criminal, tal como se desprende del artículo I del Título Preliminar de la codificación punitiva, en tal entendido, ha de asegurar una coexistencia social pacífica, en cuanto al respeto por los bienes jurídico-fundamentales –tanto de la persona como del colectivo–, por tales motivos, la sanción punitiva, ha de resguardar que los miembros de la sociedad, no se constituyan en víctimas potenciales, de aquellos, que no tienen el menor reparo, de lesionar los intereses jurídicos –de alto raigambre social y jurídico–.

En palabras de Roxin, ambos fines del Estado de Derecho –protección de la sociedad y salvaguarda de la libertad– 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(1).

La justicia se patentiza con la sentencia, de efectos comunicativos importantes hacia el colectivo (**prevención general positiva**), lo cual se corresponde con los fines del Derecho Procesal Penal. En la sentencia judicial, anota Schmidt, la administración de justicia pública logra la expresión más señalada, pues en el caso particular tiene un efecto positivo en la vida social. El objetivo de toda sentencia es la verdad y la justicia. La actividad de administrar justicia de los órganos del Estado, especialmente de los tribunales, no puede tener otro objetivo(2).

Visto así las cosas, el reconocimiento de un Estado Social y Democrático de Derecho, importa conjugar armoniosamente, los intereses de la sociedad con los intereses de la persona humana, con arreglo a la proclama humanista, contenida en el primer articulado de la Ley Fundamental; ello, en términos estrictos del Derecho Penal, comporta orientar el aparato punitivo estatal a una respuesta, que en puridad, sea el manifiesto de una reacción racional y, que con justicia, se encamine a pacificar la conflictividad social provocada por la conducta criminal.

Siendo así, debe perfilar una imposición punitiva, que tome como fundamento la gravedad del delito cometido, así como el contenido del reproche personal culpable y, así graduar la penalidad, conforme los fines preventivos de la pena, tanto en lo que respecta a la intimidación del colectivo como de la rehabilitación social del sujeto infractor; a su vez, la justicia penal, ha de emitir una decisión, que recoja el clamor social y así generar una confianza suficiente a la sociedad, de que los delitos son realmente castigados; pero, ello no puede significar, un acto de

(1) ROXIN, C. *Fundamentos político criminales del Derecho Penal.* Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 329.

(2) SCHMIDT, E. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*. Lemer, Buenos Aires, 2006, p. 21.

puro automatismo, menos de venganza, todo lo contrario, un acto ponderado, en esencia valorativo, tratando de conciliar ambos intereses.

Resulta claro que la criminalidad puede presentar grados muy diferentes en la lesión de bienes jurídicos, de modo que la respuesta represiva ha de diferenciarse y adecuarse a la gravedad de cada delito y, por eso mismo, las penas deben guardar la oportuna proporción con la entidad del bien que se protege, con la lesión producida, con el modo en que la infracción se ha cometido y con las circunstancias del responsable(3).

Conforme lo anotado, aparecen en los ordenamientos jurídicos (contemporáneos), límites a la potestad punitiva del Estado; en principio controles políticos, asentados en la idea de la separación de poderes, los cuales significan en esencia, poner coto a toda pretensión expansiva y arbitraria del poder penal estatal. Límites que tienen pleno asidero, en un Estado Constitucional de Derecho, en el sentido de valorar ciertas circunstancias y/o acontecimientos, que pueden afectar ciertas garantías –de orden material y procesal–, lo que a la postre significó la entrada en vigencia de la "prescripción", como institución que determina el cese de la facultad persecutoria estatal.

Cuando se declara el cese de la persecución penal –por operar los plazos de prescripción de la acción penal–, no importa declarar el carácter no punible de la conducta, es decir, incidir sobre el plano sustantivo de valoración, pues bajo este supuesto, no se emite pronunciamiento alguno, sobre su naturaleza delictiva, sea en el plano de tipicidad o en el plano de antijuridicidad.

Entonces, debe predicarse que el transcurso inevitable del tiempo provoca consecuencias relevantes, primero, hace diluir significativamente la alarma social producida por los efectos perjudiciales del delito y, segundo, dificulta la actividad probatoria, en cuanto a la adquisición y/o obtención de las evidencias y los indicios, lo que a la postre, tiende a afectar la seguridad jurídica que debe imperar en la administración de justicia en lo penal.

De recibo, no puede postularse una persecución penal ad finítum, es decir, que opere de forma indefinida en el tiempo, ello resulta impensable, en una realidad social y judicial, que presente una serie de obstáculos y deficiencias, en lo que respecta a la fiabilidad de las argumentaciones (problemas en la retención de la información en la memoria), así como la sobrecarga procesal que cunde en los juzgados y salas penales de nuestro país.

Así también, se identifica, el derecho de todo inculpado, de ser sometido a un proceso en un "plazo razonable" y a un "juicio sin dilaciones indebidas", como

(3) MORENO CATENA, V. y otro. *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 36-37.

garantías procesales de primer orden en un Estado Constitucional de Derecho, de fiel reflejo en los Tratados y Convenios Internacionales, que sobre la materia ha suscrito y ratificado el Estado peruano.

Vistas así las cosas, la prescripción debe ser percibida, como un mecanismo importante en una justicia penal, incapaz de poder procesar todos los hechos delictivos que llegan a su conocimiento; lo cual incide en evitar que la persecución penal estatal se prolongue indefinidamente en el tiempo. La inoperancia, desidia y pasividad de los órganos estatales predispuestos, para investigar, juzgar y sancionar los delitos, no puede justificar una validez indefinida de la acción penal en tiempo. Todo ciudadano tiene el derecho de que se resuelva su situación jurídica en un tiempo razonable, por lo que transcurrido un periodo temporal significativo, ha de declararse el cese de la persecución penal, lo cual dependerá de la gravedad del injusto perpetrado, para no provocar el decaimiento de los fines preventivos generales de la pena como la misión tutelar de bienes jurídicos, que el orden legal le asigna al Derecho Penal.

Entonces, la prescripción no puede ser contemplada, como un escaparate hacia la "impunidad", pues precisamente la legislación positiva ha reglado una serie de herramientas, que impide dicha consecuencia, como las instituciones de la "interrupción), de la "suspensión", así como la prescripción extraordinaria, que los operadores jurídicos han de aplicar en los casos concretos, para así asegurar que la justicia sea impartida con toda corrección.

Lo anotado es importante, en orden a sentar las bases de una justicia penal, que pueda combinar "eficacia" con "garantías"; lo primero supone, edificar las bases de un sistema de persecución penal, que con celeridad y eficiencia pueda investigar, procesar y juzgar, los hechos punibles que son objeto de valoración; mientras, que lo segundo significa la imposición de límites a la **persecución penal estatal, en el sentido, de dotar de contenido material (legal), el contenido sustancial de las garantías procesales constitucionales, las cuales deben ser respetadas en rigor, por los órganos encargados de perseguir el delito, tanto en los procedimientos previstos en la normativa procesal como en lo concerniente al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, en específico, del imputado**. Esto último, quiere decir, en cristiano, que la realización del Derecho Penal en el marco del Estado Constitucional de Derecho, puede dar lugar a ciertos sacrificios, en particular, la absolución de verdaderos culpables, a fin de garantizar la absolución de los inocentes.

La búsqueda de la verdad y la justicia por parte de los órganos que imparten justicia penal, en cuanto (…) al sometimiento incondicionado a este objetivo depende, siempre que el Estado lo cumpla, el castigo del verdadero culpable y la protección del inocente contra las medidas injustas del poder público. El Derecho Procesal Penal sirve a este doble objetivo, pues recepciona en sus normas

la experiencia secular que la humanidad ha debido tener respecto de la relación entre poder y derecho, precisamente en la lucha contra el delito y acoge los métodos y vías determinadas, que son las únicas "admisibles" para la obtención de una sentencia judicial(4).

II. EL NUEVO CPP Y SU ESTRUCTURA BASILAR

El modelo descrito es el acogido, de forma "omnicomprensiva", en el nuevo CPP - Decreto Legislativo Nº 957, tal como se desprende de sus principios rectores contenidos en su Título Preliminar, incidiendo en una especie de "Constitucionalización" del Proceso Penal(5).

Siendo que el caso que nos ocupa, trata precisamente de un dispositivo legal previsto en el nuevo CPP, el artículo 339 inc. 1), cuya literalidad normativa dice a la letra lo siguiente: "La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal". Sabedores que este cuerpo codificativo, está siendo aplicado (**progresivamente**) en la actualidad en varios distritos judiciales de la República, ha generado problemáticas interpretativas, pues algunos operadores han considerado que en realidad, este precepto legal, hace alusión a la "interrupción", de la prescripción de la acción penal, en mérito a una concordancia sistemática con lo descrito en los artículos 83 y 84 del Código Penal. Estado de la discusión, que promovió la sanción de un precedente vinculante, por parte del Tribunal Supremo (Acuerdo Plenario Nº 1-2010/CJ-116), dando lugar a una respuesta positiva de la *lege lata,* ratificando el carácter suspensivo de la prescripción de la acción penal. Empero, tribunales de justicia, donde se aplica el nuevo CPP (Huaura), se han desvinculado del Acuerdo Plenario, en el entendido que dicha norma procesal regula un caso de "interrupción" de los plazos prescriptorios de la acción penal.

En puridad, la discusión generada, no es asunto de escasa relevancia, sabedores que las consecuencias jurídicas que se derivan de una u otra institución (suspensión e interrupción), son drásticamente distintas; pues la suspensión del curso de la prescripción de la acción penal, según lo determina el artículo 84 del texto penal sustantivo, desencadena alcances jurídicos distintos a los previstos en el caso de la interrupción de la prescripción de la acción penal, tanto en lo que respecta a su intrínseca naturaleza como a los alcances temporales (implica dejar en suspenso los plazos prescriptorios). Por consiguiente, no es baladí su definición teórico-conceptual, entendiendo, que la aplicación de la suspensión de los plazos prescriptorios de la acción penal, conforme lo ha dejado sentado el Tribunal Supremo en el

(4) SCHMIDT. E. Ob. cit., pp. 21-22.

(5) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*. Tomo I, Rodhas, Lima, 2009.

Acuerdo Plenario, significa ampliar enormemente, la posibilidad de que la acción penal prescriba en el caso concreto, lo cual no se corresponde con los efectos de la interrupción de la acción penal, que se aplica en los distritos judiciales –como Lima–, que sigue aplicando la normativa del Código de Procedimientos Penales.

Conforme lo dicho, en nuestro país se estaría propiciando y/o promocionando, una flagrante vulneración al principio de "igualdad constitucional", en la medida que para un sindicado (imputado) que comete un hecho punible en la ciudad de Lima, los plazos prescriptorios serán computados conforme la regla del instituto de la interrupción, mientras que para el sindicado (imputado), de un mismo hecho punible, perpetrado en la ciudad de Trujillo o de Arequipa, habrá de operar los plazos prescriptorios, con arreglo a la institución de la suspensión, lo cual quiebra la estructura basilar de un Estado Constitucional de Derecho. Lo paradójico a todo esto, es que el nuevo CPP comporta una codificación procesal, que consagra de forma decidida las garantías procesales constitucionales, en comparación al C de PP.

La aplicación y interpretación de las normas (**enunciados**) jurídico-penales (sustantivas, procesales y de ejecución penal), no puede tomar lugar desde una contemplación estrictamente normativa (**positivista**), sino que tiene que construirse a partir de un doble baremo a saber: primero, conforme a una visión sistemática del ordenamiento jurídico, tomando en cuenta, que ninguna parcela del sistema legal, importa un núcleo aislado, sino más bien, la interdisciplinariedad, es lo que debe imperar, por lo que no resulta admisible, pretender interpretar el artículo 339 del nuevo CPP, al margen de los contenidos normativos del texto punitivo, máxime, por la armonía e integración (unificación) que debe cautelarse entre el Derecho Penal sustantivo y el Derecho Penal práctico; y, segundo, que dicha interpretación normativa, debe guiarse, según los valores y fines (**teleología**), que persigue alcanzar la institución de la "prescripción", que no es la de velar por la impunidad de la delincuencia, sino para cautelar la seguridad jurídica en la justicia penal, así como de la certeza y fiabilidad de las resoluciones jurisdiccionales, que pueden verse mermadas cuando se persiguen hechos que han sido cometidos en tiempos muy pretéritos, con las excepciones a tomar en cuenta (delitos de "lesa humanidad").

No puede confundirse "legalidad" con "legitimidad"; lo primero, significa únicamente seguir en rigor los procedimientos legislativos previstos en la Ley y en la Constitución Política del Estado, en cuanto a la sanción del precepto penal por el Parlamento, mediando la votación de la mayoría congresal; por su parte, lo segundo, comporta algo más sustancial, de que la naturaleza del precepto legal se corresponda con el confín axiológico (plenitud teórico-conceptual), que sostiene la normativa penal, en cuanto a la sistematicidad que debe resguardarse entre las diversas parcelas del sistema penal.

Es de verse entonces, que la tarea de la judicatura –con arreglo a una visión neoconstitucionalista–, es de sujetar la interpretación de la normativa penal, a los

principios rectores de un Derecho Penal democrático y de un proceso penal "acusatorio-garantista"; donde el objetivo irrenunciable, de reducir drásticamente las cifras de la impunidad, no puede significar a su vez, el debilitamiento de las garantías –materiales y procesales–, de raigambre constitucional y reconocimiento jurídico-internacional. En tal merced, los órganos jurisdiccionales no pueden avalar la sanción de normativas que no respetan los criterios y valores anotados, todo lo contrario, han de rechazar su aplicación, reconduciendo el horizonte interpretativo a los cauces legitimantes del poder punitivo estatal; no en vano cuentan con la potestad de aplicar el control difuso de la constitucionalidad normativa. Proscribiendo toda posibilidad procesal, de que la persecución penal pueda prolongarse de forma indefinida en el tiempo, lo cual afecta el derecho de todo justiciable de ser procesado en un tiempo razonable y de fortalecer la seguridad jurídica, como máxima del Estado Constitucional de Derecho, al margen de las excepciones que puedan presentarse.

Siguiendo a Bacigalupo, diremos que la misión de los jueces consiste en realizar en sus juicios no solo el sentido literal de las leyes, sino un sentido capaz de materializar las finalidades y los valores del orden jurídico. Carecería de todo apoyo en la Constitución una distribución de las competencias de tal naturaleza que los jueces solo pudieran aplicar el orden legal, mientras que los valores superiores del **ordenamiento jurídico** estuvieran fuera de los objetivos que la Constitución atribuye al Poder Judicial(6).

La eficacia de la persecución penal estatal (lucha contra la impunidad), si bien es un cometido legítimo, no puede significar el desmantelamiento de las garantías materiales y procesales, que tanto esfuerzo supuso para los forjadores de las ideas libertarias y respetuosas de los derechos fundamentales. Como nos relata Moreno Catena, en la actualidad han aparecido en el horizonte señales alarmantes sobre las garantías procesales, haciendo primar sobre ellas los valores de seguridad pública y de la represión de ciertas conductas delictivas, de modo que la pretendida eficacia de la lucha contra la delincuencia, señaladamente contra el terrorismo tras los atentados del 11 de setiembre de 2001 en Estados Unidos, puede terminar justificando la merma de unos derechos individuales que tan trabajosamente se han ido conquistando a los largo de muchas décadas, y buena parte de la ciudadanía los creían definitivamente adquiridos por la civilización occidental; el riesgo de involución en la protección de los derechos está siempre latente(7).

(6) BACIGALUPO, E. "Sobre la vinculación del juez penal a la Ley". En: *Derecho Penal y el Estado de Derecho*. Editorial Jurídico de Chile, Santiago, 2005, pp. 45-46.

(7) MORENO CATENA, V. y otro. Ob. cit., p. 45.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA "PRESCRIPCIÓN"

Antes de pasar revista a la temática que nos ocupa, cabe citar a Peña Cabrera Raúl, quien sostiene que el transcurso del tiempo, es un factor determinante para la fijación de la sanción penal. En efecto, después de un cierto lapso prefijado por la ley, se extingue la posibilidad de evaluar la responsabilidad penal originada de ese naciente delito. Esta influencia que ejerce el transcurso del tiempo sobre el derecho de sancionar o de hacer cumplir una sanción, que le corresponde al Estado, es lo que llamamos prescripción(8).

Acerca de la naturaleza jurídica de la prescripción, mucho se ha escrito, partiéndose de una serie de criterios, sean estos materiales, procesales o mixtos; consideraciones que se orientan en una serie de planos a saber, pero que finalmente, coinciden en aspectos finalistas, comúnmente asignados al sistema penal.

En nuestra legislación positiva, el legislador del 91 decidió conveniente ubicar la "prescripción" en el texto punitivo. Las razones de tal decisión, habría que buscarlas en criterios materiales, en tanto la prescripción produce indefectiblemente la extinción de la responsabilidad criminal, sin pronunciarse sobre el fondo, es decir, sobre el injusto y la responsabilidad penal del imputado. Ello incide, en reconocer que el pronunciamiento judicial, que estima procedente la excepción de prescripción de la acción penal, deja intacto el contenido del injusto y del reproche personal, es decir, los presupuestos que deben concurrir para legitimar la punición sobre la persona del sujeto infractor.

La acción penal importa el medio por el cual las agencias de persecución penal demandan ante la jurisdicción el procesamiento, juzgamiento y posible sanción a quien culpablemente ha vulnerado la norma jurídico-penal; vemos, por tanto, que la acción penal tiene, por tanto, naturaleza sustantiva; si bien a través de su promoción, es que se ejercita la actividad persecutoria del Estado, es a través de la acción penal que puede finalmente procurarse la realización de la ley penal.

Solo a partir de la iniciación de un proceso penal, es que legítimamente se le puede imponer una pena al sujeto infractor (autor y/o partícipe de un hecho punible), en el marco del Estado de Derecho.

Roy Freyre, al respecto, señala que las causas de extinción de la acción penal encuentran su fundamento en la impunibilidad(9). Por tanto, escribe el autor, deviene impracticable, al carecer de todo objeto, promover o proseguir la actividad procesal cuando ha operado una de dichas causales, ya que la extinción del

(8) PEÑA CABRERA, R. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Grijley, Lima, 1994, p. 441.

(9) ROY FREYRE, L. *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*. Grijley, Lima, 2007, p. 31.

ius puniendi conlleva también la caducidad del *ius procedendi*[10]. El autor citado llega a la misma consideración sobre la estrecha relación entre las potestades persecutorias y sancionadoras del Estado, donde una serie de criterios político-materiales, impide que se imponga una pena al presunto autor de un hecho punible.

En cuanto a la discusión de la naturaleza jurídica de la prescripción, se sostiene en la doctrina, que pareciera que el problema de su naturaleza va muy ligado al de su fundamento que está en relación con la necesidad de pena, después de pasado un determinado tiempo, se estima innecesaria la pena, no solo por razones de tipo de prevención general o especial, sino también en virtud del concepto mismo de necesidad de pena[11].

Conforme lo anotado, tenemos que sobre la naturaleza jurídica de la prescripción, se extienden perspectivas "materiales", "procesales" y "mixtas".

Anota Jescheck, al respecto, que la naturaleza jurídica de la prescripción del delito (su perseguibilidad) ha sido discutida por la doctrina y jurisprudencia alemanas, siendo más antigua la teoría jurídico-material que ve en la prescripción mencionada una auténtica causa de anulación de la pena al borrarse el castigo con el transcurso del tiempo; por el contrario, apunta que desde 1942 se produce un cambio, sobre todo en la jurisprudencia, haciéndose dominante la teoría procesal que considera a la prescripción como un simple obstáculo procesal[12].

Quienes sostienen el fundamento jurídico-material aseveran que el paso del tiempo se halla vinculado a la falta de necesidad de pena, relacionado con los fines preventivos de la pena. Sobre la necesidad material de pena, Mir Puig apunta lo siguiente: "Ello influye en la desaparición de la necesidad de pena, que en ambas clases de prescripción se produce por lo demás, cuando se oscurece o apaga el recuerdo del delito y el sentimiento de alarma que en su día pudo producir, y el tiempo transcurrido ocultándose de la justicia y, con la amenaza de pena pendiente de la pena parece ya suficiente castigo –todo ello puede hacer innecesaria la prevención general, especialmente si el delincuente no ha vuelto a delinquir, tal vez demostrando una verdadera reinserción social– lo que eliminaría la necesidad de prevención especial[13].

Con el paso del tiempo resulta inútil e inoportuno el ejercicio de la función represiva, ya que las exigencias de prevención general que rigen la represión de

(10) Cfr. ROY FREYRE. Ob. cit.

(11) Cfr. MORILLAS CUEVA. *Teoría de las consecuencias jurídicas*. Tecnos, España, 1991, p. 27.

(12) JESCHECK, H. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. 5ª* edición, Comares, Granada, 2003, pp. 821-822.

(13) MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 774.

los delitos han desaparecido. Así lo demuestra la experiencia: las exigencias de prevención se debilitan gradualmente hasta desaparecer totalmente(14).

Por otro lado, se afirma que es un presupuesto de procedibilidad, ya que se trata de un suceso situado totalmente fuera de lo que sucede en el hecho y que contempla a la prescripción como un puro impedimento(15). Así lo sostiene Jiménez De Asúa, "se trataría solo de un impedimento a la acción persecutoria penal"(16).

Otro sector de la doctrina, hoy dominante, le confiere naturaleza mixta a la prescripción, como una institución jurídico-material-procesal, así Jescheck al considerar que su fundamento se halla vinculado a la falta de necesidad de pena tras el transcurso de un determinado espacio de tiempo (fundamento material) y en parte a las dificultades de prueba que determina el transcurso del tiempo(17). Mientras que Welzel considera que la prescripción tiene un doble carácter; es tanto causal de extinción jurídico-material de la pena, como obstáculo procesal para su persecución(18).

En opinión de Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, con el tiempo de la pretensión punitiva se debilita y termina por considerarse inconveniente su ejercicio, tanto desde el punto de vista retributivo y de la prevención general como en relación con los fines resocializadores de la pena. Se destruyen también o se hacen difíciles las pruebas, dificultando la instrucción razonable de un proceso, y se producen cambios en la personalidad del delincuente que pueden llegar a anular su energía criminal a consecuencia de los estragos físicos que ocasionan los años(19).

Para Kaufmann, indica que a la prescripción, se le reconoce, predominantemente, una doble naturaleza, en el sentido de que la teoría de la doble naturaleza constituye un indicio del carácter jurídico-material de un presupuesto de la pena. Esto se ve confirmado también en el caso de la prescripción: cuando se omite mentalmente el proceso, la punibilidad sigue dependiendo del no transcurso de plazos prescriptivos(20).

Habiendo sustentado en líneas precedentes, el fundamento material, faltaría explicar el fundamento procesal.

(14) MUSCO, Enzo y otra. *Derecho Penal. Parte General.* Temis, Colombia, 2006, p. 808.

(15) ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General*. Civitas, Madrid, 1991.

(16) JIMÉNEZ DE ASÚA. *Tratado de Derecho Penal*. Volumen II, Losada, Buenos Aires, 1950, p. 642.

(17) JESCHECK, H. Ob. cit., p. 820 y ss.

(18) WELZEL, H. *Derecho Penal alemán. Parte General*, cit., p. 359.

(19) RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal español. Parte General*, cit., p. 681.

(20) KAUFMANN, H. *Pretensión penal y derecho a la acción penal. La delimitación entre el Derecho Penal material y formal*, cit., p. 228.

El proceso penal **manifiesta un procedimiento evidentemente formal, estructurado y encaminado por una serie de etapas, que han de tomar lugar de forma preclusiva; desde los primeros actos de investigación, que toman lugar en la investigación preliminar, en términos normativas del nuevo CPP, en las diligencias preliminares, para dar paso, a la instrucción o la investigación preparatoria, donde el persecutor público, conjuntamente con los efectivos de la Policía Nacional, encaminan su actuación, al recojo, acopio y adquisición de evidencias, de fuentes de información suficientes, que permitan al fiscal, construir su teoría del caso que presentará en la etapa intermedia, a través de su acusación y que pretenderá acreditar, con solvencia y credibilidad en la etapa del juzgamiento, si es que logra persuadir al juzgador de su versión de los hechos; solo así, podrá la judicatura, emitir una sentencia de condena, imponiendo una pena o una medida de seguridad, a quien ha sido judicialmente declarado culpable**.

Resultando el cometido del procedimiento penal, arribar a la verdad formal o jurídica, necesita de una base probatoria cognitiva que despliegue un alto grado de confiabilidad y de certeza, y es que las pruebas se constituyen en el alma del proceso, al permitir una reconstrucción histórica del hecho punible, conforme a las versiones, o relatos fácticos, que las partes tiendan a presentar al órgano jurisdiccional. Y es que en materia probatoria pueden surgir determinadas dificultades en cuanto a su obtención, producción y actuación, como todo un proceso probatorio que necesita ser sometido a todas estas etapas, a fin de esclarecer el objeto de prueba, de esclarecer la materia de controversia, conforme las aseveraciones fácticas que construyen la teoría del caso, que proponen los sujetos procesales al órgano jurisdiccional dirimente.

En este orden de ideas, tenemos que determinadas pruebas según su naturaleza necesitan ser adquiridas e inmediatamente actuadas en razón del peligro en la demora que el tiempo puede producir, conforme es de verse con la prueba preconstituida, que por sus especiales circunstancias o características, resulta impracticable en la fase de juzgamiento, pero su constitución o producción debe estar sometida a la plena contradicción de las partes y al derecho de defensa.

Pasado cierto tiempo, puede que algunas evidencias no puedan ser ni adquiridas ni ser sometidas a determinados grados de certeza y de cognición, que en la práctica judicial pondrían en peligro la verdad formal. Sin embargo, se trata de un fundamento que, en todo caso, solo podía ser alegado respecto a la prescripción de la acción para perseguir el delito, pero que será totalmente ineficaz para explicar el fundamento de la prescripción del derecho estatal de ejecución(21).

(21) BACIGALUPO, E. *Los límites políticos del Derecho Penal*. En: Bacigalupo, E. Ob. cit., p. 28.

Conforme lo anotado, nuestro Derecho Penal posee, respecto a la prescripción, naturaleza mixta, solo en consideración a la prescripción de la acción penal, puesto que en la prescripción de la pena se ponen en movimiento criterios exclusivamente materiales, al aparecer una situación jurídica (condenado) que se encuentra ya definida por una resolución jurisdiccional.

En la resolución de la Sala de Apelaciones de Huaura, acápite 4.1, se expone que: "(…) En la actualidad la doctrina mayoritariamente defiende la vigencia de la prescripción, sí se discute si su naturaleza es penal o procesal, quienes afirman que es penal precisan que la prescripción se desarrolla sobre las finalidades de la pena, los que señalan que es procesal señalan que la prescripción va dirigida a suspender o impedir el proceso judicial por el transcurso del tiempo; sobre estas posiciones surge la mixta que concluye que la prescripción es en esencia sustantiva y procesal y es la que acoge nuestra legislación; por tanto la prescripción tiene naturaleza procesal y sustantiva"; mientras que en el acápite 4.7, se señala lo siguiente: "(…) Si el legislador ha asumido la postura mixta que la prescripción es sustantiva y procesal, ello porque precisamente el artículo 83 parte *in fine* del Código Penal, precisa 'en todo caso', es decir, si transcurrido el plazo ordinario no se dicta la resolución respectiva debe operar la prescripción extraordinaria, ello porque precisamente la potestad de sancionar no debe ni puede ser eterno".

En resumidas cuentas, la finalidad de la prescripción de la acción penal es poner término a la facultad represiva del Estado al verificarse el mero transcurso del tiempo y antes de que medie la sentencia condenatoria[22]; de este modo, la realización del *ius puniendi* estatal se encuentra sometida a una limitación de naturaleza temporal.

Es de verse, entonces, que el transcurso del tiempo produce efectos poderosos en la validez de la acción penal, desencadenando la imposibilidad de que las agencias de persecución penal pueden activar el aparato punitivo-estatal, de forma indefinida (*die Macht der Zeit*).

Conforme a lo sostenido, el Tribunal Constitucional en sentencia recaída en el Expediente Nº 1805-2005-HC/TC ha expuesto lo siguiente:

> 6. La prescripción, desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius punendi*, en razón

(22) Vide PEÑA CABRERA, R. Ob. cit.

de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de la misma. (…)

11. De acuerdo con lo establecido en la ley penal material, la prescripción es un medio para librarse de las consecuencias penales y civiles de una infracción penal o una condena penal por efecto del tiempo y en las condiciones exigidas por la ley.

Por consiguiente, la prescripción igualmente constituye un supuesto de extinción de la acción penal tal como lo prevé el artículo 78.1 del Código Penal, y la norma material reconoce también la prescripción de la ejecución de la pena (artículo 85.1).

12. Así, la primera prescripción, llamada de la persecución penal, está referida a la prohibición de iniciar o continuar con la tramitación de un proceso penal, en tanto que por la segunda, llamada de la ejecución penal, se excluye la ejecución de una sanción penal si ha transcurrido un plazo determinado, de lo cual se infiere que la prescripción del delito extingue la responsabilidad penal, en tanto que la prescripción de la pena lo que extingue es la ejecución de la sanción que en su día fue decretada", cuyo plazo según lo expone en el artículo 86 del Código Penal, se contará desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme.

Fundamentos menos importantes, –en lo que respecta a los principios de celeridad y economía procesal–, han dejado sentado el TC, en la STC Exp. Nº 0185-2005-HC/TC, en cuanto a las incidencias de la prescripción, tanto en su faz material como en su vertiente procesal, al señalar lo siguiente:

"(…) Es decir, que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo.

Dicho de otro modo, en una Norma Fundamental inspirada en el principio *pro homine*, la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva contemplando la necesidad de que, pasado cierto tiempo, se elimine toda incertidumbre jurídica y la dificultad de castigar a quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica. El Código Penal reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal.

Así, la ley considera varias razones que permiten extinguir la acción penal, en virtud de las cuales el Estado autolimita su potestad punitiva: pueden ser causas naturales (muerte del infractor), criterios de pacificación o solución de

conflictos sociales que tienen como base la seguridad jurídica (cosa juzgada o prescripción) o razones sociopolíticas o de Estado (amnistía).

De la línea argumental esbozada, por el Máximo Intérprete de la constitucionalidad normativa, se tiene que la necesidad de declarar el cese de la persecución pena, en mérito a la procedencia de la prescripción, tiene que ver también, con el derecho de todo imputado, de que su situación jurídica se resuelva con prontitud, es decir, en un plazo razonable, máxime, cuando se encuentra privado de su libertad (prisión preventiva). Resultando, justamente, la "celeridad procesal", uno de los principios fundamentales, que sostiene la construcción intranormativa del nuevo CPP.

IV. DEFINICIÓN Y ALCANCES DE LA INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS PRESCRIPTORIOS DE LA ACCIÓN PENAL

A efectos de dilucidar el tópico de la discusión, hemos de definir con toda precisión, que hemos de entender por los institutos de la "interrupción de la prescripción de la acción penal", así como de la "suspensión de la prescripción de la acción penal", bajo el entendido que para el Tribunal Supremo y un sector de la doctrina nacional, la previsión legal contenida en el artículo 339 del nuevo Código Procesal Penal, se regula un caso de suspensión –por no así decirlo *sui géneris*–, mientras que para otro sector de la doctrina nacional, como para la Sala de Apelaciones de Huaura, dicho precepto legal, hace alusión a un típico caso de interrupción de los plazos prescriptorios de la acción penal.

Resultando, que la interpretación normativa a elaborar, no puede partir de un plano estrictamente **denominativo, sino que la respuesta a dar, debe sustentarse desde un plano de armonización sistemática, conforme las instituciones jurídicas contempladas en el ordenamiento jurídico-penal, concatenado ello, con los fines axiológicos y prácticos que sostiene la prescripción de la acción penal**.

Primer punto a desentrañar, es el concerniente a la "interrupción de la prescripción de la acción penal". Ni bien conocida la *"notitia criminis"* por parte de los órganos predispuestos (de oficio o a instancia de parte), aquellos impulsan todo el aparato persecutorio del Estado, a fin de que se proceda a la investigación del supuesto hecho punible, que recae sobre quien presenta una vehemente sospecha de culpabilidad. Constituyen, pues, un sinnúmero de actuaciones que se configuran en el objetivo de realización de la ley penal bajo el proceso penal, que tiene como protagonistas principales al imputado, a la víctima, al representante del Ministerio Público y al juzgador.

Resulta, entonces, lógico que iniciadas las primeras diligencias de conformidad al principio de legalidad procesal –por parte del Ministerio Público– se deban

producir determinados efectos jurídicos; es de verse, por tanto, que el cómputo de los plazos prescriptorios pueden interrumpirse a instancia de determinadas actuaciones investigativas, acusatorias y judiciales.

A consecuencia de la "interrupción de la prescripción", el tiempo que transcurre durante el tiempo de realización de determinadas actuaciones oficiales por parte de las agencias estatales competentes, este queda sin efecto, determinándose al término de la última diligencia, el inicio de un nuevo plazo prescriptorio.

En consecuencia, se deja sin efecto el plazo que transcurre en el término de la interrupción, comenzando un nuevo plazo a instancias de la última diligencia, sumándose a aquella operada antes de producidos los efectos de la interrupción, salvo cuando ese lapso sea referido para hacer el cómputo de la prescripción extraordinaria(23).

A decir de Peña Cabrera, la interrupción consiste en la pérdida de todo el plazo que hubiera pasado, en el tiempo de prescripción fijado para determinada pena, en razón a la aparición de un hecho, al que la ley concede tales efectos(24).

El fundamento de la interrupción de los plazos prescriptorios de la acción, radica en la defraudación de las expectativas de no ser perseguido; en tanto, determinados factores conducen a una valoración singular, que implica reforzar la vigencia de la pretensión persecutoria del Estado.

La Sala de Apelaciones de Huaura señala en el acápite 4.3 de su resolución, que: "(…), la interrupción de la acción penal opera por: actuaciones del Ministerio Público, del Poder Judicial y la comisión de un nuevo delito doloso que puede darse antes de iniciada la acción penal como después de ser promovida (…)"; lo cual se corresponde con el tenor literal del artículo 83 del texto punitivo.

Segundo elemento a definir, es la "suspensión de la prescripción de la acción penal". Por efecto, de la "suspensión del plazo de prescripción", queda detenido en el tiempo, hasta que se subsanen los defectos, omisiones u otras actuaciones procesales extrapenales, sin que el tiempo transcurrido con anterioridad a la prescripción del impedimento pierda su eficacia cancelatoria parcial, ya que solamente queda en reserva para sumarse al tiempo prescriptivo que transcurre luego de la desaparición del obstáculo puesto por la misma ley a la pesquisa penal(25).

A diferencia de lo que sucede, en las causas de interrupción de la prescripción, –que obedecen estrictamente a actuaciones de los órganos de persecución

(23) ROY FREYRE, L. Ob. cit., p. 73.

(24) PEÑA CABRERA, R. *Tratado de Derecho Penal*…, cit., p. 445.

(25) ROY FREYRE. Ob. cit., p. 83.

penal–, en el presente caso, la suspensión obedece a impedimentos, a obstáculos que deben ser corregidos y subsanados, a fin de que válidamente se promocione la acción penal ante la judicatura; esto quiere decir, que la legitimidad para que las instancias punitivas se avoquen al conocimiento de la causa, depende de que otros órganos (jurisdiccionales y/o administrativos), se pronuncien sobre el caso concreto.

Dicho lo anterior –aparecen a veces–, determinadas normativas, por lo general no *punitivas,* que condicionan el ejercicio de la acción penal, así como su prosecución ante la instancia judicial, debiéndose cumplir, previamente, con dichos requerimientos legales.

Condicionamientos legales, que surgen a partir de la necesidad de reservar la vía penal, para aquellos hechos **que vengan revestidos de ciertas evidencias de su presunta calidad de conducta delictiva, en cuanto a un comportamiento que se cobija en la calidad del injusto penal, susceptible de ser atribuido a un sujeto penalmente responsable**.

Asimismo, vemos, que no en pocas oportunidades, se someten a las instancias persecutorias, conductas que se encuentran procesadas en vías extrapenales; materias controversiales, que antes de ser sometidas a la vía penal, deben ser esclarecidas en la vía jurisdiccional competente. El juez penal, así como el fiscal, no pueden avocarse a una causa, que es objeto de procesamiento en otra vía, so pena de interferir con la actuación del juez natural.

La suspensión es un efecto jurídico –que se verifica en presencia de algunas causas impeditivas del procedimiento penal– por el cual el transcurso del término de la prescripción se detiene durante el tiempo necesario para remover el obstáculo, de tal modo que la porción de tiempo ya transcurrida no pierda validez y pueda sumarse al periodo de tiempo posterior, que transcurre desde el día de la cesación de la causa suspensiva(26).

La sola interposición de una causal de suspensión provoca la inmediata paralización de las actuaciones jurisdiccionales penales, a efectos de que se cumpla con satisfacer presupuestos legales, de cuya resolución o corrección, depende que pueda retomar la actividad persecutoria del MP.

La suspensión consiste en un cesación del curso del tiempo del plazo, pero, dejando existente todo el lapso de tiempo transcurrido con anterioridad a esta suspensión; y que empezará a contarse nuevamente, una vez desaparecidas o enervadas las causas que motivaron la suspensión o intervalo no utilizable(27).

(26) ENZO MUSCO, G.F. Ob. cit., p. 810.

(27) PEÑA CABRERA, R. *Tratado de Derecho Penal*..., cit., p. 346.

Confrontando ambas instituciones, tenemos que las consecuencias jurídicas son sustancialmente distintas, pues en el caso de la suspensión no pierde efecto, el tiempo ya transcurrido, en cambio en la interrupción, comienza a correr un nuevo plazo de prescripción; empero, el legislador ha puesto un límite legal: para ambas hipótesis la acción penal prescribe en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de la prescripción (prescripción extraordinaria).

Así, en la resolución de la Sala de Huaura, cuando se dice en el acápite 4.3, que: "Que, dentro de la institución de la prescripción se tiene: la interrupción y la suspensión de la prescripción; la diferencia entre ambas estriba en que la suspensión no hace perder en caso alguno su eficacia al tiempo transcurrido con anterioridad al inicio de la suspensión, sino que se suma al que continúa después de haberse disipado el obstáculo (…)".

Mientras, que el TC, en la sentencia recaída en el Exp. Nº 0185-2005-HC/TC, acápite 7, dice al respecto lo siguiente: "(…) en anterior sentencia (Exp. Nº 4118-2004-HC) este Colegiado ha señalado que existen causas establecidas en la ley que tienen por efecto interrumpir o suspender el plazo de prescripción de la acción penal. La interrupción y la suspensión del plazo se distinguen en el hecho de que producida la interrupción el plazo vuelve a contabilizarse. En cambio, la suspensión solo detiene el cómputo del plazo y, superada la causal de suspensión, el plazo transcurrido se mantiene y se continúa contabilizando. Las causales de interrupción del plazo de la prescripción se encuentran reguladas en el artículo 83 del Código Penal y son las siguientes: a) las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales; b) la comisión de un nuevo delito doloso".

La distinción es lógica y consecuencia elemental de la naturaleza de las cosas, pues mientras no se resuelva la cuestión previa, cuestión prejudicial y antejuicio constitucional, no se sabrá a ciencia cierta, si es que estamos frente a un hecho de revestimiento delictivo, por lo que una vez resuelto dicho asunto, las agencias de persecución penal se encuentran legitimadas para conocer el caso, con ello, se inician los plazos prescriptorios de la acción penal.

Finalmente, cabe recordar que las instituciones de la interrupción y suspensión de la prescripción, se encuentran reguladas normativamente en la codificación penal sustantiva, por lo que en principio, las disposiciones legales, glosada en el nuevo CPP, habría de seguir la misma tónica, conforme a un criterio de sistematización normativa.

V. EL ACUERDO PLENARIO Nº 1-2010/CJ-116 Y LA RESOLUCIÓN DE LA SALA DE APELACIONES DE HUAURA (EXP. Nº 00592-2008-49-1302-JR-PE-01)

Según el desarrollo abordado, toca ahora, citar las consideraciones que ha esgrimido el Tribunal Supremo sobre el artículo 339 del nuevo CPP, vertidas en el Acuerdo Plenario Nº 1-2010/CJ-116,

"La 'suspensión de la prescripción prevista en el artículo 84 del Código Penal consiste en la creación de un estado en el cual el tiempo deja de correr porque presenta una situación particular determinada por la Ley que impide la persecución penal –constituye la excepción al principio general de continuidad del tiempo en el proceso–. La continuación del proceso dependerá de la decisión de una autoridad extra penal, que puede ser un juez del ámbito civil, administrativo, comercial, de familia y en todos los casos se paraliza el inicio o la continuación del proceso desde que se presenta la circunstancia que amerita la imposibilidad de su prosecución y se reiniciará cuando se resuelva esa cuestión. Por consiguiente, el término de la prescripción sufre una prolongación temporal.

La consecuencia más significativa es que el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se presentó la causa que suspendió el proceso no se pierde y se sumará al que transcurra después de su reiniciación, pero el tiempo cumplido durante la vigencia de la suspensión no se computa para los efectos de la prescripción extraordinaria.

Sin embargo, la literalidad del inciso 1 del artículo 339 del Código Procesal Penal evidencia que regula una suspensión 'sui géneris', diferente a la señalada, porque afirma que la formalización de la investigación preparatoria emitida por el fiscal, como director y coordinador de esta etapa procesal –quien adquiere las funciones de las que actualmente goza el juez de instrucción–, suspende el curso de la prescripción de la acción penal. Con la formulación de la imputación se judicializa el proceso por la comunicación directa entre el fiscal y el juez de la investigación preparatoria y culmina la etapa preliminar de la investigación practicada por el fiscal. En consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde este acto fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del fiscal.

La redacción y sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la 'suspensión' con todas las consecuencias y matices que ello conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de 'interrupción' de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del fiscal es motivo de suspensión (…)".

En principio, el Tribunal Supremo reconoce los verdaderos alcances y naturaleza jurídica de la "suspensión" de los plazos de prescripción de la acción penal, sin embargo, da patente de corsé a una nueva modalidad de suspensión, como se dice en la resolución "sui géneris", innovadora en la legislación penal nacional, dejando de lado el orden sistematizador que debe guardar el sistema penal; para luego, definir que los plazos de prescripción de la acción penal se suspenden, cuando el fiscal formula la imputación jurídico-penal contra el imputado, esto es, cuando formaliza la investigación preparatoria, dando lugar al inicio formal del proceso penal, suspensión que ha de prolongarse hasta la culminación del procedimiento, esto es, con la resolución de condena o de absolución o, con la emisión del auto de sobreseimiento; no habiéndose señalado que la sentencia debe ser firme y consentida, lo cual a nuestro entender –conforme los considerandos argumentados por el Tribunal Supremo, apunta a tal inferencia. Aspectos que desencadenan la siguiente consecuencia a saber: que ninguna causa penal podrá prescribir en el decurso del procedimiento penal, es decir, mientras que el proceso siga su trámite ordinario, la prescripción de la acción penal no podrá adquirir amparo jurisdiccional, lo cual es a todas luces, lesivo a las garantías procesales de raigambre constitucional.

Líneas más adelante, se dice en el Acuerdo Plenario, lo siguiente:

"Esta previsión legal tiene que ser analizada desde dos aspectos concretos:

A. Que es obligación del Estado proveer de los mecanismos necesarios para la realización de la pretensión punitiva derivada de un delito, pues los intereses tutelados por las normas procesales son eminentemente públicos, y en ese contexto preordena el proceso penal para asegurar la persecución del delito contra toda ilegítimo obstáculo.

B. El Estado por medio del Ministerio Público ejerce la pretensión punitiva que se deriva de un delito, promueve la paliación de la sanción correspondiente y solicita que se ejecute el fallo.

Conforme lo expuesto en el Acuerdo Plenario, cabe sostener lo siguiente: nadie duda, que sea una legítima actuación del Estado, velar por que la justicia, adquieran materialización en los casos concretos, de promover una eficaz persecución penal y, así, poder obtener al final del procedimiento penal una sentencia de condena, contra quien con su proceder conductivo ha lesionado y/o puesto en peligro, bienes jurídicos –penalmente tutelados–; lo cual se corresponde con la idea de justicia y con los fines preventivo-generales de la pena, fundamentales para poder desplegar efectos disuasivo-conminatorios hacia el colectivo, a su vez, para poder fomentar la conciencia jurídica de la sociedad y, para ello, se necesita que la ciudadanía perciba que las normas jurídico-penales, esto es, las penas, son impuestas con el rigor de la Ley. Siendo, que la persecución y sanción de los hechos punibles, reposa en un interés esencialmente público, reconociendo la naturaleza

social, de los bienes jurídicos, que son protegidos por el Derecho Penal. Sin embargo, debe también reconocerse que el poder penal estatal tiene límites, es decir, no se encuentra desprovisto de valoración, en cuanto ciertas instituciones, que el legislador ha consagrado en la normativa penal, así como los principios rectores plasmados en el Título Preliminar de la codificación punitiva.

Según las máximas de un Estado Social y de Democrático de Derecho, la política criminal ha de respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales del individuo, esto es, las libertades fundamentales, que no pueden ser afectadas, so pretexto de asegurar la persecución y sanción de todo fenómeno delictivo. Si fuese así, negaríamos el contenido axiológico, que debe tomar en cuenta el Derecho Penal, para que no se convierta en un resorte punitivo, en **puridad represivo, configurando una respuesta estatal únicamente asimilable en Estados autoritarios**; por tales motivos, debe quedar claro, que la sociedad y el Estado, han de renunciar a la persecución y sanción del delito, cuando motivos legales –valederos–, así lo aconsejen, en este caso, cuando la acción penal haya prescrito, como consecuencia del transcurso del tiempo, tomando en cuenta los derechos de todo justiciable, de ser sometido a un proceso penal en un tiempo razonable, así como del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas. Donde las argucias, artificios y otras conductas obstruccionistas de la defensa del imputado (dilaciones maliciosas), deben ser también valorados, en orden a fijar ciertas consecuencias jurídicas, conforme se desprende del artículo 137 del CPP de 1991 (duración de la detención[28]).

Es sabido, que la persecución penal ha de ser promovida por el persecutor público (fiscal), con arreglo a los principios de legalidad procesal, de oficialidad y de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal; a tal efecto, ha de promover el aparato persecutorio estatal, cada vez, que advierta (de oficio o a instancia del ofendido) y, en su momento oportuno –por medio de la acusación fiscal–, solicitar al órgano jurisdiccional, un determinado quántum de pena por el delito atribuido al imputado. Así también, no es menos cierto que la potestad persecutoria, así como la pretensión punitiva, ha de ejercitarlas el fiscal, conforme las directrices que emanan del principio de legalidad material, en el sentido de que abstenerse de ejercitar la acción penal, cuando de las diligencias investigativas, no se adviertan evidencias de la presunta comisión del hecho punible y, habrá de renunciar a su pretensión punitiva, cuando no haya logrado construir y/o elaborar una teoría del caso ("incriminatoria"), que con suficiente solvencia y credibilidad pueda demostrar en el juzgamiento, que se cometió un hecho punible (injusto) y que el

(28) Para el cómputo de los plazos de detención (sin haber sido sentenciado en primera instancia), no se tendrán en cuenta el tiempo en que la causa sufriere dilaciones maliciosas imputables al inculpado o su defensa.

acusado es su autor y/o partícipe. Tales alternativas no suponen de ningún modo, un debilitamiento de las potestades legales del fiscal, todo lo contrario, suponen un apego estricto a la Constitución y a la Ley, de que solo pueda recaer una sanción punitiva, cuando se tenga una conducta típica, penalmente antijurídica, atribuible a un sujeto infractor culpable (acusado); así, deberá también, abdicar en la promoción de la acción penal, cuando advierta que han operado los plazos prescriptorios de la acción penal (tanto ordinarios como extraordinarios), cautelando la validez de su correcto ejercicio. Dichas decisiones fiscales, encuentran pleno sustento jurídico, con la disposición principista, contemplada en el artículo IV del Título Preliminar del nuevo CPP, que dispone a la letra lo siguiente: "El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional".

El TC, es claro, al sostener que: "(…) 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".

En el fundamento 29, sostiene el Tribunal Supremo, que:

> "Desde esta perspectiva el fundamento de la posibilidad de suspender el plazo de prescripción dirigiendo el procedimiento contra el presunto culpable constituye el instrumento que tiene el Estado y ejecuta el órgano judicial para poner de manifiesto que aún se vislumbran posibilidades de éxito en la investigación del presunto delito y que la infracción pueda ser castigada –el acto del fiscal que constituye la formalización del proceso se realiza después que se identificó e individualizó plenamente al imputado, se describió los hechos, se tipificó la conducta en la norma correspondiente y se reunió indicios reveladores de la comisión del delito, valorando adecuadamente todas las circunstancias del caso– para evitar la sensación de impunidad en la sociedad, como marco de la política criminal del Estado". Afirmación que hemos de concatenarla, con lo expuesto en el Considerando 31-B, cuando se dice: "Dicha institución sustantiva está inspirada en el interés de la sociedad de que no haya delitos impunes, pero limitando a los órganos encargados de la persecución penal. Una interpretación distinta, supone aceptar que la prescripción es un derecho establecido a favor del imputado y el rechazo a la existencia de causas procesales que suspendan el curso de la prescripción. Sin embargo, esto implica olvidar el interés social en la persecución de los delitos"; sin embargo, en el Considerando 6 de la decisión, señala que: "La institución de la prescripción

como está regulada en el artículo ochenta y seis del Código Penal, es una frontera del Derecho Penal material que establece una autolimiitación al poder punitivo del Estado, en tanto el proceso no puede tener una duración indefinida sobre situaciones jurídicas expectantes, pues ello vulneraría el derecho fundamental a la definición del proceso en un plazo razonable".

En definitiva, tanto la suspensión como la interrupción de los plazos de prescripción de la acción penal, tienen como fundamento basilar, viabilizar la persecución penal en el tiempo, valorando ciertas circunstancias –en particular–, justificando una ampliación de dichos plazos; mas cuestión distinta a saber, es construir doctrinariamente, una nueva "suspensión", cuyas consecuencias jurídicas, contravienen principios, que se adhieren a la idea del debido proceso, en cuanto al derecho del imputado, de ser sometido a un proceso en un plazo razonable, a un juicio sin dilaciones indebidas y a la celeridad procesal, que justamente acoge el nuevo CPP. El hecho de evitar la impunidad, no puede llegar al extremo de vaciar de contenido, los principios fundamentales de un debido proceso penal; lo dicho a pesar, de que el mismo Tribunal Supremo, reconoce el derecho fundamental **a la definición del proceso en un plazo razonable**.

Por otro lado, volvemos a reiterar nuestra postura, de que la institución de la prescripción, no ha sido creada para fomentar la impunidad de los delitos, sino para cautelar la seguridad jurídica, indispensable en el Estado Constitucional de Derecho, así como el sometimiento de los justiciables a un proceso de plazos razonables. Siendo así, no solo el imputado está interesado, en que la causa penal sea dirimida con prontitud, sino también, la víctima y la sociedad. En tal merced, la suspensión de los plazos prescriptorios, toma lugar para favorecer la vigencia de la persecución penal, en aras de proteger los intereses del colectivo; empero, dicha justificación axiológica, no puede significar a su vez, la fijación normativa de una nueva "suspensión"[(29)], tendiente a evitar a toda costa, que la acción penal pueda prescribir en el decurso del procedimiento penal, pese a que las dilaciones procesales resultan únicamente atribuibles a los órganos de persecución y sanción del delito.

Sin embargo, para Pariona Arana, la finalidad político-criminal por la que se ha decantado el legislador peruano ha sido de evitar que en el nuevo modelo procesal penal se produzcan casos de impunidad cuando la justicia está actuando. Esta ha sido la opción político-criminal que legítimamente ha adoptado el legislador. Se puede criticar esta decisión del legislador o criticar la técnica legislativa

(29) Así, Pariona Arana, R., al sostener que si bien con una técnica legislativa poco feliz, el legislador ha introducido legislativamente una nueva causal de suspensión; "La prescripción en el Código Procesal Penal de 2004. ¿Suspensión o interrupción de la prescripción?". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 23, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2011, p. 230.

adoptada, pero lo que no puede desconocerse es que esta decisión existe y que constituye derecho positivo de obligatorio cumplimiento(30).

En puridad de la verdad, no estamos seguros, de que la intención del legislador, de legislar la "suspensión", en el contenido normativo del artículo 339 del nuevo CPP, era de acabar con todo viso de impunidad, lo que sí estamos seguros es que la política criminal plasmada en la dación de un sistema procesal penal acusatorio-garantista, fue el manifiesto de apelar a una codificación, –que en rigor–, respetase el contenido esencial de los derechos procesales constitucionales, de consagrar las máximas del haz de derechos que se compaginan en la idea del debido proceso y de fortalecer la persecución penal, con arreglo a un ideal de justicia material. Así también, estamos seguros, de que suspender indefinidamente los plazos de prescripción de la acción penal, no es nada conciliable, con la seguridad jurídica que debe imperar en la justicia penal en un Estado Constitucional de Derecho y, que según los principios de igualdad constitucional, legitimidad sustancial y de sistematización normativa, la institución aplicable es la interrupción de la acción penal(31). El hecho de que la suspensión sui genéris haya sido positivizada, no quiere decir, que su aplicación sea inevitable, pues cabe recordar, que no estamos ante un sistema estrictamente positivista, sino que las potestades valorativas que cuenta hoy en día el juzgador, le permite efectuar una interpretación normativa, que tenga correspondencia con la verdadera naturaleza de las instituciones jurídicas, así como la teleología que conduce su imposición en los casos concretos.

En el acápite 4.6 de su resolución, la Sala de Apelaciones de Huaura, se pregunta lo siguiente: "¿acaso no tiene el imputado derecho a que su proceso sea resuelto en un plazo razonable cuando ha concurrido a todos los actos procesales? Consideramos que sí; diferente es el supuesto en que las dilaciones son atribuibles al propio imputado quien obviamente, no puede ni tendrá derecho a exigir un plazo razonable para que sea resuelta su causa y en eso sí coincidimos con lo expuesto en el acuerdo plenario.

En el Considerando 31-E, el Tribunal Supremo ha dejado sentado lo siguiente: "La reforma del sistema procesal implicó cambios radicales e importantes constituyendo uno de los más significativos relevar a los jueces de las labores de

(30) PARIONA ARANA, R. Ob. cit., p. 229.

(31) Así, Gálvez Villegas, Rabanal Palacios y Castro Trigoso, al puntualizar que existiría una contradicción entre el artículo 339.1 del NCPP y el artículo 83 del CP. Siendo así, y estando ante una antinomia jurídica, se tendrá que determinar cuál es la norma aplicable al caso; y estando a que la prescripción es una institución de carácter sustantivo, la norma pertinente para su regulación es el Código Penal, y, por tanto, será esta la norma especial y, por tanto, aplicable al presente caso; consecuentemente, la antinomia se resolverá dando preeminencia a la norma sustantiva. En este orden de ideas, la prescripción se interrumpirá no solo con el inicio de la investigación preparatoria, sino también con las actuaciones preliminares del fiscal. *El Código Procesal Penal*. Lima, 2008, p. 673.

investigación dentro del proceso penal –propio de un sistema acusatorio– y por otro lado, la reforma de la aplicación de instituciones dentro del nuevo sistema. En ese contexto, en el ordenamiento procesal la 'suspensión de la prescripción' se forja en un proceso estructurado que respete las garantías del debido proceso, promueve valores constitucionales medulares y definitivos para la protección jurisdiccional efectiva".

De recibo, la reforma procesal –en nuestro país–, supuso un cambio trascendental, en la forma de cómo perseguir el delito, consagrando las garantías procesales constitucionales en el Título Preliminar del nuevo CPP, de cuyo cuño, se identifica la necesidad de afianzar la eficacia de la persecución penal, mediando la introducción de mecanismos y herramientas, que proveen al fiscal, de instrumentos idóneos para agilizar y viabilizar la investigación penal. A su vez, ello implicó también, el propósito innegable, de consolidar el régimen de garantías procesales y sustancias constitucionales, en el desarrollo legal del nuevo CPP, dando lugar al respeto inescrupuloso de las garantías del debido proceso, entre estas, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable y a la celeridad procesal(32). Por consiguiente, la vigencia de estos últimos no puede ser relativizada, en aras de cautelar la efectividad de la persecución penal, lo cual resulta incompatible con la estructura axiológica de un verdadero Estado Constitucional de Derecho.

Lo que ha querido el Tribunal Supremo es castigar las delaciones procesales atribuibles a la defensa del imputado, a través de la sanción de una nueva suspensión, encaminada a alargar significativamente, la posibilidad de que la acción penal prescriba en el curso del proceso penal; así, se advierte cuando en el Considerando 31.D, se expresa que: "No puede concebirse que los imputados tengan el derecho a la resolución del proceso en un plazo razonable en los que el retraso pueda ser provocado por su propia actitud procesal para evitar el avance del procedimiento y prescribir el delito, lo que debe evitarse".

En opinión de Burgos Alfaro, pareciese que el Acuerdo quiso ingresar a ampliar el concepto de la suspensión, señalando que esta también es posible cuando existen causas visibles de que el proceso ha sufrido una dilación atribuible al imputado o a su abogado defensor, lo que constituye –tal como ha referido la propia doctrina– una consecuencia negativa de la prescripción, pues esta se aplica independientemente de si la persona ha colaborado o no con la administración de justicia o ha realizado un comportamiento obstruccionista en el proceso: se aplica

(32) En el apartado 31.F., se dice que: "(…) Es evidente que el nuevo sistema procesal busca simplificar, descongestionar, acelerar y hacer más eficiente la Administración de Justicia penal, asegurando una mayor eficiencia y eficacia en tanto en cuanto a la decisión de los jueces estén en capacidad de resolver oportunamente".

a todos los casos y a todos los imputados al margen de su conducta procesal luego de verificado el mero transcurso del tiempo(33).

El mismo autor citado, anota, que si bien el Acuerdo señala que la suspensión del plazo de prescripción significa que la ley "otorga más tiempo", no define hasta cuándo debe durar ese tiempo. Pareciera que se refiere a que la prescripción se suspenderá hasta la emisión de una resolución judicial firme, lo que evidentemente implica la abolición de la prescripción, que se convertiría en un tema del pasado, pues al emitirse la formalización de la investigación preparatoria nunca ocurriría en virtud de la suspensión de la acción penal(34).

Finalmente, en el Considerando 32 del Acuerdo Plenario, se deja sentado que:

> "En ese contexto, es claro que el plazo de suspensión del proceso se produce dentro del marco impuesto por la Ley, no es ilimitado y eterno y se corresponde con la realidad legislativa de la nueva norma procesal y en el marco de política criminal del Estado. Por tanto, con los límites racionales regulados no habría un exceso de tiempo hasta la culminación del proceso con un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre porque con la previsión de ley fijando pautas de duración de los procesos no debería existir menoscabo a un juicio justo en un tiempo razonable y donde el derecho de la sociedad a defenderse del delito se armoniza con el del imputado, de modo que no se sacrifica a ninguno de ellos a favor del otro".

Hemos postulado la idea, de que el nuevo CPP, ha de combinar "eficacia" con "garantías", lo cual supone combinar armoniosamente, la tutela de la libertad fundamental del imputado con el interés social en la persecución y sanción del delito, lo cual no se respeta en el acuerdo –*in comento*–, pues se vacía de contenido, el derecho fundamental de todo justiciable, de que su causa se resuelva con prontitud y en un plazo razonable, lo cual no se garantiza, cuando se convalida e interpreta una norma procesal, que define una persecución penal indefinida, al imposibilitar, que la acción penal pueda prescribir en el decurso del procedimiento penal, con ello se frustra una legítima expectativa de todo imputado.

La evidente intención de cautelar los intereses de la sociedad, no puede significar un debilitamiento de la garantías procesales, de consagración constitucional y de reconocimiento en instrumentos jurídico-internacionales (Convención Americana de Derechos Humanos, para ello, debe hacerse uso de otros mecanismos

(33) BURGOS ALFARO, J.D. "La formalización de la investigación preparatoria. ¿Suspensión o interrupción de la acción penal?". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, cit., pp. 262-263.

(34) Ibídem, p. 264.

procesales[35], encaminados a sancionar las delaciones indebidas del procesado y de su Defensa.

Resultando a la par, que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, se ve afectado seriamente, cuando se configura una suspensión de los plazos de prescripción sin límite temporal, lo que hace inclinar la balanza a los intereses del colectivo. Estado de la cuestión, incompatible con los dictados de un Estado Social y Democrático de Derecho, reñido con sus conceptos basilares elementales.

Por su parte, la Sala de Apelaciones de Huaura, sostiene en el Considerando 4.8:

> "Que, por tanto del análisis efectuado nos encontramos con normas contradictorias sobre interrupción y suspensión de la prescripción, por tanto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.11 de la Constitución Política y el artículo VII.4 del Título Preliminar del Código Procesal Penal: 'En caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo', siendo por tanto de aplicación la norma penal por ser más favorable al imputado y debe entenderse por interrupción y no por suspensión lo que preceptúa el artículo 339.1 del mismo cuerpo normativo. Así, en otro análisis jurisprudencial, se estima que: 'Para nuestro caso, la regulación de la prescripción y suspensión del Código Penal es la más favorable al ciudadano y más inherente a la razón de la prescripción como garantía de limitación al *ius puniendi* que aquella contenida en el CPP del 2004 (...)[36]'".

Ante dos normas penales (una sustantiva y otra de orden procesal), ha de preferirse aquella que resulte más favorable al imputado, en el presente caso, la institución de la interrupción de los plazos de prescripción de la acción penal; sometida tal decisión a una racionalización de la respuesta punitiva estatal, conforme a un Derecho Penal democrático, que ha de incidir en una descarga mínima de la violencia coactiva estatal[37].

Por lo demás, debe decirse, que la naturaleza **sustantiva que advierte la institución de la prescripción, no tiene que ver con la sustantividad del injusto o con la culpabilidad del sujeto infractor[38], sino con la necesidad de pena, así**

(35) Así, BURGOS ALFARO, J.D. Ob. cit., p. 266.

(36) "¿El artículo 339.1 del NCPP regula en caso de interrupción o de suspensión de la prescripción de la acción penal? Inaplicación del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 29, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 2001, p. 280.

(37) Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*. Tomo II, cit., pp. 143-144.

(38) Vide, al respecto, PARIONA ARANA, R. Ob. cit., p. 230.

como con su condición de presupuesto de punición, pues antes de que el fiscal puede ejercitar la pretensión punitiva, ha de valorar primero, si es que la acción penal se encuentra o no vigente en tiempo.

Como lo hemos postulado, los efectos de la formalización de la investigación preparatoria, solo pueden provocar la interrupción de la acción penal y no la suspensión, tal como se ha propuesto en la redacción normativa, pues los efectos de una y otra son en suma diversos. Los plazos de prescripción se suspenden, cuando el comienzo o la continuación del proceso penal, dependa de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento; cuando en otra vía se está ventilado el hecho –presuntamente delictivo–, o se requiera de un pronunciamiento administrativo (antejuicio constitucional), así se desprende del artículo 84 del CP. Por consiguiente, el legislador se ha equivocado enormemente, al haber empleado el término "suspensión"[(39)].

VI. ACUERDO PLENARIO N° 3-2012/CJ-116

La Corte Suprema, advirtiendo que el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, no era lo suficientemente claro para resolver la problemática aparecida, por una previsión legal –carente de toda sistematicidad y unidad conceptual–, expide que el Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116; empero, la proyección de nuevos lineamientos jurisprudenciales, bajo el corsé de esta institución jurídica, se encaminaron únicamente a dos cosas a saber: primero, a dotar de una mayor dosis de justificación a esta nueva clase de "suspensión", apelando a una argumentación cargada de contenido histórico-normativo, más que a una sustentación teórico-conceptual, que en puridad pueda desentrañar los fines político-criminales que inspiraron la regulación de la suspensión de la prescripción de la acción penal en la codificación punitiva de 1991. Se dice, así que es una "doctrina y jurisprudencia minoritaria", la cual plantea, según la CS –**sin mayor detalle argumental**–, que la disposición del artículo 339 inciso 1 del nuevo CPP, ha de interpretarse de acorde a los contenidos normativos de los artículos 83 y 84 del CP; algo que en realidad escapa a la realidad de la discusión, en el entendido de que han sido varias las voces

(39) PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*. Tomo II, cit., pp. 268-269.

que se han alzado contra esta insalvable coherencia normativa (flagrante *dicotomía*[40][41][42]) y, basta ver en el presente el avance de la profundidad con la cual se ha desarrollado esta discusión, que ha de resolverse mediante las reglas básicas y generales de todo ordenamiento jurídico, basado en la plenitud, en la coherencia y en la sistematicidad. A ello debo añadir, que el mismo TS, afirma la plena vigencia de lo dispuesto en el artículo 84 del CP, señalando que el artículo 339 inciso 1 del CPP de 2004, no ha **derogado ni modificado, directa o indirectamente**, dicho articulado; siendo a su parecer, instituciones independientes, aunque aludan a una **misma institución penal como es la suspensión de la prescripción de la acción penal. Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de suspensión de la prescripción de la acción penal que puedan operar de modo secuencial, paralelo o alternativo**.

Entonces, la pregunta es la siguiente: ¿Resulta correcto o si se quiere decir válido, que en una República unitaria, sostenida bajo el modelo del Estado Constitucional de Derecho, puedan coexistir una institución jurídica, pero bajo marcadas diferencias en sus consecuencias legales? Tajantemente negativo, ello implica desconocer en toda su esencia y extensión, lo que significa la seguridad jurídica en un orden democrático de derecho, que solo puede cautelarse con la sistematicidad

(40) Se dice, que estamos ante una "antinomia", cuando dos normas que regulan una misma situación jurídica, conllevan situaciones jurídicas totalmente distintas, es decir, mientras la ley A, dispone que el hurto es constitutivo de un delito, siempre que el objeto material del delito supere una RMV, la disposición que regula la falta contra el patrimonio contempla que no es necesario que el objeto material del delito, supere dicha valla valorativa.

(41) El Juez del Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria en el Exp. N° 4430-2008-19 señala que para resolver la antinomia en el caso de autos, resulta aplicable el principio de favorabilidad, reconocido en el artículo 103 de la Constitución, como una regla aplicable a materias de carácter penal, la que supone aplicar la norma que más favorezca al reo. Asimismo, el artículo VII.4 del Título Preliminar del CPP de 2004 reafirma tal principio cuando establece como regla para el operador jurídico que en caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo.

(42) El hecho de que la norma contenida en el nuevo CPP haya sido emitida con posterioridad a la del CP de 1991, no puede de ningún modo avalar la validez de la primera de las mencionadas, pues el tema de optar por el precepto legal valedero, no es una cuestión de temporalidad, sino imaginemos las Leyes de Amnistía, que se dieron en la década de los noventa, que en el papel, derogan normas plenamente válidas; el tema pasa por una filtro de valoración teleológico y axiológico a la vez, que en materia penal no puede desprenderse de su fundamento material, en cuanto a poner límites a todo exceso o manifestación de arbitrariedad; de ahí, que discrepemos con Cruz Vegas, cuando sostiene que en el presente caso no se puede hablar de favorabilidad, pues estamos ante una sola norma que ha sido modificada; además, dice, no olvidemos que toda norma o disposición que se oponga a lo establecido por el NCPP queda sin efecto, según lo expresa la tercera disposición derogatoria de este corpus procesal; "La formalización y continuación de la investigación preparatoria. ¿Causal de suspensión o de interrupción de la prescripción de la acción penal?". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, cit., p. 235; según esta errática posición, el artículo 84 del CP, habría quedado vacío de contenido, lo cual es totalmente al revés, pues aquella es la que legítimamente puede regular esta institución jurídica y disponer sus efectos, máxime, cuando en todo el territorio patrio donde aún se aplica el modelo procesal antiguo, se está aplicando esta normativa y, así se deduce también del Acuerdo Plenario N° 3-2012, lo cual se encuentra plenamente ajustado a Derecho; la disposición procesal no ha derogado tácitamente ni expresamente el artículo 84 del CP.

de las codificaciones legales; esto supone un inexplicable tratamiento jurídico desigual, sostenido en una deficiente técnica legislativa, que en vez de superarse mediante la interpretación teleológica, que ello demanda, como sucedió en el marco de los delitos sexuales, con la obtusa modificación del inciso 3) del artículo 173 del CP, que la misma Corte Suprema se encargó de definir, bajo criterios interpretativos compatibles con los fines de un Derecho Penal democrático; y hay algo, que no se ha dicho acá, que se genera una consecuencia jurídica, a una disposición fiscal, cuando lo correcto era determinar aquella, desde el primer momento en que se realizan los primeros actos de investigación, sea por la PNP o por el Ministerio Público, de acorde a lo reglado en el artículo 83 del CP.

Con el respeto que nos merece la máxima instancia de la judicatura nacional, criterios acogidos en la legislación comparada, así como remitirse a contextos histórico-normativos, no pueden justificar axiológicamente, la vigencia de una institución jurídica (**suspensión de la prescripción de la acción penal**), distinta a la normada en el texto punitivo de 1991, por lo que lo correcto es entender que los efectos de la formalización de la investigación preparatoria, es la "interrupción" de la prescripción de la acción penal. El cabal entendimiento de una institución jurídica, debe resolverse depuradamente, según los tiempos actuales, de acorde a los vientos político-criminales, que determinaron la regulación de aquella, y, en este caso, hemos de remontarnos únicamente a la ratio de la suspensión instituida bajo los glosarios normativos del CP de 1991, donde ninguno de los tratadistas, que la estudian, han deslizado la idea de que se pueda instituir un cuerpo ajeno a ella.

Lo segundo, que debe reconocer, es de haber puesto un límite temporal, a la posibilidad de que la acción penal prescriba en el decurso del procedimiento penal, con arreglo a la garantía del "plazo razonable". Es así, que en el Fundamento 5 del Acuerdo Plenario, se señala que: "En este contexto, pues, y ateniendo a los antecedentes históricos de la suspensión de la prescripción en nuestra legislación, cabe asimilar, para satisfacer tal expectativa social, el mismo límite temporal que contenía el derogado artículo 122 del Código Penal de 1924. Esto es, en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339 inciso 1, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo".

Finalmente, debe subrayarse que existen otros reparos –difíciles de superar–, con respecto a la **suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal mediando la formalización de la investigación preparatoria**; primero, en el sentido de que las diligencias preliminares de investigación que toman lugar en las llamadas "diligencias preliminares", importarían ya –a nuestro entender–, la **interrupción de los plazos de prescripción de la acción penal***,* pues no hay que esperar que se formalice la investigación preparatoria, para que se realicen actos típicamente **investigativos**; lo cual ha de distinguir que recogen únicamente la

noticia criminal, sin tener identificados a los presuntos sospechosos, con aquellas diligencias preliminares que se realicen sobre personas identificadas y sobre hechos concretos; en este último caso, es que ya operaría el inicio de los plazos de prescripción de la acción penal, sin necesidad de esperar a la disposición de formalización de la investigación preparatoria. Conforme la normativa del C de PP de 1940, siguiendo en estricto el artículo 83 del CP, las actuaciones del Ministerio Público, interrumpen la prescripción de la acción penal y, no propiamente la formalización de la denuncia y/o el auto apertorio de instrucción, según los términos normativos del artículo 77 del C de PP. La pregunta sería la siguiente: ¿Puede interrumpirse dos veces la prescripción de la acción penal?, parece que la repuesta es negativa, por lo que el enunciado legal contenido en el artículo 339. del nuevo CPP, requiere urgente de una reforma legal.

Lo otro, es que en el marco de los procesos penales especiales, la "querella" (delitos de persecución penal **privada**), no se emite una disposición de IP, por parte del representante del Ministerio Público, para dar inicio formal al proceso penal, sino que es el juez penal, quien recibe directamente la denuncia, quien expide el denominado "auto admisorio de la instancia", corriendo traslado al querellado por el plazo de cinco días hábiles, para que conteste y ofrezca la prueba que corresponda, tal como se desprende del artículo 462 del nuevo CPP. Por consiguiente, ¿cómo quedaría en este supuesto el inicio de los plazos prescriptorios?, bajo ninguna consideración, podría extenderse los efectos de la formalización de la IP, al auto admisorio judicial, pues sería esto una franca contravención al principio de legalidad; no queda otra camino, que aplicar las reglas del Código Penal, en toda su extensión y consecuencias jurídicas, tanto en lo que respecta a la interrupción como a la suspensión de la prescripción de la acción penal, máxime cuando las prescripciones procesales –en vigor–, permiten al juzgador, ordenar a la policía la realización de actos de investigación. En consecuencia, la intrasistematicidad entre el Derecho Penal sustantivo y el Derecho Procesal Penal, en esta hipótesis se encuadra perfectamente.

VII. REFLEXIONES FINALES

Conforme la línea argumental esbozada, se advierte una doctrina legal –contenida en el Acuerdo Plenario–, encaminada a fortalecer la persecución penal estatal, bajo la bandera de la lucha contra la impunidad, ha significado el vaciamiento de garantías procesales –constitucionales–, de primer orden, en cuanto a los principios de todo justiciable de ser sometido a un proceso en plazos razonables, de celeridad procesal y a un juicio sin dilaciones indebidas.

El hecho de que el imputado y su defensa, puedan incurrir en dilaciones maliciosas en el decurso del procedimiento penal, no puede desencadenar la sanción de normativas, que trastoquen la naturaleza de las instituciones jurídicas, en este

caso la "suspensión" de los plazos de prescripción penal, en el sentido que toma lugar una suspensión sui géneris, ajena a su concepción legal y doctrinal, conforme se desprende del artículo 84 del nuevo CPP, donde la posibilidad de que la acción penal prescriba en el decurso del proceso penal, se torna en una empresa inviable para el imputado.

Con lo dicho, queremos afianzar la idea de que la prescripción no es una institución que haya sido creada legislativamente para permitir la impunidad de los delitos, sino para cautelar la seguridad jurídica, fundamental en una justicia penal según los dictados de un Estado Constitucional de Derecho. Precisamente, la sanción del nuevo CPP supone el afianzamiento de la celeridad procesal, como la vía arbitrada que ha previsto el legislador, para que la persecución penal sea eficaz y eficiente; empero, dichos legítimos objetivos, no pueden implicar a su vez, el desmantelamiento de las garantías materiales y procesales, que fueron edificándose hace más de dos siglos y, que tanto esfuerzo costó a sus ideólogos y propulsores. Máxime, cuando la estructura basilar del nuevo CPP, se asienta justamente sobre los principios y garantías de raigambre constitucional, que se constituyen en límites de la persecución penal.

Siendo así, no puede convalidarse la vigencia de dispositivos legales, abiertamente contrarios con los fines axiológicos que guían la sanción de determinadas instituciones –como la suspensión de la prescripción–, a lo cual se suma, la necesidad de cautelar la sistematización y coherencia que debe guardarse entre las diversas parcelas del ordenamiento jurídico-penal; por lo que resulta inadmisible que se construya –normativa y doctrinariamente–, una suspensión totalmente distinta a la reglada en el artículo 84 del texto sustantivo.

Visto así las cosas, no queda más que consolidar la visión neoconstitucionalista de la actuación jurisdiccional y del resto de operadores jurídicos, donde la interpretación de las normas jurídico-penales, ha de seguir en estricto, las pautas antes mencionadas, tal como se devela en la resolución de la Sala de Apelaciones de Huaura, donde se han hecho prevalecer, criterios de sistematicidad y de coherencia normativa, así como los principios elementales de un Derecho Penal democrático, en consonancia con un debido proceso penal.

Quienes nos dedicamos a la labor doctrinaria hemos de ser consecuentes con nuestras ideas y pensamientos, de forma, que la defensa del Estado Constitucional de Derecho, importa definir a la previsión legal glosada en el artículo 339 del nuevo CPP, como una causal de "interrupción de los plazos de prescripción de la acción penal", lo cual se ajusta al principio de igualdad constitucional, considerando que en distritos judiciales como Lima, cuando se dan inicio a los actos de investigación, la consecuencia lógica y natural es la interrupción de la prescripción y no la suspensión.

Por lo demás, como la ha destacado un sector importante de la doctrina nacional, los "Acuerdos Plenarios", solo pueden desplegar fuerza argumentativa, como doctrina jurisprudencial, en la resolución de los casos concretos, por parte de la judicatura, al no estar provista de los presupuestos –formales y materiales–, que el artículo 301-A del C de PP, define al respecto; es decir, no cuentan en realidad con la calidad de "precedentes vinculantes", siendo insuficiente la invocación del artículo 116 del TUO de la LOPJ. Como bien se afirma en la doctrina jurisprudencial, el valor de los acuerdos plenarios es solo persuasivo y representa una recomendación a los magistrados para que puedan resolver las causas según los puntos resolutivos adoptados de manera unánime o por mayoría. No se trata de sentencias judiciales ni de autos porque no resuelven un caso judicial o un asunto sometido a controversia, no tampoco supone el ejercicio de la jurisdicción. En rigor el pleno no es más que una reunión oficial de magistrados con fines académicos en la que se discuten cuestiones penales y procesales controvertidas, pero que no tiene sus acuerdos el valor de jurisprudencia al no ejercer ninguno de ellos en ese momento función jurisdiccional, entendido en su acepción elemental de resolver un conflicto jurídico-penal real con "personas de carne y hueso"[43].

(43) "¿El artículo 339.1 del NCPP regula un caso de interrupción...", cit., p. 267.

El derecho fundamental a la pluralidad de instancia

I. APROXIMACIÓN

Es sabido que el concepto omnicomprensivo del "debido proceso" abarca en su haz de derechos al que se conoce como el de acceso a la "pluralidad de instancia". Esto quiere decir el derecho de todo justiciable a acudir a un órgano jurisdiccional superior a fin de que revise –tanto en cuanto a la forma como el fondo– la resolución venida en grado.

Dicho esto, el derecho a la pluralidad de instancia se enmarca en una garantía esencial que tiene como finalidad primordial cautelar que las resoluciones judiciales sean dictadas conforme a Derecho, constituyéndose en una vía de interdicción de todo viso de arbitrariedad.

Es por tales motivos que su reconocimiento adquiere vigor constitucional, tal como se desprende del numeral 6 del artículo 139 de la Ley Fundamental; derecho fundamental que se extiende a todo proceso judicial, entre ellos, al proceso penal, donde adquiere vital importancia, en la medida en que las decisiones judiciales que allí se emiten pueden significar la restricción, limitación y/o privación de las libertades fundamentales.

Se sostiene en la doctrina nacional que el derecho al recurso como derecho fundamental se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales y en nuestra Constitución Política. El contenido de este derecho se relaciona con la posibilidad de acceder a una nueva decisión que pueda ser favorable al recurrente, quien cree que ha sufrido un agravio de parte del juez a quo(1).

Se tiene, entonces, que la "pluralidad de instancia" se compagina en el plexo del debido proceso como un derecho fundamental que debe respetarse por la jurisdicción. Empero, su procedencia y admisibilidad se encuentran condicionadas a un ámbito de configuración legal propuesta normativamente por el legislador. Esto quiere decir que los recursos impugnativos, como todo mecanismo procesal,

(1) SÁNCHEZ CÓRDOVA, J. H. "El recurso de apelación: Problemas de aplicación derivados de la reforma procesal penal". En: *Medios impugnatorios*. Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2011, p. 84.

debe estar expresamente previsto en la ley con arreglo al principio de estricta "legalidad", tanto en lo que respecta a su tipología como al procedimiento que debe seguirse para su real concreción.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 32 de la STC Exp. Nº 4235-2010-PHC/TC-Lima, expresa que: "(…) el Tribunal Constitucional tiene la obligación de respetar un libre y razonable margen de apreciación por parte del legislador democrático. Es decir, el Tribunal Constitucional tiene el deber de reconocer que, mientras no resulte violado el contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el legislador democrático tiene muchas posibilidades, todas ellas 'constitucionalmente posibles', de configurar su contenido legal de relevancia constitucional".

Dicho ámbito de configuración legal tiene un propósito muy importante: definir en qué casos resulta realmente necesario prever el acceso a la pluralidad de instancia, en el sentido de que no toda decisión jurisdiccional ha de merecer su revisión por parte de un órgano jurisdiccional superior, aspecto que debe entenderse en armonía con otros principios fundamentales que debe respetar todo proceso judicial, en cuanto a la celeridad procesal; en el caso particular del proceso penal, el derecho de ser sometido a un procedimiento en un "plazo razonable".

Sin embargo, en el ámbito específico del proceso penal, la garantía esencial de la pluralidad de instancia debe garantizarse en toda decisión judicial que ponga fin a la instancia o al proceso.

II. LA STC EXP. Nº 4235-2010-PHC/TC-LIMA

En el caso que nos ocupa, la acción de hábeas corpus incoada por la defensa del expresidente Fujimori pretende que se declare la procedencia de los recursos de nulidad interpuestos contra los autos de fecha 26 de junio de 2009, que, a su vez, declararon infundadas las recusaciones planteadas en los incidentes N°s 19-2001-A, 19-2001-B y 19-2001-C, derivados del proceso penal Nº 19-2001-AV.

Se solicitaba que la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia admitiera los recursos, conforme al procedimiento establecido en el artículo 40 del Código de Procedimientos Penales, y que los vocales supremos que resolvieran dichos recursos sean jueces diferentes a los emplazados. A tal efecto, lo que ha de definirse es si, en el presente caso, se ha vulnerado o no el derecho fundamental a la pluralidad de instancia.

Lo primero que debe señalarse es que la ley procesal penal vigente no reconoce la posibilidad de acudir a una segunda instancia cuando se desestima la recusación de un vocal de la Corte Suprema. Lo segundo es que el derecho a recurrir (impugnar) en un proceso penal, tiene que ver necesariamente con decisiones judiciales que pongan fin a la instancia o al proceso.

Así, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo previsto en la ley".

El Tribunal Constitucional español (SSTC 76/1982, de fecha 14 de diciembre; 37/1988, de 3 de marzo; y 106/1988, de 8 de junio) entendió inicialmente que de la lectura del artículo 14.5 del Pacto Internacional se desprende que no establece propiamente una "doble instancia", sino la sumisión del fallo condenatorio y de la pena impuesta a un tribunal superior, sumisión que debía ser conforme a lo previsto en la ley, por lo que será cada país el que determinará sus modalidades(2).

En tal sentido, la exigencia de doble instancia se circunscribe, en principio, a toda aquella resolución judicial que implique una sentencia de condena, así como a toda decisión que suponga una afectación y/o limitación de derechos fundamentales (medidas de coerción procesal y medidas limitativas de derechos fundamentales).

Empero, desde la visión del modelo "acusatorio-garantista", plasmado en el nuevo Código Procesal Penal, debe reconocerse que este derecho debe extenderse también a las sentencias absolutorias, en defensa de los intereses de la sociedad, representada por el Ministerio Público(3).

De ahí que puedan establecerse excepciones al derecho a recurrir (doble instancia), lo cual importa reconocer un ámbito de cierta discrecionalidad al legislador al momento de establecer qué decisiones han de ser susceptibles de impugnación; por consiguiente, no toda resolución jurisdiccional podrá se recurrida, sin que ello implique la afectación de un derecho fundamental.

En el fundamento jurídico 25 de la mencionada sentencia, el Tribunal Constitucional expresó:

> "En resumen, a criterio del Tribunal Constitucional, prima facie y sin perjuicio de ulteriores precisiones jurisprudenciales que pueda ser de recibo realizar, pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el derecho de toda persona a un recurso eficaz contra:
>
> a) La sentencia que le imponga una condena penal.
>
> b) La resolución judicial que le imponga directamente una medida seria de coerción personal.

(2) CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. "El derecho a la doble instancia penal: Presente y futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fáctica en las sentencias de apelación penal". En: *Cuadernos de Derecho Judicial.* N° XV (Constitución y garantías penales), 2003, p. 16.

(3) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. "Los medios de impugnación en el nuevo CPP y los principios acusatorio y dispositivo". En: *Medios impugnatorios. Problemas de aplicación del Código Procesal Penal del 2004.* Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2010, pp. 9-43.

c) La sentencia emitida en un proceso distinto del penal, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental.

d) La resolución judicial emitida en un proceso distinto del penal, con vocación de poner fin al proceso, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental".

Ahora bien, la defensa del expresidente Fujimori sostiene que, en el presente caso, resulta de aplicación lo previsto en el artículo 40 del Código de Procedimientos Penales, que indica:

> "Al formularse la recusación deberán acompañarse las pruebas instrumentales que la sustentan, requisito sin el cual no será admitida. El incidente se tramitará por cuaderno separado corriéndose traslado por tres días al magistrado recusado. Vencido este término, la Sala, previa vista fiscal, resolverá lo que corresponda. Si el vocal conviene en la causal de recusación, la Sala, sin más trámite, expedirá resolución dentro del tercer día. Contra la resolución de la Sala Superior en la que se pronuncia sobre la recusación, procede el recurso de nulidad, el que será resuelto dentro del tercer día de recibido el cuaderno con el dictamen del fiscal supremo que deberá ser emitido en el mismo plazo".

Al estipular de forma taxativa que el recurso de nulidad solo procede ante recusaciones que se formulan contra vocales superiores, el recurrente alega que dicho precepto legal debe ser interpretado de forma sistemática con el artículo 34.2 del Código de Procedimientos Penales que dispone lo siguiente:

> "Si la causa se encuentra en la Corte Superior o en la Corte Suprema, la recusación igualmente deberá interponerse hasta tres días hábiles antes de haberse citado a las partes para la celebración de la audiencia o vista de la causa".

El enunciado normativo invocado solo hace alusión a la posibilidad de que un vocal supremo pueda ser recusado y los plazos que deben acatarse para que pueda admitirse el trámite de la recusación; pero de sus términos normativos no se infiere aspecto alguno sobre el derecho a impugnar un auto dictado por las salas penales de la Corte Suprema.

Es de verse que el recurrente apoya su tesis de defensa sobre la base de la presunción favorable, precisando que las normas tienen que interpretarse en el sentido más favorable a la eficacia del contenido esencial de los derechos fundamentales.

Es cierto que los criterios interpretativos de normas que restrinjan, limiten y/o afecten bienes jurídicos fundamentales, deben partir de planos favorables para el individuo, esto es, ser *pro homine*, tal como se desprende de la cuarta disposición

final y transitoria de la Constitución Política, que resulta una proclamación fundamental de un Derecho Penal democrático en cuanto a la racionalización de la descarga punitiva.

Empero, dicho criterio de interpretación normativa no puede postularse en todos los casos, pues, previamente, se debe definir con todo rigor la naturaleza de la norma legal cuestionada; siendo que en el presente caso se refiere a la imposibilidad de impugnar una resolución que declara infundada la recusación de un vocal supremo.

Si bien la pluralidad de instancia se comprende en la estructuración de un proceso penal que respeta las garantías que se compaginan en el debido proceso, no es menos cierto que dicho contenido esencial no se verá afectado cuando razones fundadas hayan llevado al legislador a proscribir la impugnación de ciertas resoluciones judiciales.

Este es precisamente el caso de la recusación de los vocales supremos, donde el legislador no ha optado por regular normativamente la impugnación de la decisión que la judicatura tome al respecto, considerando dos aspectos. Primero, que dicha decisión no implica afectación, limitación y/o restricción al contenido esencial de las libertades fundamentales; y segundo, que la decisión la emite la máxima instancia del Poder Judicial (la Corte Suprema), es decir, siempre la última palabra la han de tomar las Salas Penales Supremas, de donde se desprende la garantía de una respuesta jurisdiccional debidamente razonada y motivada.

En cuanto al razonamiento esbozado, el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 43 de la sentencia, indica:

> "Se trata, además, de una interpretación que se condice en mayor medida con la finalidad del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, manifestada en el acceso a una razón experimentada y plural, lo que exige asumir que el derecho se relativiza significativamente (sin que ello suponga poder violar su contenido esencial) cuando la resolución judicial que pretende impugnarse, además de no versar sobre el fondo del asunto, es emitida por el órgano colegiado supremo de la jurisdicción ordinaria; máxime si dicha resolución judicial deriva, tal como ocurre en el caso de autos, de un proceso penal cuya totalidad de instancias e incidentes son resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la República, y que ha estado sometido a un nivel de escrutinio institucional y público sin parangón en la historia de la República".

Vistas así las cosas, debe agregarse que por intermedio de criterios interpretativos no pueden establecerse mecanismos impugnativos no previstos en la ley procesal, so pena de vulnerar el principio de estricta legalidad.

Así lo ha declarado la Sala Penal de la Corte Suprema, cuando sostiene que:

> "[N]o es posible en vía de hecho establecer procedimientos no previstos legalmente, como sucede en el caso de recurrir vía recurso de nulidad la decisión que desestima recusaciones contra miembros de la última instancia de fallo de este Poder del Estado. Asimismo, cabe precisar [que] bajo el manto de la pluralidad de instancias –el cual se circunscribe principalmente [a] las decisiones de fondo–, no es posible crear procedimientos o competencias no preestablecidas por incidentes surgidos dentro de la propia Corte Suprema".

Por lo demás, la posición asumida se condice con la línea político-criminal expresada en el nuevo Código Procesal Penal, cuyo artículo 404.1 señala: "Las resoluciones judiciales son impugnables solo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley. Los recursos impugnatorios se interponen ante el juez que emitió la resolución recurrida".

De la norma invocada se colige que la procedencia de los recursos impugnativos se somete al imperio de la ley. Ello quiere decir que la taxatividad legal define en qué casos una resolución judicial puede ser objeto de impugnación por los sujetos procesales. Siendo así, el juzgador no podrá admitir a trámite un recurso impugnatorio que no se encuentre comprendido en la ley, ni tampoco aquel recurso que no se funde en una de las causales que legitiman su ejercicio(4).

Conforme con la regla general comprendida en el artículo 404.1 del nuevo Código Procesal Penal, se estipula en el artículo 57.1, *in fine,* que: "Cuando se trata de miembros de órganos jurisdiccionales colegiados, se seguirá el mismo procedimiento prescrito en los artículos anteriores, pero corresponderá decidir al mismo órgano colegiado integrándose con otro magistrado. Contra lo decidido no procede ningún recurso".

Finalmente, no cabe más que señalar que el derecho a la "pluralidad de instancia" constituye una garantía esencial del debido proceso que debe cautelarse en todo proceso judicial, más aún en el procedimiento penal, donde se ponen en juego bienes jurídicos fundamentales de la persona.

Sin embargo, su procedencia y admisibilidad ha de estar expresamente contemplada en la ley procesal como componente del principio de legalidad, pudiendo el legislador configurar un ámbito normativo donde decida en qué casos no procede la impugnación, como sucede en el caso de las decisiones que resuelven la recusación de jueces supremos, lo que no comporta vulneración alguna al contenido esencial de un derecho fundamental. Máxime cuando se requiere cautelar también otros principios, como la celeridad procesal y el derecho de todo justiciable de ser sometido a un proceso en un tiempo razonable.

(4) PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*. Tomo II, 2ª edición, Rodhas, Lima, 2009, p. 515.

La cosa juzgada, la cosa decidida y su incidencia en las decisiones de archivo del Ministerio Público

I. INTRODUCCIÓN

Es sabido que el Ministerio Público –como entidad constitucionalmente autónoma– toma carta de ciudadanía con la Constitución Política de 1979, reafirmada con la Carta Política de 1993, teniendo como sustento legislativo la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1981. Mediando dicha consagración constitucional es que se confiere al Ministerio Público, en régimen de monopolio, la titularidad de la acción penal pública, y así, de investigar y perseguir el delito en representación de la sociedad.

El Ministerio Público realiza funciones que, por su notable especialidad y singularidad, no son ejecutadas por ningún otro órgano del Estado, instituyéndose en una entidad distinta e independiente del Poder Judicial, lo cual se corresponde plenamente con el principio acusatorio, que separa estrictamente las funciones fiscales de las típicamente jurisdiccionales.

Esto quiere decir que al representante del Ministerio Público se le encarga denunciar, perseguir y acusar a todos aquellos que han cometido un hecho punible, mientras que al juez se le atribuye la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado. En tal sentido, se entiende que el fiscal no emite decisiones con calidad de "cosa juzgada", pues dicha calidad jurídica y legal únicamente la pueden tener las resoluciones judiciales firmes.

La posición constitucional del Ministerio Público nos da la siguiente lectura: ni es un apéndice del Poder Judicial, ni es un estamento integrante de la estructura institucional del Poder Ejecutivo; por lo tanto, no es un órgano jurisdiccional, ni tampoco un órgano propio de la Administración Pública; si fuera esto último, no tendría una situación privilegiada frente al resto de órganos públicos que intervienen en la investigación del delito, sobre todo frente la Policía Nacional, que

definitivamente se adscribe dentro del aparato público del Poder Ejecutivo, concretamente en el Ministerio del Interior(1).

Por consiguiente, no puede afirmarse que el persecutor público sea una autoridad administrativa en el ámbito de la investigación penal, pues ello significaría devaluar su intervención en dicha esfera de actuación funcionarial, lo que pondría en cuestión su posición directriz en la investigación preliminar.

Así, por ejemplo, el hecho de que el Poder Judicial se encuentre inmerso en el aparato de la Administración Pública, no conduce a señalar que su actuación en el proceso penal sea de naturaleza administrativa. Algo similar se debe predicar en el caso del Ministerio Público.

Su inadecuada ubicación en el marco de la investigación penal, obedece al escaso desarrollo teórico-conceptual en cuanto a la naturaleza jurídica de su actuación, a la luz de un Estado Constitucional de Derecho. Definirla con la suficiente precisión y rigurosidad teórica nos permitirá establecer que su posición funcional desborda una naturaleza administrativa.

Partimos de que su intervención en la persecución penal es un presupuesto indispensable para que la justicia penal pueda sancionar a quien realizó una conducta antijurídica que lesionó o puso en peligro bienes jurídicos fundamentales.

Siendo esto así, debemos reconocer que las decisiones que el Ministerio Público adopta en el curso de la investigación preliminar, no son susceptibles de ser cuestionadas por el imputado frente al órgano jurisdiccional, cuando decide promover el ejercicio de la acción penal.

Es este aspecto lo que nos inclina a distinguir claramente la situación jurídica del "administrado" de la del "imputado", pues el primero de los mencionados sí puede recurrir las decisiones de la Administración Pública, luego de agotadas las instancias administrativas(2), ante el órgano jurisdiccional, cosa que no puede hacer el imputado cuando es denunciado penalmente ante el órgano judicial.

Al respecto, en la doctrina alemana, Schmidt expresó convincentemente que el Ministerio Fiscal no debe ser adscrito *in totum* a la jurisdicción por el mero hecho de sus facultades decisorias sobre la interposición de la "acusación" penal, o sobre el "sobreseimiento" de la causa criminal. Pues no hay que olvidar que la decisión jurisdiccional –el veredicto en la realidad fáctica y el fallo en la esfera

(1) Siguiendo, en rigor, el mandato constitucional previsto en el artículo 159 inciso 4.

(2) Así, el artículo 206.1 de la Ley Nº 27444 dispone que, conforme a lo señalado en el artículo 108, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente.

jurídica– falta por completo en las decisiones del Ministerio Público, según se advierte de los efectos de la santidad de la "cosa juzgada"[3].

Por su parte, la cosa juzgada se constituye en una garantía de primer orden, en tanto cautela la seguridad jurídica según los dictados de un Estado Constitucional de Derecho, garantizando que las decisiones jurisdiccionales sean inmutables en el tiempo, con la excepción de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta en el ámbito privado y de la acción de revisión en materia penal.

Justamente, en sede penal se regulan mecanismos de defensa, como la excepción de cosa juzgada, para impedir que se revise una sentencia judicial con calidad de firme, ante la concurrencia del principio del *ne bis in idem*.

El artículo 139 inciso 13 de la Ley Fundamental establece como principio y derecho de la función jurisdiccional: "La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada"; mientras que el artículo 90 del Código Penal estipula: "Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente".

Un tema, por ende, que guarda estrecha conexión con la cosa juzgada es el relativo al principio del *ne bis in idem*, respecto del cual el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional vienen expresando relevantes criterios jurisprudenciales, sobre la exigencia de la identidad de los hechos, del sujeto y de la fundamentación jurídica[4], y su doble dimensión: procesal y sustantiva.

Según el Tribunal Constitucional, en su dimensión procesal, el *ne bis in idem* garantiza que una persona no pueda ser juzgada dos veces, pues ello afecta la seguridad jurídica, mientras que en su dimensión sustantiva o material, garantiza que una persona no pueda ser sancionada dos veces o más por los mismos hechos[5]. Este principio responde a la necesidad de imponer límites al poder sancionador del Estado, además de ser consustancial a las máximas de un Estado de Derecho que "proscriben todo mecanismo de arbitrariedad pública".

De ahí que la facultad coercitiva y sancionadora estatal no pueda ser ejercida de forma libérrima o abiertamente discrecional, sino solo dentro de los cánones del principio de legalidad y de los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, en la medida que la reacción sancionadora supone una afectación, limitación o restricción de derechos fundamentales.

(3) Citado por GÖSSEL. *El proceso penal ante el Estado de Derecho. Estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal*. Traducción de Miguel Polaino Navarrete, Grijley, Lima, 2004, p. 35.

(4) STC Exp. N° 008-2001-HC/TC, caso Héctor William Grandez Villanueva.

(5) STC Exp. N° 0479-2002-AA/TC, caso Olger Giovanni Lucio Ponce Valdivia.

Conforme a lo expuesto, ante un solo hecho jurídicamente desaprobado, cabe admitir una única reacción jurídico-estatal; este es un límite que la potestad sancionadora del Estado ha de respetar en el marco de un Estado de Derecho.

Ello se corresponde no solo con el contenido material del principio de legalidad, sino también con las garantías derivadas de un Derecho Penal del acto, en el sentido de que ante un solo hecho objeto de calificación jurídico-penal, no puede recaer una doble sanción, pues ello manifestaría un evidente desborde del *ius puniendi* estatal, inconcebible en un Estado Constitucional de Derecho.

Cuestión distinta ha de verse en el principio del *ne bis in idem* procesal, que proscribe un procesamiento penal múltiple. Para el Tribunal Constitucional: "En su vertiente procesal, tal principio significa que 'nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos', es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos o dos procesos penales con el mismo objeto, por ejemplo). Desde esta vertiente, dicho principio presupone la interdicción de un doble proceso penal por la misma conducta. Lo que pretende es proteger a cualquier imputado del riesgo de una nueva persecución penal –con abstracción del grado alcanzado por el procedimiento– simultánea o sucesiva por la misma realidad histórica atribuida. Lo inadmisible es, pues, tanto la repetición del proceso como una doble condena o el riesgo de afrontarla, lo cual se yergue como límite material frente a los mayores poderes de persecución que tiene el Estado, que al ejercer su *ius puniendi* debe tener una sola oportunidad de persecución" (STC Exp. Nº 2050-2002-AA/TC).

Según dicho pronunciamiento, el principio del *ne bis in idem* procesal tomaría lugar cuando se inicia un nuevo procesamiento sobre un mismo hecho –sea cual fuese la calificación jurídico-penal–, siempre que se verifique la triple identidad. Debe entonces haberse dado inicio a un nuevo procedimiento penal, lo que quiere decir que el juzgador debe haber dictado el auto de procesamiento, pues, antes de ello, estamos ante una etapa preprocesal (investigación preliminar); o, en términos del nuevo Código Procesal Penal, que el fiscal debe haber formalizado la investigación preparatoria(6).

(6) A decir de Núñez Pérez, debe quedar claro que un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos o que se aperturen dos procesos con el mismo objeto, porque la proscripción de procesar más de una vez, por el mismo hecho, tiene como claro fundamento el no sometimiento del ciudadano a un doble riesgo real para sus intereses; NÚÑEZ PÉREZ. *El non bis in idem y la cosa juzgada en el ordenamiento jurídico peruano.* RAE, Lima, 2010, p. 47.

Se diría así que no estamos ante el *ne bis in idem* procesal(7) cuando concurren las circunstancias fijadas en el artículo 335 del nuevo Código, sin embargo, ello ha de relativizarse cuando se archiva una denuncia penal cuando se está ante un hecho que definitivamente cuenta con indicios de haberse materializado (vide *infra*).

II. LA VALORACIÓN DE LAS DECISIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO (NO HA LUGAR A FORMALIZAR ACCIÓN PENAL) A LA LUZ DE LAS STC Y SU CONFRONTACIÓN CON LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

El Tribunal Constitucional, en la STC Exp. Nº 6081-2005-PHC/TC (fundamento 7), sostiene que: "(…) debe enfatizarse que una resolución emitida por el Ministerio Público en la que se establece que no hay mérito a formalizar denuncia no constituye cosa juzgada, por lo que la presente sentencia no impide que el demandante pueda ser posteriormente investigado y, de ser el caso, denunciado penalmente por los mismos hechos".

Posteriormente, el mismo Tribunal Constitucional cambió de criterio jurisprudencial, tal como se advierte de la STC Exp. Nº 2725-2008-PHC/TC, donde afirma que: "(…) dicho criterio merece una excepcional inaplicación cuando los motivos de la declaración de no ha lugar a formular denuncia penal por parte del fiscal, se refieren a que el hecho no constituye delito, es decir, carecen de ilicitud penal". A tal efecto, el Tribunal esgrimió los siguientes fundamentos: "a) La posición constitucional del Ministerio Público, lo encumbra como el único órgano persecutor autorizado a promover el ejercicio público de la acción penal, es decir, ostenta el monopolio acusatorio que le asigna el artículo 159 de la Constitución Política, en otras palabras, es el fiscal quien decide qué persona debe ser llevada ante los tribunales por la presunta comisión de un delito; b) Si bien las resoluciones de archivo del Ministerio Público no están revestidas de la calidad de cosa juzgada, sin embargo, tienen la naturaleza de cosa decidida, que las hace plausibles de seguridad jurídica".

Y agrega el Tribunal: "El principio de cosa decidida forma parte del derecho fundamental al debido proceso en sede administrativa, por lo que, frente a su transgresión o amenaza, necesariamente se impone el otorgamiento de la tutela constitucional correspondiente. Es necesario acotar que el fiscal no es una simple autoridad administrativa, pues su actividad se orienta a la legalidad y no a los intereses administrativos o de los administrados".

(7) Cfr. al respecto PEÑA CABRERA FREYRE. *Derecho Procesal Penal. Sistema acusatorio. Teoría del caso y técnicas de litigación oral.* Tomo I, Rhodas, Lima, 2011, pp. 62-67.

Un primer punto a destacar es que el Ministerio Público, cuando ejercita la promoción de la acción penal pública y cuando conduce la investigación jurídica del delito, no actúa definitivamente como una autoridad administrativa, sino como un ente funcional sui géneris.

En palabras de Leone, podemos decir sintéticamente que el Ministerio Público tiene una serie de poderes autónomos, esto es, de poderes sobre los cuales no puede ser ejercitado ni siquiera un control de índole judicial(8).

A ello debe sumarse que su actividad persecutora se rige por tres principios básicos: de legalidad procesal, de oficialidad y de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal; y que los órganos verdaderamente administrativos, como la Policía, se sujetan a sus mandatos en el desarrollo de la conducción investigativa.

A decir de Vázquez Rossi, el ejercicio de la acción pública presenta las características de publicidad y oficialidad, de obligatoriedad e irretractabilidad, lo que significa que como órgano estatal específico predispuesto institucionalmente para la persecución penal, debe actuar sin necesidad de un estímulo extraño, cuando llegue a su conocimiento un hecho con apariencia de delito, llevando adelante o impulsando los procedimientos que conducen a una resolución conclusiva(9).

Consecuentemente, el Ministerio Público, en su actuación netamente investigativa y persecutora del delito, no manifiesta una actividad semejante a las que ordinariamente se realizan en la Administración Pública.

Es así que Gössel afirma que el Ministerio Fiscal no está en modo alguno orientado, como las demás funciones públicas, a la idea directriz del utilitarismo: la garantía de seguridad y el orden, la eficacia, la jerarquía y la coordinada celeridad de los actos de la Administración Pública(10); antes bien, le corresponde contribuir, con la persecución penal, a la afirmación de la voluntad estatal, que orienta todos los poderes del Estado hacia la idea de la justicia material(11).

Lo dicho no implica que las decisiones fiscales no puedan ser objeto de revisión, de fiscalización y de revisión, como sucede con las quejas de derecho, que se interponen contra las resoluciones que resuelven no formalizar denuncia penal. Dicha posibilidad impugnativa se condice con la necesidad de poner freno a todo viso de arbitrariedad pública, de lo cual no pueden estar exentas las decisiones fiscales.

(8) LEONE. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1963, p. 423.

(9) VÁZQUEZ ROSSI. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 358.

(10) GÖSSEL. "El Ministerio Fiscal y la policía criminal en el procedimiento penal del Estado de Derecho". En: *La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal*. Tomo I, 2007, p. 20.

(11) Ídem.

Empero, cuestión distinta es asignarle naturaleza jurídica de una resolución típicamente administrativa a una decisión fiscal, por la sencilla razón de que las funciones o roles que desempeña el Ministerio Público, en la persecución del delito, por su naturaleza sui géneris, ostentan particularidades que las distinguen de las funciones que ejerce un órgano ordinario de la Administración.

Al respecto, Hurtado Poma señala: "Considero en solitario que el archivo fiscal tiene una naturaleza 'sui géneris', esta posición es nueva, no es administrativa, no es jurisdiccional, se asemeja a esta, pues cuando el fiscal archiva denuncias y procesos, deja de lado su función de 'requirente de justicia' y acusador público, para erigirse como 'defensor de la legalidad' y garante de la ley, pues no permite que un ciudadano sea indebida e ilegalmente procesado (…)"[12].

Nadie duda que el Ministerio Público, en el marco estricto del proceso penal, sea parte[13], pero es una parte sui géneris en la medida que el derecho persecutorio no se funda en un derecho material. No existe una identidad entre el derecho material y el derecho adjetivo, como sucede en el proceso civil; el *ius puniendi* reside en la soberanía estatal y se delega a través de los órganos de justicia[14].

Cuando el fiscal da inicio a la persecución penal, ejecuta una serie de diligencias investigativas, algunas de ellas sin conocimiento del sospechoso; asimismo, solicita al juez la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales. En cambio, en el proceso administrativo, si bien se pueden imponer medidas cautelares, la Administración y el administrado actúan en un plano de igualdad y bilateralidad, algo que no sucede en la investigación preliminar (diligencias preliminares) llevada a cabo por el fiscal.

Es dicho contexto, no se confiere al denunciado la potestad de impugnar la denuncia penal[15] ni el auto apertorio de instrucción; solo son impugnables las decisiones fiscales que declaran no ha lugar a formalizar denuncia penal. A contrario sensu, en el procedimiento administrativo resultan impugnables todas las resoluciones jurisdiccionales que causen agravio, sea a favor de la Administración o del administrado.

(12) HURTADO POMA. *Reflexiones sobre el Archivo Fiscal en la Investigación Preliminar*. En: <http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documento&id=139>, p. 5.

(13) Dicha posición procesal solo puede predicarse una vez instaurado el procesamiento penal y no en la etapa de investigación preliminar, donde rige el principio de oficialidad.

(14) PEÑA CABRERA FREYRE. "La posición investigadora del Ministerio Público en las reformas del proceso penal en Latinoamérica y Europa continental". En: *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*. APECC, Lima, 2008, p. 235.

(15) En igual medida, la disposición de formalizar investigación preparatoria, conforme las esquelas normativas del nuevo Código Procesal Penal, tampoco es susceptible de ser impugnada por el imputado.

Más aún, la decisión fiscal de no formalizar acción penal, que es confirmada por el superior jerárquico, no es susceptible de ser impugnada vía la acción contencioso-administrativa. No se ha previsto en nuestra legislación procesal recurso impugnativo alguno tendiente a forzar una revisión jurisdiccional de dicha decisión fiscal. Entonces, estamos hablando de una actividad totalmente distinta a la que puede ser denominada válidamente como "administrativa".

La falta de un desarrollo teórico y conceptual sobre este tema ha permitido la elaboración de conceptos doctrinales y jurisprudenciales, que no son compatibles con el verdadero carácter de las decisiones fiscales en materia criminal.

A ello debe añadirse un elemento de relevancia: el Ministerio Público, en el marco de su actuación funcional, no dicta **resoluciones administrativas**, tal como lo indica el artículo 148 de la Constitución Política, sino en esencia **decisiones fiscales**. Si no fuese así, ¿por qué, entonces, no se le ha otorgado facultad impugnativa al imputado para cuestionar las decisiones fiscales que deciden formalizar denuncia penal?

III. LA DEFINICIÓN DE COSA DECIDIDA Y SU DISTINCIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS DECISIONES FISCALES EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

La problemática estriba en que la definición jurisprudencial de "cosa decidida" ha sido construida al margen de los conceptos acuñados en la doctrina administrativa. Por ello, resulta importante citar la doctrina en esta materia, partiendo del concepto de "causar estado", que está íntimamente ligado al concepto mencionado.

En la doctrina nacional, Huapaya Tapia indica que el concepto de "causar estado" ha sido concebido como una característica de los actos administrativos que forman definitivamente la voluntad de la Administración, en sede gubernativa(16).

Mientras que para Danós Ordóñez un acto administrativo que "causa estado" es aquel que agota o pone fin a la vía administrativa porque fija de manera definitiva la voluntad de la Administración, constituyendo la manifestación final de la acción administrativa respecto de la cual no es posible la interposición de otro recurso impugnativo, debiendo entenderse que ello ocurre cuando se ha llegado al funcionario superior con competencia para decidir en definitiva sobre el acto impugnado, por lo que únicamente podría ser objeto de cuestionamiento ante el Poder Judicial(17).

(16) HUAPAYA TAPIA. *Tratado del Proceso Contencioso-Administrativo.* Jurista, Lima, 2006, p. 446.

(17) DANÓS ORDÓÑEZ. "Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo". En: *Revista de la Academia de la Magistratura*. Nº 1, Lima, enero de 1998, p. 447.

Por su parte, la institución de la "cosa decidida" importa una decisión emitida por la Administración en instancia última y definitiva, esto es, firme, sea porque el administrado agotó todas las instancias administrativas o por no haber impugnado la resolución en el plazo previsto por la norma. Por consiguiente, ambos conceptos: "causar estado" y "cosa decidida", tienen una íntima vinculación, en tanto la primera es una consecuencia directa de la segunda.

Lo que se quiere decir con "causar estado" es que para que el administrado o la Administración puedan acudir a la vía jurisdiccional, en búsqueda de tutela judicial efectiva, deben agotar previamente todos los recursos impugnativos en sede administrativa(18); lo que no sucede en el ámbito de la investigación fiscal cuando el persecutor público decide formalizar la acción penal contra el imputado.

Justamente, la acción contencioso-administrativa ha sido instaurada en nuestro ordenamiento jurídico para la tutela del administrado frente a todo acto arbitrario de la Administración; pero este amparo no resulta extensible al imputado ante la formalización de la denuncia penal, con arreglo a los principios de oficialidad y de legalidad procesal.

Según la línea argumental esbozada, se advierten dos diferencias sustanciales entre el procedimiento administrativo –que puede dar lugar a la "cosa decidida"– y la investigación fiscal (prejurisdiccional). Primera, la impugnación en el procedimiento administrado es facultad de la Administración y del administrado(19), mientras que en la investigación fiscal únicamente puede impugnar el denunciante y no el imputado, pese a que sobre este último recaen una serie de limitaciones o restricciones en el ámbito de sus derechos fundamentales.

Segunda, una vez agotadas todas las instancias en el procedimiento administrativo, sea el administrado o la Administración(20), cuentan con la legitimidad activa para acudir a la vía jurisdiccional; en cambio, la decisión fiscal que

(18) Así, el artículo 218.1 de la Ley Nº 27444, al establecer que los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el artículo 148 de la Constitución Política.

(19) En la doctrina administrativa, Guzmán Napurí enfatiza que las garantías en el procedimiento administrativo permiten proteger al administrado del actuar indebido o arbitrario de la autoridad administrativa; GUZMÁN NAPURÍ. *El procedimiento administrativo*. Ara, Lima, 2007, p. 117.

(20) Inclusive, en la vía administrativa, conforme lo estipula el artículo 202.2 de la Ley Nº 27444, se puede declarar la nulidad de oficio por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Además de declarar la nulidad, la autoridad podrá resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello.

confirma el archivo de la denuncia no es susceptible de ser impugnada en sede jurisdiccional[21] por parte del denunciante[22].

De acuerdo con ello, construir una institución denominada "cosa decidida fiscal" es construir una ficción jurídica, incompatible con la naturaleza de la investigación preliminar fiscal; más aún si se repara en las diferencias sustanciales que existen entre la condición jurídica de "administrado" e "imputado[23]".

IV. LA COSA DECIDIDA: UN CONCEPTO "DECIDIDAMENTE" ADMINISTRATIVO

Toda ciencia se basa en categorías. Toda ciencia –o estudio científico por muy general o específico que sea–, debido a su insoslayable carácter intersubjetivo, avanza sobre nociones compartidas por todos sus estudiosos. Pero el aumento de la cantidad y variedad de conocimientos que ha acompañado a la historia de la humanidad, ha hecho surgir la necesidad de especializar los campos del saber en disciplinas, las que a su vez puntualizan y subdividen sus categorías.

Este rasgo histórico de las ciencias también ha caracterizado al Derecho. Así, los avances de la civilización han complicado la tarea de los juristas de todos los tiempos, generando nuevos ámbitos de interacción humana o, dicho de otra manera, nuevos campos del Derecho.

Refirámonos aquí al Derecho Administrativo. Esta disciplina jurídica se presenta como un ámbito relacional que tiene, por un lado, al Estado, personificado como Administración, con sus funciones y privilegios; y de otro lado, a los sujetos administrados, con sus derechos e intereses. La relación jurídico-administrativa entre ambos sujetos es el objeto de dicha rama jurídica[24]. En tal sentido, el Derecho Administrativo está orientado al equilibrio –difícil pero posible– entre los privilegios de la Administración y las garantías de los administrados: su meta es

(21) Cuestión distinta es la facultad impugnativa que ostenta el fiscal cuando el juez resuelve no ha lugar a abrir procesamiento penal, pues, en este caso, es el titular del ejercicio de la acción penal y único sujeto legitimado para ello.

(22) Debe precisarse que el denunciante no es parte legitimada para impugnar esta decisión en tanto la titularidad y legitimidad del ejercicio de la acción penal pública es potestad exclusiva del Ministerio Público. La denuncia del agraviado es una de las formas por las cuales el fiscal toma conocimiento de la noticia criminal, por lo que este no se encuentra vinculado a las imputaciones delictivas sostenidas por aquel, pudiendo incluso cambiar la tipificación penal dando aviso de ello a la defensa del imputado.

(23) Tal definición supone que al imputado se le atribuye la presunta comisión de un hecho punible, por lo que es pasible de ser sometido a una serie de medidas de coerción procesal y de limitación de derechos fundamentales; vide al respecto PEÑA CABRERA FREYRE. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Idemsa, Lima, 2011.

(24) Sobre lo dicho véase: JIMÉNEZ VIVAS. *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Ediciones Legales, Lima, 2010, pp. 26-27.

la búsqueda de dicho equilibrio, su conservación cuando se obtenga, y su reconstrucción cuando se pierda(25).

Dentro de esa interacción, cobra importancia la función resolutiva de la Administración Pública, pues mediante esta el Estado incide en las situaciones jurídicas de los administrados, decidiendo acerca de sus derechos, intereses y obligaciones. La forma administrativa por excelencia, o el instrumento típico que permite a la Administración tal incidencia, es el acto administrativo. La conceptualización contenida en el artículo 1.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444) es clara al respecto:

> "Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta".

Como se infiere del concepto citado, mediante un acto administrativo la Administración se propone producir efectos jurídicos concretos, a partir de su privilegio de autotutela. Sin embargo, la certeza del interés, derecho u obligación alcanzados por el acto dictado, así como cualquier determinación temporal sobre él, requieren de la necesaria estabilidad de sus efectos; es decir, sea porque un acto administrativo no fue impugnado, por haberse dejado vencer los plazos para su impugnación, o porque aun impugnado, fue luego confirmado o revocado, se requiere que los efectos de la decisión de la autoridad administrativa sean firmes.

Lo anterior ha intentado ser explicado por la doctrina. Así, la firmeza de los actos administrativos fue vista como una consecuencia de la aplicación al Derecho Administrativo de un principio originario del Derecho Procesal, propio de las sentencias judiciales: el principio de la cosa juzgada(26). En dicha disciplina jurídica, partiendo de la idea de que el proceso tiene por finalidad abstracta el logro de la paz social en justicia, se considera que esta solo va a poder ser cumplida cuando las decisiones judiciales no admitan cuestionamientos, es decir, cuando gocen de exigencia inexorable. La calidad de indiscutibilidad y de certeza de su contenido recibe el nombre conjunto de "cosa juzgada"(27).

Partiendo de un supuesto paralelismo entre la sentencia judicial y el acto administrativo, se ha aplicado a esta la doctrina de la cosa juzgada en sus dos

(25) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA / FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo.* Tomo I, 12ª edición (1ª reimpresión), Civitas, Madrid, 2005, p. 53.

(26) Cfr. GARRIDO FALLA. *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen I, 12ª edición, Tecnos, Madrid, 1994, p. 518.

(27) Cfr. MONROY GÁLVEZ. *Introducción al proceso civil*. Tomo I, Temis - De Belaúnde & Monroy, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 86.

dimensiones, como "cosa juzgada formal" y como "cosa juzgada material", que recogen la inmutabilidad e imperatividad de la sentencia, respectivamente, aplicándolas al acto administrativo(28).

Dicha asimilación de efectos ha sido estudiada desde diversas ópticas. Una primera la observa a partir de la noción de "sentencia consentida". De acuerdo a ella, la firmeza de un acto administrativo es equivalente a la que se utiliza para designar a las sentencias judiciales que, por no haber sido recurridas en el tiempo y la forma legal, ya no son susceptibles de impugnación ordinaria alguna, deviniendo en "firmes"(29).

Otra visión del tema identifica una diferencia entre los actos privados, en principio irrevocables, y los actos administrativos, en esencia revocables; y estima necesario proteger ciertos actos administrativos contra la posibilidad de su extinción, mediante la asimilación del concepto de cosa juzgada judicial al Derecho Administrativo, generando una "cosa juzgada administrativa", la que se caracterizaría: i) porque, a diferencia de su inspiración, goza de una inmutabilidad solamente formal, no material, en el sentido de que nada impide que un acto administrativo, estable en sede administrativa, sea después extinguido en sede judicial; y ii) porque siempre admite la posibilidad de una revocación favorable al sujeto administrado(30).

Sin embargo, la aplicabilidad de la teoría de la cosa juzgada al acto administrativo ha recibido desde hace mucho tiempo serios cuestionamientos. Así, podemos decir que: i) la cosa juzgada implica la imposibilidad de cualquier nueva declaración sobre la materia resuelta por sentencia firme, mientras que la revocabilidad en los actos administrativos es una de sus características esenciales; y ii) siendo el acto administrativo firme en sede administrativa, puede ser impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa; y iii) en el Derecho Administrativo no existe una inmutabilidad de los efectos del acto, por cuanto la Administración Pública puede dictar un segundo acto que, sin revocar expresamente el primero, anule o modifique sus efectos(31).

En nuestro concepto, la noción de cosa juzgada no es susceptible de recepción por el Derecho Administrativo. En primer lugar, porque se trata de un instituto estrictamente procesal, concretamente, aplicable a una relación jurídica procesal paritaria, inspirada en el derecho de igualdad consagrado en el numeral 2

(28) Cfr. GARRIDO FALLA. Ob. cit., pp. 518-519.

(29) Cfr. PARADA. *Derecho Administrativo*. Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 105-106.

(30) Cfr. CASSAGNE. *Derecho Administrativo*. Tomo II, Palestra, Lima, 2010, pp. 361-362.

(31) GONZÁLEZ PÉREZ. "La cosa juzgada en lo contencioso-administrativo", citado por GARRIDO FALLA. Ob. cit., p. 519.

del artículo 2 de la Constitución Política, cuya consecuencia se constituye en una garantía para las situaciones jurídicas de las partes del proceso.

En cambio, el Derecho Administrativo tiene por objeto una relación jurídica sustancial, que hemos denominado "relación jurídica administrativa", caracterizada por no ser paritaria, por cuanto en ella la Administración Pública interviene realizando fines públicos y utilizando sus privilegios para ello (autotutela resolutiva y ejecutiva, criterios de oportunidad, discrecionalidad), no existiendo espacio para una noción de cosa juzgada administrativa.

En segundo lugar, tenemos que la principal norma reguladora de la cosa juzgada en nuestro país es la Constitución Política, que, al regular los principios de la función jurisdiccional, establece en el numeral 2 de su artículo 139: "la independencia en el **ejercicio de la función jurisdiccional**", señalando que: "Ninguna autoridad puede avocarse a **causas pendientes ante el órgano jurisdiccional** ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto **resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada**, ni cortar procedimientos en trámite, **ni modificar sentencias** ni retardar su ejecución (…)".

Entre otras instituciones, la norma constitucional citada consagra la garantía de la cosa juzgada, aplicable a aquellas decisiones firmes (consentidas o ejecutoriadas) emitidas por los órganos jurisdiccionales competentes. Vemos así que la cosa juzgada es una noción funcional y orgánicamente relacionada solo al Poder Judicial, y además lejana al ejercicio de la función administrativa.

Pese a ello, las ideas anteriores han trascendido dentro del Derecho Administrativo. No solo nos han mostrado la necesidad de reconocer firmeza a los efectos de los actos administrativos, sino que además evidencian la inconveniencia de recurrir a categorías de otras disciplinas jurídicas para solucionar una cuestión estrictamente administrativa.

Corresponde entonces al Derecho Administrativo elaborar sus propias categorías para atender esta cuestión. En tal sentido, el artículo 212 de la Ley N° 27444 apunta: "Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto".

Comentando dicha norma, podemos indicar que en el Derecho Administrativo, para hacer referencia a la firmeza de las decisiones de la autoridad administrativa, se utilizó el término "cosa decidida" o "cosa firme", aplicable a los actos administrativos contra los cuales no procede recurso impugnativo alguno ni demanda contencioso-administrativa. Sin embargo, entre sus características se cuentan también la de ser actos modificables y revocables[32].

(32) Cfr. MORÓN URBINA. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 9ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 631.

La certeza de estos dos últimos caracteres se explica a partir de la existencia de todo un sistema de instituciones destinadas a modificar o revocar los actos administrativos con calidad de cosa decidida. Dicho sistema se encuentra organizado, en principio, en torno al derecho constitucional de petición, recogido en el numeral 20 del artículo 2 de nuestra Constitución Política, según el cual, toda persona tiene derecho: "A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad".

De esa manera, sea mediante una petición individual ("solicitud en interés individual", conforme el artículo 107 de la Ley N° 27444) o colectiva ("solicitud en interés colectivo", según el artículo 108 de la Ley N° 27444), se insta a la autoridad a dar una respuesta. El fundamento de la petición puede determinar una respuesta favorable a los intereses que sustentan la petición, independientemente de la eventual "cosa decidida" que, relacionada al tema concreto, pueda existir.

Si lo antes expuesto dejara alguna duda, la Ley N° 27444 es mucho más clara en su artículo 109.1, donde otorga a los sujetos administrados un derecho directamente dirigido contra los actos administrativos con calidad de cosa decidida: el derecho de reclamación o de contradicción (administrativa). Dicha disposición señala que: "Frente a un acto que supone que viola, afecta, desconoce o lesiona un derecho o un interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa en la forma prevista en esta Ley, para que sea revocado, modificado, anulado o sean suspendidos sus efectos".

A diferencia de lo previsto en los artículos 107 o 108, el legislador hace referencia aquí a la preexistencia de un acto firme, e instituye al sujeto administrado con la facultad de reclamarlo o contradecirlo. Sin embargo, al igual que en aquellos supuestos, en el caso del numeral 109.1 serán también los fundamentos de la petición los que determinen la respuesta favorable o no de la autoridad administrativa.

Pero son más los instrumentos que el Derecho Administrativo reserva en contra de la perdurabilidad de la cosa decidida, y los encontramos más allá de los alcances del derecho de petición.

La principal institución directamente destinada a destruir la cosa decidida, y que no está asociada al derecho de petición, es la nulidad de oficio. Su fórmula general, aparece en el artículo 202.1 de la Ley N° 27444: "En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10[33], **puede declararse de oficio la nulidad de**

(33) Ley Nº 27444, artículo 10: "Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes: 1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. 2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos

los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agravien el interés público".

En los artículos siguientes de la citada ley se regula dicha institución, sometiendo su ejercicio a un plazo, designando a la instancia competente para declarar la nulidad, entre otros detalles. Basta resaltar que no cualquier cosa decidida cae bajo la mira de la nulidad oficiosa, sino solo aquella que adolece de algún vicio de invalidez, tal como ocurre en el Derecho Civil, donde se sanciona declarando la nulidad del acto viciado.

Otro instrumento dirigido a modificar la cosa decidida aparece en el artículo 203 numerales 1 y 2 de la Ley N° 27444, según los cuales: "Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos: (…)".

El artículo 203 empieza proscribiendo toda revocación o modificación de los actos declarativos o constitutivos, para luego enumerar los actos en los cuales sí proceden tales variantes. Vista la norma de otra manera, podemos decir que esta fija un listado en actos administrativos revocables.

Como se aprecia, la cosa decidida es una categoría propia del Derecho Administrativo, surgida para regular la firmeza a los efectos de los actos administrativos, pero en su desarrollo se ve comprometida por categorías como el derecho de petición, la validez, la nulidad, la solicitud en interés particular o colectivo, la reclamación, la revocación, entre otras; todas pertenecientes al Derecho Administrativo, y por completo ajenas a otras disciplinas jurídicas.

Al igual que al inicio ocurrió con la cosa juzgada y su pretendida introducción –en un comienzo útil– en el Derecho Administrativo, nos preguntamos: ¿Podrá aplicarse la noción de cosa decidida a otras disciplinas del Derecho? Nuestra respuesta es negativa, de acuerdo a los motivos explicados anteriormente, y por cuanto existen otros elementos que la identifican aún más con el Derecho Administrativo. Veamos.

La cosa decidida, en su calidad de abstracción –carácter que comparte con casi todas las instituciones del Derecho–, surge de un conjunto de elementos, o más bien aparece como consecuencia del alineamiento de determinados conceptos,

de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición. 4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma".

a manera de un *iter* generador de la institución. Dicho con más precisión, la cosa decidida es el producto final de una sucesión lógica de varios elementos.

El primero de esos elementos es el Estado con personería jurídica en determinado ámbito administrativo. Nos referimos a la presencia de una concreta entidad administrativa con competencias legalmente dispuestas dentro de un ámbito del quehacer administrativo.

Un segundo elemento es la presencia de un sujeto particular. Hablamos aquí de una persona natural o jurídica (en su más variada amplitud), titular de varias situaciones jurídicas, una de las cuales entra en contacto con alguna de las competencias de la entidad administrativa antes mencionada.

Un tercer elemento es el surgimiento de una relación entre la entidad de la Administración y el sujeto administrado, producida por el referido contacto. En dicha relación jurídico-administrativa –como queda explicado– cada uno de los dos sujetos participa: ejerciendo sus poderes y facultades (la Administración), y sus derechos o intereses (el administrado).

El cuarto elemento, o elemento de equilibrio de dicha relación jurídica, es el procedimiento administrativo, verdadera garantía contra cualquier arbitrariedad de la Administración Pública, y a favor de la situación jurídica del sujeto administrado, equiparable a otras garantías como el proceso contencioso-administrativo y la responsabilidad patrimonial de la Administración(34).

El quinto elemento surge a propósito de la actuación de dicha garantía, lo que ocurre a instancia de cualquiera de las partes: de oficio por la Administración o a solicitud del administrado. Nos referimos al acto administrativo que se expide en el mencionado procedimiento, destinado a incidir en los derechos, intereses u obligaciones del sujeto administrado.

Como sexto elemento encontramos a la incidencia misma sobre tales derechos, intereses u obligaciones. Nos referimos a los efectos que el acto administrativo surte, generalmente a partir de su notificación(35).

Un sétimo elemento sería el surgimiento del carácter "firme" de tales efectos, luego de resueltas todas las impugnaciones posibles contra el acto administrativo, o de vencidos los plazos para ello.

(34) Al respecto, véase JIMÉNEZ VIVAS. Ob. cit., pp. 30-34.

(35) Normalmente, todo acto administrativo surte sus efectos a partir de su notificación, conforme al artículo 16 de la Ley N° 27444. Sin embargo, el artículo 2 de la misma ley permite someter a los actos administrativos a condiciones y términos; mientras el artículo 17 regula la eficacia anticipada del acto administrativo.

Un octavo y último elemento está representado por las posibilidades normativas de modificar o revocar tales efectos. Queda aquí comprendido el derecho constitucional de petición, las solicitudes en interés particular o colectivo, el derecho de reclamación o contradicción, la nulidad de oficio, la revocación y cualquier otra institución o previsión legal que permita desafiar la vigencia de tales efectos.

Como podemos advertir, el *iter* generador de la cosa decidida es uno propio y exclusivo del Derecho Administrativo. No lo encontramos en otras disciplinas del Derecho, por cuanto no surgen ni existen en estas los elementos que le dan origen, significado y contenido. Así como el Derecho Administrativo no puede utilizar el hábeas corpus, los interdictos o el error culturalmente condicionado; las demás ramas del Derecho no pueden válidamente recurrir a la categoría de cosa decidida, por ser esta parte del Derecho Administrativo.

V. LA DECISIÓN DE NO HA LUGAR A FORMALIZAR ACCIÓN PENAL DEL FISCAL Y SU RELATIVA INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM*

Debe desestimarse la condición de "cosa decidida" de las decisiones fiscales que declaran "no ha lugar a formalizar acción penal". Esta decisión, cuando el **hecho no constituye delito**(36), puede deberse a una deficiente investigación o a una errónea interpretación de la ley penal. Así, la calificación penal de un hecho en muchos casos encierra un nivel de discrecionalidad y apreciación subjetiva. En tal sentido, nos parece peligroso que se cierre la posibilidad de abrir investigación fiscal cuando el hecho, a juicio del fiscal, no constituya delito(37).

Si bien lo sostenido no resulta concordante con lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. Nº 2725-2008-PHC/TC, debe recordarse que esta sentencia no tiene la calidad de "precedente vinculante"(38), por lo que en el presente caso los principios elementales del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal han de ser interpretados y aplicados a la luz de los valores constitucionalmente consagrados.

Entre estos, el principio de legalidad (tanto en su faz material como procesal), en el sentido de que el delito sea efectivamente perseguido y debidamente

(36) Dicha conclusión ha de inferirse cuando el hecho denunciado no se ajusta a los contornos normativos de un tipo penal en particular, en cuanto al juicio de adecuación típica, tanto en sus componentes objetivos como subjetivos; e, incluso, cuando dicho examen de tipicidad sea positivo, se advierta la presencia de una causa de justificación, que haga que el acto típico sea admitido por el ordenamiento jurídico.

(37) RUIZ MOLLEDA. "¿Cambio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de *ne bis in idem*?". En: <http://reformaprocesal.blogspot.com/2008/11/cambio-de-la-jurisprudencia-del-tc-en.html>.

(38) Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

sancionado, siempre que las pruebas recogidas y actuadas arrojen un examen positivo de materialidad delictiva y de responsabilidad penal del imputado, lo cual se corresponde con la garantía del interés público, que debe cautelar el Ministerio Público en su actuación funcional.

Lo mencionado no puede ser soslayado con doctrinas jurisprudenciales encaminadas a absolutizar principios como el *ne bis in idem* material, aplicándolo despojado de criterios rigurosos de valoración, que pueden desembocar en espacios cuestionables de impunidad.

En la doctrina nacional se apunta que en aquellos supuestos en que la primera investigación fiscal se llevó a cabo de manera deficiente o con el ánimo de sustraer a los denunciados de la justicia, una aplicación rígida del principio del *ne bis in idem* sería peligrosa y resultaría una herramienta eficaz para limitar la labor de la justicia. Solo bastaría un fiscal obsecuente y un Fiscal Superior descuidado o negligente, en caso el acto del Fiscal Provincial fuera impugnado(39).

Aun considerándose como "cosa decidida" a las resoluciones de archivo fiscal, no resultaría procedente su absolutez, pues, como sostiene correctamente San Martín Castro, la cosa decidida es muy relativa, no es absoluta, pues puede obviarse si nuevos elementos permiten optar por la promoción de la acción penal(40).

Nuestra línea argumental la respaldamos con los propios pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que en la STC Exp. Nº 04587-2004-AA indicó: "(…) el Tribunal Constitucional considera que si con el *ne bis in idem* se persigue impedir el ejercicio arbitrario del *ius puniendi* estatal, no todo doble enjuiciamiento penal que el Estado pueda realizar contra un individuo se encuentra automáticamente prohibido. Dentro de sus límites internos, esto es, aquello que queda fuera de su ámbito protegido, se encuentran aquellos supuestos en los que el doble juzgamiento no es compatible con los intereses jurídicamente protegidos como núcleo del derecho, ya sea porque es extraño o ajeno a aquello que este persigue garantizar; porque forma parte del contenido constitucionalmente protegido de otro derecho fundamental, o porque así resulta de su interpretación con otras disposiciones constitucionales que contienen fines constitucionalmente relevantes".

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Recapitulando, diremos que el Tribunal Constitucional inexplicablemente cierra la posibilidad de que un hecho sea nuevamente investigado cuando una decisión

(39) Ídem.

(40) SAN MARTÍN CASTRO. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Grijley, Lima, 2003.

fiscal que declara no ha lugar a formalizar acción penal, es confirmada por el superior jerárquico, aun cuando esté basada en que el **hecho no constituye delito**(41).

Dicha postura tiene los siguientes reparos. Primero, puede tratarse de una decisión fiscal desprovista de argumentación, carente de razonabilidad y de sustentación fáctica y jurídica (dogmática). Segundo, a un nivel prejurisdiccional no se puede sostener válidamente que no haya pruebas que acrediten la comisión de un hecho punible, pues esta fase se basa estrictamente en evidencias o indicios.

Tercero, se abre una puerta hacia la impunidad en tanto hechos verdaderamente delictivos quedarían fuera de la persecución penal estatal, pues la decisión fiscal que considera que el hecho denunciado no constituye delito puede ser producto de una deficiente investigación o fruto de la ignorancia del operador jurídico(42) sobre los temas elementales de la teoría del delito, v. gr. cuando se afirma que la muerte de la víctima se realizó en legítima defensa por el imputado, cuando no hay evidencia alguna de una agresión ilegítima; o cuando se estima que un hecho no configura el delito de falsedad documental al no haberse producido una real afectación al derecho subjetivo de la víctima.

Decisiones de esta naturaleza deben ser siempre controlables o, en todo caso, susceptibles de una nueva valoración. Ello ha llevado a un sector de la doctrina española a sostener que las decisiones del Ministerio Fiscal sobre el ejercicio de su potestad de acusar han de ser jurisdiccionalmente controlables(43), siempre que con ello no se afecte el principio acusatorio.

En un orden democrático de Derecho, donde impera la ley y los preceptos constitucionales, deben allanarse los obstáculo para la persecución y sanción penal de los hechos delictuosos, con base en los principios basilares del Derecho Penal democrático, de lo contrario, se relativizarían las funciones esenciales del *ius puniendi*, en cuanto a la protección de bienes jurídicos y a la disuasión de la amenaza punitiva contenida en el enunciado penal(44).

Ello implicaría el mensaje negativo a la población de que ciertos hechos presuntivamente punibles no pueden ser perseguidos, en razón de que una decisión

(41) Decisión que pueda emanar tanto del Código de Procedimientos Penales como del nuevo Código Procesal Penal.

(42) No se descarta una decisión prevaricadora, en tanto se advierta un pronunciamiento fiscal contrario o incompatible con el texto expreso de la ley o en el que se hayan citado evidencias o hechos inexistentes, vide al respecto PEÑA CABRERA FREYRE. *Delitos contra la administración de justicia*. Rodhas, Lima, 2011.

(43) ORTELLS RAMOS. "La configuración orgánica del Ministerio Fiscal y sus potestades en el proceso penal". En: *La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal*. Tomo I, 2007, p. 179.

(44) Lo que se conoce en la dogmática jurídico-penal como "prevención general negativa", que incide en un plano de intimidación, disuasión y amenaza, que ha de fluir de la norma secundaria de los tipos penales.

fiscal afirma que no constituyen delito, pese a que aquella se basó en apreciaciones subjetivas, carentes de motivación y de razonabilidad, o estuvo orientada a generar impunidad, u obedeció a una antojadiza valoración jurídico-penal, incompatible con una adecuada interpretación de la ley penal.

En tal sentido, toda actuación de una institución pública debe ser objeto de revisión y a veces de una nueva valoración, como mecanismo de interdicción a toda manifestación de arbitrariedad pública.

Consecuentemente, la actuación "fiscal" no es propiamente "jurisdiccional", pero tampoco es "administrativa" *strictu sensu*(45); por tales motivos, no se le puede asignar a la resolución de no ha lugar a formalizar acción penal (confirmada por el superior jerárquico) la calidad de "cosa decidida", con similares consecuencias jurídicas que la "cosa juzgada". A lo sumo, lo que podría tomar lugar ante un doble procesamiento penal es el *ne bis in idem* procesal, siempre y cuando concurran sus presupuestos de configuración legal.

De ahí que postulemos que la calificación de la función fiscal como administrativa debilita de forma significativa el rol del Ministerio Público en el marco de la investigación penal, colocándolo en un mismo plano de igualdad que el resto de organismos de la Administración Pública que también participan en la sede investigativa(46), posición que es incompatible con el precepto constitucional que proclama al persecutor público como conductor jurídico de la investigación penal, lo cual ha sido consolidado en el nuevo Código Procesal Penal.

En resumidas cuentas, la normativa nacional no equipara la actuación fiscal con una actuación plenamente administrativa, pues su concreta realización, en el marco de la investigación preliminar, se dispone según las reglas de la Ley Orgánica del Ministerio Público, no resultando aplicables las normas del procedimiento administrativo general(47). Solo en el ámbito de los procesos disciplinarios y en el de las políticas institucionales que el Fiscal de la Nación delinea normativamente, puede decirse que estamos ante una actuación de carácter administrativo(48).

(45) PEÑA CABRERA FREYRE. "La posición investigadora del Ministerio Público en las reformas del proceso penal en Latinoamérica y Europa continental", p. 238.

(46) El artículo 321.2 del nuevo Código Procesal Penal señala: "La Policía Nacional del Perú y sus órganos especializados en criminalística, la Dirección de Policía contra la Corrupción, el Instituto de Medicina Legal, y los demás organismos técnicos del Estado, están obligados a prestar apoyo al fiscal (…)".

(47) En cuanto a la aplicación supletoria de la Ley Nº 27444 (tercera disposición complementaria y final).

(48) Canalizados por la Fiscalía Suprema de Control Interno.

La prisión preventiva en el marco de la política criminal de "seguridad ciudadana"

Sus presupuestos de aplicación conforme a la Ley Nº 30076

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Todo modelo procesal-penal aspira a alcanzar un mínimo de eficacia, esto es, que la justicia penal pueda obtener un número considerable de "condenas", siempre que –claro está– se logre acreditar la materialidad del delito y la responsabilidad penal del imputado.

Esta metodología procesal conlleva afirmar que la pena, como privación de la libertad del imputado (ya condenado) solo puede ser fruto de una decisión jurisdiccional que refrende las aseveraciones fácticas que constituían la teoría de incriminación de la fiscalía(1). Antes de dicho estadio procesal ello no es posible, pues al imputado se le presume inocente, es decir, la imposición del *ius puniendi* solo puede tomar lugar ante los declarados judicialmente "culpables".

Sin embargo, es sabido que se debe procurar que los fines esenciales del procedimiento puedan concretarse y, para tal fin, cobran especial protagonismo las medidas cautelares de orden personal, en primera línea, la prisión preventiva, cuya regulación en el nuevo CPP es fiel reflejo en los articulados correspondientes del CPP de 1991.

Tal protagonismo no ha de cifrarse en su particular naturaleza, sino en su constante aplicación por parte de los tribunales de justicia, pese a su reconocido carácter de última ratio del sistema de coerción procesal personal(2); situación que amerita una profunda reflexión en la coyuntura actual de nuestro país, pues

(1) A decir de Pastor, el proceso penal tiene como finalidad realizar la ley sustantiva por medio de un sistema reglado de confirmación o refutación de los enunciados acerca de una hipótesis delictiva; "Las funciones de la prisión preventiva". En: *La injerencia en los derechos fundamentales del imputado* – II, cit., p. 112.

(2) Última ratio, acota Pastor, porque a ella solo puede recurrirse cuando ninguna otra medida de aseguramiento de los fines del proceso pueda reemplazar eficazmente de un modo menos cruento y

las bases normativas de la reforma procesal penal indican que la imposición de la prisión preventiva requiere de un mayor rigor en el examen de sus presupuestos de configuración.

Es decir, con el nuevo arquetipo procesal es mayor el estándar de convicción de criminalidad como del peligro de fuga, para determinar la necesidad de adoptar dicha medida; sin embargo, vemos que se sigue empleando la prisión preventiva de forma indiscriminada, subvirtiéndose permanentemente su esencia.

La prisión preventiva, como medida cautelar o provisoria, implica someter al imputado a un estado de máxima injerencia, pues es privado de su libertad a pesar de que se le presume inocente. Su justificación axiológica legitimante es el interés social en la persecución del delito, entendiéndose que el derecho a la libertad personal –como todo derecho fundamental– no es absoluto, sino que puede ser relativizado, cuando intereses sociales preponderantes así lo aconsejen.

Es así que al constituir una medida de extrema coacción para el imputado, su imposición debe estar condicionada a la concurrencia de una serie de presupuestos, tanto de orden formal como material, que, en conjunto, la doten de validez, evitándose detenciones arbitrarias e irrazonables; de ahí la necesidad de que la prisión preventiva sea sometida, en todos los casos, al test de razonabilidad y de proporcionalidad.

Lo que ha de rechazarse de plano es ver a esta institución procesal como una suerte de adelantamiento de la sanción punitiva, a ser impuesta con la resolución de condena. Esto es algo inaceptable, pues los fines preventivo-generales –negativo y positivo– (intimidación y restablecimiento de la vigencia de la norma) solo pueden tomar lugar con la pena(3).

Tal como anota Hassemer: la prisión preventiva no puede perseguir objetivos del Derecho Penal material, sino únicamente fines de aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, porque la legitimación de la prisión preventiva se deriva exclusivamente de tales intereses de aseguramiento: posibilitar un procedimiento en presencia del imputado con oportunidad de averiguar la verdad y la imposición de las consecuencias penales(4).

No puede concebirse a la prisión preventiva como una vía para neutralizar a potenciales delincuentes o para someter al imputado a un régimen de rehabilitación

conditio sine qua non porque sin ella el Derecho Procesal Penal no podría, en casos extremos, cumplir sus objetivos; *Las funciones de la prisión preventiva,* cit., p. 129.

(3) Vide, al respecto PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. *Derecho Penal. Parte General.* Tomo II, 4ª edición, Idemsa, Lima, 2013.

(4) HASSEMER, W. *Los presupuestos de la prisión preventiva,* traducción de Ziffer, cit., pp. 119-120.

social. No solo el principio de presunción de inocencia lo impide, sino las razones mismas de la persecución penal, que no son las mismas que de la sanción penal. Una cosa es evitar los peligros que implica la huida del imputado de la persecución penal y otra hacer lo posible para que el penado no vuelva a delinquir, al recuperar su libertad.

No en vano se postula que de su propia naturaleza se entiende que la prisión preventiva tiene una finalidad instrumental, la cual consiste en la realización exitosa del proceso penal y de sus consecuencias; en tal sentido, su objetivo es asegurar la presencia del imputado en sede judicial, así como la efectividad de la sentencia, de lo que se colige que no tiene el carácter de medida punitiva(5).

En la circular sobre prisión preventiva (Res. Adm. N° 325-2011-P-PJ) se sostiene que: "(...) La prisión preventiva no es otra cosa que una medida coercitiva personal, que solo puede tener fines procesales, cuyo propósito radica en asegurar el normal desarrollo y resultado del proceso penal [consolidar, en suma, (i) el proceso de conocimiento (asegurando la presencia del imputado en el procedimiento y garantizando una investigación de los hechos, en debida forma por los órganos de persecución penal) o (ii) la ejecución de la pena]".

Por otro lado, el Tribunal Constitucional (TC), en la sentencia recaída en el Exp. N° 1567-2002-HC/TC, señaló: "La detención provisional tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso. No se trata de una medida punitiva, por lo que, mediante ella, no se adelanta opinión respecto a la culpabilidad del imputado en el ilícito que es materia de acusación, por cuanto ello implicaría quebrantar el principio constitucional de presunción de inocencia. Se trata de una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional".

A decir de Jauchen, las medidas de coerción procesal restrictivas o privativas de la libertad solo pueden tener como exclusivo propósito asegurar los fines del proceso penal, o sea: la eficaz investigación del hecho y la aplicación efectiva de la ley penal(6).

En suma, la prisión preventiva constituye una medida cautelar de orden personal, cuya meta esencial es garantizar la concreción de los objetivos primordiales del procedimiento penal.

Dado que consiste en la injerencia más gravosa que la ley procesal penal confiere en la persecución del delito, su adopción no solo requiere de una solicitud previa del fiscal (principio de rogación) y de una orden del órgano judicial

(5) VILLEGAS PAIVA, E.A. *La prisión preventiva en la agencia judicial para la seguridad ciudadana,* cit., p. 40.

(6) JAUCHEN, E.M. *Derechos del imputado,* cit,., p. 276.

competente, sino que es necesario verificar la concurrencia de los presupuestos tanto de naturaleza formal como material, que en conjunto revisten a dicha medida de legitimidad, como mecanismo de interdicción a toda manifestación de arbitrariedad pública.

El carácter de provisorio e instrumental de la prisión preventiva es una propiedad que debe resguardarse al momento de su adopción o decisión de permanencia.

Como lo ha manifestado el TC en la sentencia recaída en el Exp. N° 327-2012-PHC/TC: "(...) La detención judicial preventiva debe ser también una medida provisional, cuyo mantenimiento solo debe persistir entre tanto no desaparezcan las razones objetivas y razonables que sirvieron para su dictado. Una vez removidos, el contenido garantizado del derecho a la libertad personal y al principio de la presunción de inocencia exige que se ponga fin a la medida cautelar, pues, de lo contrario, su mantenimiento tendría que considerarse como una sanción punitiva, incompatible con su naturaleza cautelar y con los derechos antes enunciados".

Tal como expresa Gimeno Sendra, la adopción de la prisión provisional requiere la observancia de los siguientes requisitos: desde un punto de vista material, no es suficiente la imputación de cualquier infracción penal o contravención, sino de un delito (y de aquí no se justifique limitación alguna del derecho a la libertad en las faltas) y, atendiendo a un criterio formal, es necesario no solo que exista constancia del hecho, sino también que el juez tenga 'motivos bastantes' sobre la responsabilidad penal del imputado (*fumus boni iuris*)(7).

Para Maier, la prisión procesal solo puede ser impuesta por orden judicial que cumpla con las exigencias legales que autorizan la aplicación de este instituto: mérito sustantivo, peligrosismo procesal, excepcionalidad, proporcionalidad, tratamiento especial y limitación temporal(8).

El TC en la sentencia recaída en el Exp. N° 1091-2002-HC/TC) ha tenido oportunidad de pronunciarse *in extenso* respecto de las causas que justifican el dictado de una medida de detención, siendo estas, básicamente, la presunción de que el acusado ha cometido un delito (como factor sine qua non pero en sí mismo insuficiente), el peligro de fuga, la posibilidad de perturbación de la actividad probatoria (que pudiera manifestarse en la remoción de las fuentes de prueba, colusión, presión sobre los testigos, entre otros supuestos) y el riesgo de comisión de nuevos delitos.

(7) GIMENO SENDRA, V. y otro. *Derecho Procesal Penal,* cit., p. 556.

(8) MAIER, J.B. *Derecho Procesal Penal.* Tomo I, cit., p. 520 y ss.

II. PRESUPUESTOS DE VALORACIÓN

La detención cautelar recae sobre un individuo, al cual la justicia penal debe concebir como "inocente" desde un plano estrictamente probatorio. Esto quiere decir que para poder adoptar una medida de tal intensidad, se requiere verificar elementos que definan una sospecha fundada de criminalidad [en tal sentido se pronuncia el nuevo CPP: artículo 268.a)]. Tal como anota Pastor, la persecución penal estatal significa ya, con prisión provisional o sin ella, una pena de sospecha: la pena de proceso(9).

En tal sentido, se exige para dictar esta medida una serie de presupuestos, que han de ser rigurosamente valorados por el juzgador e invocados por el persecutor público. Esta suerte de factores ha de avizorar dos cosas. Primero, que el imputado, en razón de sus condiciones personales, revela un probable peligro de fuga o de obstaculización probatoria; y segundo, que al tratarse de un delito grave –la sanción a imponerse debe ser superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad–, requiere ser sometido a dicho estado de coerción procesal, siempre que existan fundados elementos de convicción para estimar razonablemente que el imputado está vinculado a la comisión del delito –*fumus comissi delicti*(10)–, en concatenación con el principio de intervención indiciaria(11).

Es en virtud del principio de intervención indiciaria, corroborado en el caso concreto, que puede afirmarse una sospecha vehemente de criminalidad, de que el imputado es autor o partícipe de un injusto penal incriminado, lo cual dota a la prisión preventiva de sustantividad material.

1. Sospecha de la probable comisión de un delito

Sobre este punto, vemos que el artículo 135 del CPP de 1991 requería que "existan suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo". De plano, se avizora acá un craso error terminológico: no se puede hablar con propiedad jurídica, en un estadio preprocesal, de elementos probatorios, a lo más lo que se puede exigir es

(9) PASTOR, D.R. *Las funciones de la prisión preventiva,* cit., p. 114.

(10) Ibídem, p. 139.

(11) Sobre este aspecto en el Considerando Segundo de la Circular sobre Prisión Preventiva, se dice que: **Al respecto es necesario contar con datos y/o graves y suficientes indicios procedimentales lícitos –del material instructorio en su conjunto–, de que el imputado está involucrado en los hechos. No puede exigirse, desde luego, una calificación absolutamente certera, sino racionalmente aproximativa al tipo legal referido. Asimismo, han de estar presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (probabilidad real de culpabilidad)**; de hecho, que estando recién en el comienzo del procedimiento penal, no se puede hablar de verdaderas "pruebas", que vinculen al imputado como autor y/o partícipe del hecho punible, sino solo de evidencias o indicios, que puedan indicar que este ha perpetrado el injusto penal, entonces importa un juicio provisorio y estimativo de una sospecha real de criminalidad.

suficiente evidencia de incriminación, que pueda sustentar una imputación delictiva (provisoria) sobre el sindicado, sea como autor o partícipe. Por el contrario, la admisibilidad de una base probatoria requiere de un tratamiento de corroboración o constatación sobre la fiabilidad de la información, cosa que no puede darse en dicha etapa del proceso.

A decir de Maier: "quien aprecia los elementos de prueba puede, sin embargo, adoptar decisiones diferentes respecto de la verdad puede convencerse de que la ha alcanzado tiene la certeza de que su reconstrucción es correcta; se inclina a admitir que ha alcanzado la verdad, pero en un grado menor al anterior, pues los elementos que lo afirman en esa posición superan a otros que la rechazan, hábiles sin embargo, para evitar su convicción total de haber elaborado un juicio correcto, sin errores, afirma la probabilidad de que su reconstrucción es acertada; por último, comprende que no niegan, la duda es absoluta(12).

Los términos empleados por el nuevo CPP evocan graves elementos de convicción(13) que puedan sustentar una imputación delictiva. Acá nos topamos con un alto estado de cognición, pues solo puede adquirir convencimiento algo que está científicamente demostrado, y ello no puede predicarse en el estadio de las diligencias preliminares(14).

Pensamos que el método a inferir, es uno de alcance provisional, en el sentido de que las evidencias recogidas en dicho nivel, permitan inferir un juicio de imputación delictiva, lógicamente preliminar y, no conclusivo. Y, este es un tema a analizar de forma exhaustiva en el nuevo modelo procesal, en el entendido de que el juzgador, no vaya a pensar –erróneamente–, que el fiscal debe mostrarle indicios corroborantes de participación delictiva, cuando lo que va a indicarle, importa una información, aún susceptible de ser corroborada, y que sirve precisamente, para el dictado de una medida cautelar provisional, como es la prisión preventiva; v. gr.,

(12) MAIER, J. *Derecho Procesal Penal argentino,* cit., p. 258.

(13) El artículo 140 del CPPCH, hace alusión a: **que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor**; mientras que el artículo 308 del CPP colombiano, estipula que **el juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se puede inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga** (...)".

(14) A decir de Pastor, este juicio de probabilidad es inevitable para fundar la prisión preventiva y, naturalmente, no puede ser realizado más que bajo circunstancias en gran medida decepcionantes. Ello se debe a que la hipótesis acerca de que el imputado es vehemente sospechoso de ser responsable de un hecho punible es probada en un ambiente de baja calidad, pues esa comprobación, evidentemente, no surge en el marco de un juicio oral y público, sino en el del procedimiento preliminar que es escrito, secreto para los terceros y limitadamente contradictorio; *Las funciones de la prisión preventiva,* cit., p. 140.

recoge las evidencias del cuerpo del delito, el arma con que se apuntó a la víctima, la declaración de esta última como la identificación del sindicado.

Cuando se recoge el término "delito", hemos de identificar dicho término según una acepción correcta de su contenido y alcance; es así, que la dogmática jurídico-penal, nos proporciona una categoría de similar comprensión, el "injusto penal[15]", que engloba un doble nivel de valoración a saber: primero, que el relato fáctico se ajuste (en **apariencia**), a los alcances normativos de un tipo penal en particular, tanto en sus componentes objetivos como subjetivos, en cuanto a una labor típica de subsunción fáctica al encuadramiento normativo, definiendo la lesividad y/o la puesta en peligro del bien jurídico –penalmente tutelado– y, en el segundo nivel de valoración, hemos de detenernos en las denominadas "causas de justificación", que se regulan en todo el complexo del ordenamiento jurídico, es decir, la conducta –en principio **típica**–, puede resultar siendo **permitida y/o autorizada**, cuando la ley así lo disponga. Tres ejemplos: unas lesiones leves que han sido propiciadas por el ciudadano que repele la agresión ilegítima del agente, siempre que concurra la falta de provocación suficiente y la proporcionalidad del medio empelado; la desocupación (desalojo) de un bien inmueble, por parte de las autoridades pertinentes, si bien es un acto típico de usurpación, constituye un acto lícito, al enmarcarse en una autorización legal; y, quien retiene un bien mueble de su legítimo propietario, para asegurar el pago de su legítima acreencia, no está incurso en el delito de apropiación ilícita. A decir de la doctrina especializada, (...) desde siempre le ha vedado al juez que ordene el ingreso a prisión de un procesado sobre el que exista la evidencia acerca de la concurrencia de una exención o de extinción de la responsabilidad penal[16].

2. Prognosis de pena

Debe precisarse que la prognosis de pena, no puede anclarse en una visión en abstracto, en el sentido de que baste que el delito, venga conminada con una pena superior a los cuatro años de pena privativa de libertad, sino que hay que valorar, que el imputado, en razón de sus circunstancias personales, la forma y medios de perpetración del injusto penal (atenuantes o agravantes) así como su relación con la víctima, vaya vaticinar una sanción punitiva de cierta intensidad penológica. Como se expone en la circular sobre prisión preventiva: "El juez en esta fase del análisis jurídico procesal ha de realizar una prognosis o pronóstico que permita identificar un nivel razonable de probabilidad de que la pena a imponer será

(15) Cfr., PEÑA CABRERA FREYRE, A.R. *Derecho Penal. Parte General.* Tomo I, 4ª edición, Idemsa, Lima, 2013.

(16) GIMENO SENDRA, V. y otro, *Derecho Procesal Penal.* cit, p. 557; MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Penal,* cit., p. 289.

superior a cuatro años de privación de libertad"[17]; líneas más adelante, se dice que: "(...) Se debe diferenciar el límite penológico como presupuesto material de la prisión preventiva (artículo 268, apartado 1, literal b), del Código Procesal Penal) de la gravedad de la pena como criterio legal del juicio de peligrosismo procesal (artículo 269, apartado 2, del Código Procesal penal).

No solo se precisa la constancia de haberse cometido un delito, y que este lleve aparejada una pena privativa de libertad, sino que además la pena ha de ser de cierta gravedad, pues en atención también al principio de proporcionalidad, no podrá decretarse una medida tan grave si el hecho delictivo carece de reproche suficiente y la sanción esperada es menor, aunque de prisión[18].

3. Peligro de fuga

Vaya que el peligro de fuga, viene a recoger criterios de la más diversa especie, lo que en puridad genera una disparidad de pronunciamientos, que a la postre incide en un plano de inseguridad jurídica para los justiciables, lo que de cierta forma legitimaría la emisión de las directivas en cuestión; en este alud, ha de distinguirse los motivos fundados[19], que conlleven a inferir que el imputado tenga el propósito de sustraerse de la persecución penal, y para ello, el tema del "arraigo" cobra una vital relevancia. Aspecto que fue entendido de forma equívoca, en el sentido de que todos aquellos sindicados, que tuviesen un arraigo laboral y familiar conocido y debidamente establecido, habrían de augurar su presencia obligada a las instancias judiciales y fiscales; cosa que no necesariamente es así, en tanto los hechos reales, enrostraron una faceta distinta, en cuanto a procesados por delitos de corrupción, reconocidos empresarios, con fuertes vínculos comerciales y también familiares, con nexos en el exterior, justamente hicieron uso de tales

(17) Considerando segundo.

(18) MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Penal,* cit., p. 288.

(19) En el considerando tercero, de la circular sobre prisión preventiva, se dice al respecto que: "Las circunstancias que resulten útiles para inferir la aptitud del sujeto para provocar su ausencia –riesgo que por antonomasia persigue atajarse en la prisión preventiva– están en función de las mayores o menores posibilidades de control sobre su paradero. Entre aquellas se tiene la salud del individuo, que influye mucho –en uno u otro sentido– en la capacidad material de huida; así como la situación familiar o social del sujeto, para advertir la posibilidad de que algún familiar o amigo supla o complemente la disposición material del sujeto pasivo del proceso; la inminencia de celebración del juicio oral, especialmente en los supuestos que proceda iniciar o formalizar un enjuiciamiento acelerado o inminente –se trata, como abonar la experiencia, de un elemento ambivalente, dado que el avance del proceso puede contribuir tanto a cimentar con mayor solidez la imputación como a debilitar los indicios de culpabilidad del acusado, por lo que el juez ha de concretar las circunstancias específicas que abonan o no en la fuga del imputado–. Otras circunstancias que permiten deducir con rigor una disposición cualificada del sujeto a poner en riesgo el proceso mediante su ausencia injustificada pueden ser: la existencia de conexiones del individuo con otros lugares del país o del extranjero, la pertenencia del acusado a una organización o banda delictiva, la complejidad en la realización del hecho atribuido, las especialidades formativas que quepa apreciar en el procesado, o incluso en su situación laboral".

ventajas, para fugar del país[20]; es decir, acreditar por parte de la defensa, que el imputado ostenta nexos sociales, familiares y laborales en el país, no puede de plano, desechar el riesgo de fuga. En la circular mencionada, se sostiene que la expresión "existencia" o "inexistencia" de arraigo es, en realidad, un enunciado que requiere de serios controles en el plano lógico y experimental. Toda persona, aun cuando está frente a un indigente, tiene algún tipo de arraigo. El punto nodal estriba en establecer cuándo el arraigo –medido en términos cualitativos– descarta la aplicación de la prisión preventiva. Esto es algo muy distinto a sostener que la presencia de cualquier tipo de arraigo descarta la prisión preventiva"[21]; por lo que líneas a posteriori, se afirma que es perfectamente posible aplicar la prisión preventiva a una persona que tiene familiar o domicilio conocido, cuando dicha situación, evaluada en términos de ponderación de intereses, no es suficiente para concluir fundadamente que el desarrollo y resultado del proceso penal se encuentra asegurado"[22]; mientras que el TC, en la sentencia contenida en el Exp. N° 0298-2003-HC/TC, ha enfatizado que: "La existencia o no del peligro procesal debe determinarse a partir del análisis de una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso y que están ligadas, fundamentalmente, a las actitudes y valores morales del procesado, su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y cualquier otro factor que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la libertad del inculpado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en serio riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación y la eficacia del proceso. La ausencia de un criterio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminan convirtiendo el dictado de la detención judicial preventiva o, en su caso, su mantenimiento, en arbitrario por no encontrarse razonablemente justificado".

A tal efecto, el juzgador deberá ponderar dicho presupuesto, conforme las características del caso en particular, la disponibilidad del sindicado a someterse a la justicia, si de plano se ausenta a las primeras diligencias, ya se avizora una disposición renuente a acatar las disposiciones judiciales y fiscales; puede por otro lado, acontecer que ante una manifiesta orden de detención a todas luces arbitraria o dígase "ilegal", el imputado ingrese a la clandestinidad, lo cual debe ser rigurosamente valorado, a fin de no encontrar en dicha actitud, un manifiesto peligro de fuga.

(20) Así, cuando se expone en la circular (considerando tercero), que **dicha conexión puede expresarse por la posición laboral del sujeto, la complejidad en la realización del hecho atribuido, su situación social o familiar, o sus conexiones con otros países o lugares del territorio nacional, si se advierte que en ellos puede hallarse la concreta fuente de prueba**.

(21) Considerando séptimo.

(22) Ídem.

Sobre este punto, debe indicarse finalmente, que el **peligro de fuga no puede partir de una prognosis abstracta, pues todos los imputados, de quienes se encuentren evidencias de haber cometido un hecho punible, tendrán la manifiesta intención de fugarse, sino debe tratarse de una probabilidad, casi rayando en la seguridad, basada en los datos reales del hecho concreto**. Como bien se dice en la doctrina, las circunstancias determinantes del pronóstico de fuga deben estar probadas con certeza(23).

4. Obstaculización probatoria

En lo concerniente a la mentada "obstaculización probatoria(24)", debe tomarse en cuenta, la complejidad y/o naturaleza del procedimiento, sobre todo cuando se trata de una pluralidad de imputados y, uno de ellos, tiene la intención de colaborar con la averiguación de la verdad, v. gr., confesión sincera, colaboración eficaz y terminación anticipada del proceso; es en estas circunstancias, que el otro coencausado, tendrá la intención de acallarlo, de silenciarlo, lo cual se advierte con cierta intensidad, ante organizaciones delictivas. Así también, cuando el delito que se investiga, requiere necesariamente de cierta información(25), que ha de ser recabada desde las oficinas (empresa), en la cual labora el sindicado o a través de la cual se ha perpetrado el injusto penal; los primeros visos, de la falta de colaboración de quienes manejan dichos datos, claro no del imputado (*nemo tenetur sea ipso accusare*), podría ser un indicativo de este presupuesto. Otro dato a complementar, es una imputación delictiva por una pluralidad de injustos, donde la probanza de cada uno de estos se torna en complicado, por lo que estando a tal situación procesal, deberá atenderse a las posibilidades del imputado de pretender trabar con los fines de la investigación.

De hecho que estos peligros estarán siempre latentes, en toda persecución penal, en mayor intensidad cuando se trata de la investigación de injustos penales, de meridiana y grave criminalidad; empero, acá la norma fija una circunstancia en abstracto, por lo que será en cada caso en particular, que el examen tendrá lugar de forma concreta y particularizada.

(23) PASTOR, D.R. *Las funciones de la prisión preventiva,* cit., p. 138.

(24) Sobre este elemento, Pastor, hace una reflexión interesante, de que resulta bastante dudoso que la prisión sea un medio efectivo para conjurar las acciones anunciadas constitutivas de oscurecimiento, pues también desde el cautiverio se pueden conseguir los resultados temidos (piénsese, especialmente en la última circunstancia típica: inducir a otros a realizar tales comportamientos); *Las funciones de la prisión preventiva,* cit., p. 137.

(25) En la circular (considerando tercero) se anota que: "Las circunstancias relevantes para el análisis de la disposición material del imputado para acceder a las fuentes y medios de investigación y ocultarlos, destruirlos o manipularlos, indican cierto grado de conexión entre el propio imputado y el objeto a proteger".

III. LA MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 268 Y 269 DEL CPP DE 2004 A TRAVÉS DE LA LEY N° 30076

Entrando en sustancia, consideramos que despojar de los presupuestos materiales de la "prisión preventiva", el hecho de que el imputado pertenezca a una organización delictiva (o su reintegración a la misma), importa ubicarlo en una adecuada posición normativa, pues no se trata en realidad de un presupuesto –material–, sino más de un criterio a tomar en cuenta, para valorar si es que existe o no peligro de fuga (obstaculización probatoria), esto es, en el apartado correspondiente a ello (artículo 269, inciso 5).

Por otro lado, ha sido objeto de modificación el inciso 3) del artículo 269 del nuevo CPP, variando el término: "importancia". por "magnitud", que de hecho otorga un factor de mejor concreción, en orden a medir los efectos perjudiciales de la conducta antijurídica, en correspondencia con la actitud que ha asumido el imputado, de proceder voluntariamente a resarcir los daños ocasionados por su proceder antijurídico. Este es un punto importante, en orden a establecer si el imputado está o no dispuesto a asumir los costes gravosos de su comportamiento luctuoso, y así de afrontar la persecución penal en su contra.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La necesidad de que el imputado sea sometido a la persecución penal en un régimen de privación de libertad, adquiere mayor vigor, ante coyunturas histórico-sociales, que manifiestan un alto índice de criminalidad (violenta), desencadenante de un estado de inseguridad ciudadana, que repercute no solo en el legislador, sino también en los operadores jurídicos, en concreto en los órganos jurisdiccionales, que a veces se ven presionados por la opinión pública y, dejando de lado los dictados de la ley y la Constitución, adoptan prisiones preventivas, aún no concurriendo sus presupuestos materiales para su correcta imposición. Algo muy grave, pues es sabido, que los jueces solo han de dictar sus decisiones, conforme lo prescrito en el ordenamiento jurídico y, no conforme con el afán de aplacar demandas ciudadanas, por más justas que estas sean. Como se expresa en la doctrina nacional (...) no se debe perder de vista que esas acciones concretas en la búsqueda de una mayor y mejor eficacia del sistema penal con miras a lograr que la inseguridad ciudadana descienda el mínimo posible, no implica que tales acciones puedan afectar arbitrariamente los derechos fundamentales de las personas que eventualmente puedan verse implicadas en un proceso penal como si estuviésemos en un Estado de Policía, sino que ese activismo judicial debe tener como punto de partida –o, en

todo caso, de llegada– las directrices diseñadas por la Constitución Política, conforme lo predica un Estado Constitucional de Derecho[26].

Vemos de esta forma, que esta demandada eficacia en la persecución penal, puede terminar por subvertir esta institución, entendida como última ratio[27] y no como la prima ratio, como se quiere percibir en los medios de comunicación y en ciertas tribunas de la judicatura, máxime en el nuevo modelo procesal penal, donde la libertad ha de ser regla y la privación de la libertad la excepción. Así, el TC, al sostener en una de sus decisiones, que: "La medida de encarcelamiento ha sido instituida, prima facie, como una fórmula de purgación de pena por la comisión de ilícitos penales de determinada gravedad. En tal sentido, su aplicación como medida cautelar en aras de asegurar el adecuado curso de las investigaciones y la plena ejecutabilidad de una eventual sentencia condenatoria, debe ser la última ratio por la que puede optar un juez para asegurar el éxito del proceso penal".

Pareciese ser que la percepción subjetiva de "inseguridad ciudadana", que alientan estas posiciones maximalistas, vienen a reemplazar los criterios reglados en la ley procesal, algo inaceptable en un orden democrático de Derecho, que se expresa también en la emisión de circulares que pretenden direccionar las resoluciones de los jueces, afectando su imparcialidad y objetividad, tal como la Ley Fundamental lo reconoce, sin que ello implique reconocer el acogimiento de certeros criterios de valoración así como lo imperioso que resulta la unificación de pronunciamientos según los dictados de un "Estado Constitucional de Derecho".

Estamos retrocediendo, peligrosamente, a modelos jurídicos y jurisdiccionales, propios de sistemas inquisitivos y oficialistas, que reducen los espacios de discrecionalidad judicial, por la impartición de directrices, basadas en los principios de jerarquía institucional.

Por último, la Ley Nº 30076, ha significado regular, de manera más clara y coherente, los presupuestos materiales de la prisión preventiva así como los criterios que deben ser tomados en cuenta, al momento de determinar, si existe o no "peligro de fuga", de aplicación en todo el territorio patrio, sin embargo, como también se lee de las disposiciones complementarias de la mencionada ley, no

(26) VILLEGAS PAIVA, E.A. "La prisión preventiva en la agenda judicial para la seguridad ciudadana. Entre el garantismo y la eficacia en la persecución penal". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 28, Lima, octubre de 2011, cit., p. 39.

(27) Así, el TC, cuando sostiene en la sentencia recaída en el Exp. N° 3380-2004-HC/TC, que: "(...) la prisión provisional constituye también una restricción del derecho humano a la libertad personal, el mismo que constituye un valor fundamental del Estado Constitucional de Derecho, pues en la defensa de su pleno ejercicio, subyace la vigencia de otros derechos fundamentales, y por donde su justifica, en buena medida, la propia organización constitucional. Por ello, la detención provisional no puede constituir la regla general a la cual recurra la judicatura, sino, por el contrario, una medida excepcional de carácter subsidiario, razonable y proporcional".

solo entran en vigencia, los artículos 268 y 269, sino también el artículo 271; este último refiere a la "Audiencia de prisión preventiva", es decir, es de aplicación el régimen de audiencias en Lima y el resto de distritos judiciales, donde aún está en vigencia el C de PP de 1940 y el CPP DE de 1991, que es propio de un sistema acusatorio (adversarial), un cuerpo extraño en un sistema procesal mixto, donde aún rigen instituciones que no se corresponden con la arquetipo normativo del nuevo CPP. De esta forma, se ha puesto en rigor, una institución propia de la oralidad y de un sistema inter-partes, donde el Fiscal ya no emite dictámenes, en una fase procesal, donde el juzgador es el dueño de la dirección material del procedimiento, sin haberse puesto en vigencia aquellos dispositivos legales, que le confieren legitimidad para obrar al persecutor público(28), para solicitar la imposición de medidas de coerción procesal; máxime, cuando el régimen impugnativo de la prisión preventiva(29), la duración de la misma(30) así como la posibilidad de adoptar la comparecencia(31), no han entrado en vigencia. Una acusada asistematicidad e incongruencia(32), en los modelos procesales a aplicar, que conduce a verdadero caos normativo y operativo a los operadores jurídicos, sobre todo al Ministerio Público, que debe ser corregido lo más pronto posible por el Congreso de la República, pues de por medio está en riesgo, la legitimidad y credibilidad de la reforma procesal-penal en el Perú.

(28) Artículos VI del Título Preliminar y 255 del nuevo CPP.

(29) Artículo 278.

(30) Artículo 272.

(31) Artículo 286 y ss.

(32) La solicitud de la imposición de la prisión preventiva, toma lugar conforme el régimen normativo del nuevo CPP, mientras que su impugnación, a través de la normativa del CPP de 1991.

Índice general

Índice general

Presentación..... 5

Temas de Derecho Penal

Parte General

Objeciones a la legitimación del inciso 11 del artículo 20 del CP

A propósito de la STC Exp. Nº 00012-2008-PI/TC 11

I. Aspectos preliminares 11

II. Análisis de los argumentos vertidos por el TC sobre la inclusión del inciso 11 al artículo 20 del CP 14

III. A modo de conclusión 20

La habitualidad y el principio de proporcionalidad de las penas

A propósito de la modificación del artículo VIII y la incorporación del artículo 46-c al Código Penal 23

I. Aproximación al tema..... 23

II. La habitualidad como estado peligroso del ser "delincuente"..... 26

III. Requisitos 31

IV. Consecuencia jurídica..... 31

V. El principio de proporcionalidad de las penas 32
VI. A modo de conclusión 37

Naturaleza jurídica de la reparación civil *ex delicto* 39
I. Conceptos preliminares 39
II. Responsabilidad extracontractual 44
III. Los factores que abonan en la naturaleza penal de la reparación civil 45
IV. El daño como lesión real y concreta y las prescripciones normativas aplicables 51
V. La responsabilidad civil y el derecho probatorio 54

La aplicación de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas 57
I. Introducción 57
II. Modelos de atribución de responsabilidad de la persona jurídica 59
III. Comentarios al Acuerdo Plenario Nº 7-2009/CJ-116 62
IV. Alcances y limitaciones del artículo 105 del CP 64
V. Consecuencias accesorias y proceso penal 65

Los casos Barrios Altos y La Cantuta
El delito de homicidio agravado en el marco de la autoría mediata en las estructuras organizativas de poder 71
I. A modo de aproximación 71
II. Los delitos de homicidio en el CP de 1991 75
III. Antecedentes fácticos - fallo del proceso de extradición 80

IV. Imputación delictiva y exposición de la autoría mediata en estructuras organizativas de poder 81

El uso de menores de edad e inimputables en la comisión de delitos como circunstancia agravante: ¿Autoría mediata o instigación? 87

I. Conceptos preliminares 87

II. ¿Autoría mediata o instigación? 89

III. Consecuencias jurídicas y resultados sobrevenidos 93

IV. Bases conclusivas 95

El modelo de política criminal de seguridad ciudadana 97

I. Descripción del estado de la cuestión 97

II. La legitimación filosófica del Derecho Penal 99

III. Factores de incidencia en el modelo político-criminal de "seguridad ciudadana" 102

IV. El modelo de política criminal de la "seguridad ciudadana" 110

V. Precisiones conclusivas 112

Parte Especial

El delito de feminicidio basado en la discriminación y en el odio hacia el sexo femenino, conforme a su nueva regulación normativa 117

I. Apuntes preliminares 117

II. Desarrollo argumental - los delitos de odio 121
III. Contextos delictivos del feminicidio 124
IV. Circunstancias de agravación del feminicidio 127
V. La pena de cadena perpetua 132
VI. Tipo subjetivo del injusto 133
VII. Formas de imperfecta ejecución 133
VIII. Bases conclusivas 134

La política criminal del aborto en el marco de una discusión despenalizadora 137
I. Conceptos preliminares 137
II. Definición del aborto 139
III. El aborto ético o sentimental 140
IV. Desarrollo del tema en discusión 142
V. Postulados a favor de la despenalización del aborto ético o sentimental 143
VI. A modo de conclusión 145

La reforma del delito de "usurpación" (Ley N° 30076): aspectos penales y procesales 149
I. El uso de la violencia contra las personas o las cosas 149
II. La inclusión del inciso 4) 152
III. Circunstancias de agravación 153
IV. Innovaciones a la parte procesal (NCPP) - la ministración provisional 155

El delito de uso indebido de información privilegiada
Tipo básico y formas agravadas 159

I. Introducción 159
II. Bien jurídico 161
III. Tipicidad objetiva 164
1. Sujeto activo 164
2. Sujeto pasivo 167
3. Elementos de valoración típica 167
4. Modalidad del injusto 171
IV. Agravante 174
V. Formas de imperfecta ejecución 174
VI. Tipo subjetivo del injusto 175

El delito de financiamiento de créditos mediante información fraudulenta 177

I. Fundamentos de la imputación penal 177
II. Tipicidad objetiva 179
1. Sujeto activo 179
2. Sujeto pasivo 180
3. Comportamiento básico 180
4. Comportamiento agravado 182
5. Formas de imperfecta ejecución 184
6. Tipicidad subjetiva 185

El delito de conducción de vehículo automotor bajo los efectos del alcohol o de sustancias psicotrópicas 187

I. Descripción legal 187

II. Cuestiones preliminares 187

III. Bien jurídico protegido 189

IV. Tipo objetivo 190

1. El sujeto activo 190

2. Sujeto pasivo 193

3. Modalidad típica 193

3.1. La conducción de un vehículo motorizado 193

3.2. Encontrarse en estado de ebriedad con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro o bajo el efecto de estupefacientes 194

V. Valoración del juicio de reproche personal 198

VI. Agravante 201

VII. Formas de imperfecta ejecución 202

VIII. Tipo subjetivo del injusto 203

El delito de desobediencia y resistencia a la autoridad 205

I. Conceptos preliminares y bien jurídico 205

II. Tipicidad objetiva 209

1. Descripción típica 209

2. Sujeto activo 210

3. Sujeto pasivo 211

4. Modalidades típicas 211

4.1. Resistencia a la autoridad 213

4.2. Desobediencia a la autoridad 216

5. Orden legalmente impartida por un funcionario 217
6. Causal de atipicidad penal 218
7. Formas de imperfecta ejecución 220
8. Tipo subjetivo del injusto 221
9. Circunstancia agravante 221

Análisis del delito de abuso de autoridad 231

I. Anotaciones preliminares 231
II. Tipicidad objetiva 234
1. Sujeto activo 234
2. Sujeto pasivo 235
3. Modalidades típicas 235
4. Modalidades del injusto típico 241
5. La necesidad de que el acto se cometa u ordene en perjuicio de alguien 243
6. Formas de imperfecta ejecución 245
7. Tipo subjetivo del injusto 245
8. Agravante 246

El delito de denuncia calumniosa 249

I. Conceptos preliminares 249
II. Bien jurídico 252
III. Tipicidad objetiva 256
1. Sujeto activo 257
2. Sujeto pasivo 258
3. Modalidad típica 259

3.1. Denuncia 259
3.2. Autoridad 261
3.3. Hecho punible 262
3.4. Condición para la calificación de la "denuncia calumniosa" 264
4. Simulación de pruebas 266
5. La autoincriminación punible 270
IV. Tipo subjetivo del injusto 273
V. Formas de imperfecta ejecución 275

La regularización tributaria como causa de exclusión de pena (Acuerdo Plenario N° 2-2009/CJ-116) 277
I. Esbozo preliminar 277
II. La regularización tributaria 278
1. Exención punitiva de los partícipes 282
2. Aspectos varios (sustantivos) en la regularización tributaria 285
3. Requisitos de la regularización tributaria 287
III. Extensión de la exclusión de pena 291

Temas de Derecho Procesal Penal

La detención domiciliaria y la problemática de su aplicación 295
I. Conceptos preliminares 295

II. Los presupuestos de la prisión preventiva 297

III. Análisis de la resolución recaída en el Exp. Nº 105-08-E (caso Rómulo León Alegría) 300

IV. A modo de conclusión 305

Los requisitos de legitimidad de las interceptaciones telefónicas

Su incidencia en el marco de la teoría de la prueba prohibida... 307

I. Estudio preliminar 307

II. Presupuestos 311

III. La búsqueda de la verdad como meta cognoscitiva del proceso penal y sus efectos en la esfera de las prohibiciones probatorias..... 312

IV. El efecto reflejo de la prueba prohibida y su relación en el haz probatorio de las interceptaciones telefónicas ilícitas ("petroaudios") 315

V. Las escuchas telefónicas en el caso de los "petroaudios"..... 317

1. La teoría de la "ponderación de intereses jurídicos" y el "principio de proporcionalidad"..... 320

VI. A modo de conclusión 323

Dos problemas sobre el principio de oportunidad

El problema del acuerdo reparatorio y el de su carácter discrecional 325

I. Descripción de los problemas..... 325

II. Consideraciones generales: El nuevo modelo integrador de justicia penal. Los criterios de oportunidad 326

III. Los criterios de oportunidad en el derecho positivo vigente y su análisis práctico conforme al problema planteado..... 329

1. El acuerdo reparatorio 331

2. La abstención del ejercicio de la acción penal como una facultad discrecional del fiscal 333

La libertad por exceso de detención

El derecho de ser juzgado en un plazo razonable 335

I. Descripción de la problemática en cuestión 335

II. Fines del proceso penal y los fundamentos de la detención preventiva 337

1. Provisionalidad 339

2. Instrumentalidad 339

3. Proporcionalidad 340

III. Un proceso sin dilaciones indebidas y el principio de presunción de inocencia en el contexto de la detención preventiva 341

IV. Los plazos de detención según el artículo 137 del CPP y los presupuestos de la libertad por exceso de detención 345

V. Reflexiones finales 350

El arresto domiciliario

Marchas y contramarchas en la modificación del artículo 47 del Código Penal 353

I. Consideraciones generales 353

II. La comparecencia 356

III. El arresto domiciliario y la problemática en cuestión 357

IV. La validez temporal de la ley penal 362

V. Reflexiones finales 364

La búsqueda de pruebas y la restricción de derechos en el Código Procesal Penal

Marco de aplicación y presupuestos legitimantes 369

I. Introducción 369

II. Consideraciones generales 371

III. Preceptos generales 375

IV. Presupuestos aplicativos 378

V. A modo de conclusión 384

Límites al arresto ciudadano 385

I. A modo de aproximación 385

II. Naturaleza jurídica del "arresto ciudadano" 387

III. Alcances normativos 390

IV. A modo de conclusión 392

La etapa intermedia en el nuevo Código Procesal Penal ... 393

I. Cuestiones preliminares 393

II. Notificación de la acusación y objeción de los demás sujetos procesales 395

1. Convenciones probatorias 404

III. La audiencia preliminar 406

IV. Decisiones adoptadas por el Juez de la Investigación Preparatoria, en el marco de la audiencia preliminar 409

V. El auto de enjuiciamiento 415

1. Resueltas las cuestiones planteadas, el juez dictará el auto de enjuiciamiento. Dicha resolución no es recurrible 417

2. El auto de enjuiciamiento deberá indicar, bajo sanción de nulidad 418

3. El juez, si resulta necesario, de oficio o según el pedido de parte formulado conforme a lo dispuesto en el numeral 1 c) del artículo 350, se pronunciará sobre la procedencia o la subsistencia de las medidas de coerción o su sustitución, disponiendo en su caso la libertad del imputado 419

VI. Notificación del auto de enjuiciamiento 420

1. El auto de enjuiciamiento se notificará al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales 420

2. Dentro de las cuarenta y ocho horas de la notificación, el juez de la investigación preparatoria hará llegar al juez penal que corresponda dicha resolución y los actuados correspondientes, así como los documentos y los objetos incautados, y se pondrá a su orden a los presos preventivos..... 420

VII. A modo de conclusión 421

La discusión sobre la naturaleza jurídica de la suspensión de los plazos de prescripción de la acción penal prevista en el nuevo CPP

Un tema fundamental en la defensa del Estado Constitucional de Derecho 423

I. A modo de introducción..... 423

II. El nuevo CPP y su estructura basilar 427

III. Naturaleza jurídica de la "prescripción"..... 430

IV. Definición y alcances de la interrupción y suspensión de los plazos prescriptorios de la acción penal..... 436

V. El Acuerdo Plenario Nº 1-2010/CJ-116 y la Resolución de la Sala de Apelaciones de Huaura (Exp. Nº 00592-2008-49-1302-JR-PE-01). 440

VI. Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116 449

VII. Reflexiones finales 452

El derecho fundamental a la pluralidad de instancia 455

I. Aproximación 455

II. La STC Exp. Nº 4235-2010-PHC/TC-LIMA 456

La cosa juzgada, la cosa decidida y su incidencia en las decisiones de archivo del Ministerio Público 461

I. Introducción 461

II. La valoración de las decisiones del Ministerio Público (no ha lugar a formalizar acción penal) a la luz de las STC y su confrontación con los principios que rigen la investigación preliminar 465

III. La definición de cosa decidida y su distinción de la naturaleza jurídica de las decisiones fiscales en la investigación preliminar 468

IV. La cosa decidida: un concepto "decididamente" administrativo 470

V. La decisión de no ha lugar a formalizar acción penal del fiscal y su relativa incidencia en el principio del *ne bis in idem* 477

VI. A modo de conclusión 478

La prisión preventiva en el marco de la política criminal de "seguridad ciudadana"
Sus presupuestos de aplicación conforme a la Ley Nº 30076 481

I. Cuestiones preliminares 481

II. Presupuestos de valoración 485

1. Sospecha de la probable comisión de un delito 485

2. Prognosis de pena 487

3. Peligro de fuga 488

4. Obstaculización probatoria 490

III. La modificación de los artículos 268 y 269 del CPP de 2004 a través de la Ley N° 30076 491

IV. A modo de conclusión 491

Índice general 497