



**ANEXO DE
LECTURAS**

**CURSO
“PRECEDENTES EN MATERIA PENAL”**

UNIDAD II: DERECHO PENAL GENERAL

- **Hacia una jurisprudencia pluralista, en Derecho Penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho penal 2006. Raquel Zonia Yrigoyen Fajardo.**

HACIA UNA JURISPRUDENCIA PLURALISTA¹

RAQUEL ZONIA YRIGOYEN FAJARDO

SUMARIO: **I.** Caso 1. 1. Los hechos. 2. La sentencia. 3. Comentario. 4. Sobre el sujeto titular de funciones jurisdiccionales. 5. ¿En qué consisten las funciones jurisdiccionales? 6. Competencia territorial, personal y material. 7. Consecuencias de la sentencia en la protección de derechos. 8. Síntesis y proyección favorable para un entendimiento democrático. 9. Impulso a la legislación pluralista. 10 Pedagogía sobre la justicia y la interculturalidad. 11. Comentario a la jurisprudencia. **II.** Caso 2. Hacia una definición e interpretación intercultural de los derechos humanos. 1. Los hechos. 2. La sentencia. 3. Comentario. 4. Sobre el alcance de las funciones jurisdiccionales de las rondas (artículo 179 de la Constitución). 5. Sobre la exención de pena por la cultura o costumbres (artículo 15 del Código Penal). 6. Sobre presuntas violaciones de derechos por la jurisdicción especial.

I. Caso 1

Comentario de una sentencia de la Corte Suprema del Perú referente al artículo 149 de la Constitución y a la absolución de ronderos por los delitos de secuestro y otros.

1 Este texto constituye el Anexo 2 de la tesis de doctorado «Sometimiento constitucional y penal de los indígenas en los países andinos en el siglo XIX», que la autora ha presentado, en 2005, en la Universidad de Barcelona.

1. Los hechos

En el año 2002, las rondas campesinas de los centros poblados de Pueblo Libre y Santa Rosa, provincia de Moyobamba, departamento de San Martín, encontraron responsables de violación sexual, robo y homicidio a cuatro personas, quienes, con sus asaltos, tenían aterrorizada a la población.² Tales personas habían reconocido sus acciones. Las rondas campesinas, en este departamento, fueron organizadas hace más de quince años por inmigrantes procedentes de Cajamarca, donde las rondas se fundaron hace más de veinticinco años. En general, las rondas tienen procedimientos relativamente comunes: llevan los casos graves a la asamblea local —donde participa toda la población del lugar— y coordinan con las rondas de otras «bases» o caseríos la aplicación de sanciones.³ Entre las respuestas más comunes que dan a los hechos dañinos, están la reparación, el trabajo comunitario, la llamada «cadena ronderil» (que consiste en pasar a los sancionados por diferentes bases ronderas con el fin de que, durante el día, realicen trabajos comunales y, en las noches, ronden o patrullen la comunidad), multas, medidas que pueden restringir ciertos derechos y, eventualmente, castigos morales o físicos. Las decisiones en asamblea constan en acta, así como la aceptación por los sancionados de su responsabilidad y la medida adoptada. Siguiendo el procedimiento ordinario, luego de la detención y juzgamiento de estos malhechores, las rondas de Moyobamba determinaron, en asamblea, la aplicación de «cadena ronderil». A raíz de ello, once autoridades ronderas (hombres y mujeres) fueron denunciadas por la fiscalía por los delitos de secuestro (en agravio de las personas sancionadas por las rondas), usurpación de funciones (por actuar como jueces sin serlo), y violencia y resistencia a la autoridad. La Sala Penal de Moyobamba, mediante sentencia del 11 de febrero de 2004, condenó a tales autoridades ronderas a tres años de prisión efectiva por los delitos mencionados, así como a pagar reparación civil a los presuntos agraviados (los asaltantes a quienes las rondas habían aplicado cadena ronderil). La sentencia condenatoria de Moyobamba fue revertida por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 9 de junio de 2004, la cual absolvió a los ronderos y ordenó su excarcelación. Esta sentencia es materia del presente comentario.

2 Véase información sobre los hechos —que sigo aquí— y un breve comentario de la sentencia —con la cual concuerdo— en Ardito 2004. También puede consultarse en el sitio web <<http://www.IDL.org.pe>>

3 Véase, entre otros, Yrigoyen 1993; Espinoza 1995; Gitlitz 1998; Stara 1999.

2. La sentencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL TRANSITORIA, RN. N° 975-04, SAN MARTÍN. Lima, nueve de junio de dos mil cuatro. CONSIDERANDO: Primero.- Que el delito de secuestro se configura cuando el agente priva a una persona, sin derecho, de la facultad de movilizarse de un lugar a otro [...]. Segundo.- Que en el presente caso los procesados en su condición de integrantes de las rondas campesinas de los centros poblados de Pueblo Libre y Santa Rosa jurisdicción de la provincia de Moyobamba en el departamento de San Martín, teniendo conocimiento que los presuntos agraviados [...] admitieron [...] ser los autores de los delitos de robo, violación sexual y asesinato que se habrían cometido en sus territorios, decidieron sancionarlos de acuerdo a sus costumbres condenándolos, a «cadena ronderil», esto es pasarlos de una ronda a otra a efectos de que sean reconocidos por sus habitantes y además presten trabajo gratuito a favor de las respectivas comunidades. Tercero.- Que en tal sentido la conducta de los procesados no reviste el carácter doloso que requiere el tipo penal de secuestro, dado que su actuar se encuentra normado y regulado por el artículo ciento cuarentinueve de la Constitución Política del Perú que a la letra dice «[...] las Rondas Campesinas pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario [...]» no habiéndose advertido con ello ningún ejercicio abusivo del cargo ya que por el contrario todos los denunciados actuaron conforme a sus ancestrales costumbres. Cuarto.- Que el inciso ocho, del artículo veinte del Código Penal, señala que está exento de responsabilidad penal, «el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo», por lo que, si los procesados en su condición de ronderos, momentáneamente aprehendieron a los presuntos agraviados; sin embargo su accionar es legítimo por cuanto se encuentra enmarcado en el artículo ciento cuarentinueve de nuestra Carta Magna. Quinto.- Que al haber concurrido la causa de justificación «el actuar por disposición de la ley» en el presente proceso; en consecuencia si bien la acción es típica; sin embargo no es antijurídica, por ende tampoco culpable, resultando de aplicación el artículo doscientos ochenticuatro del Código de Procedimientos Penales. Sexto.- Que en cuanto a los acusados [...], que no han concurrido al juicio oral, igualmente procede que sean absueltos teniendo en cuenta los considerandos precedentes; por estas consideraciones: Declararon HABER NULIDAD en la sentencia recurrida [...] que CONDENA a [...] como autores del delito de secuestro [...], usurpación de funciones y violencia y resistencia a la autoridad en agravio del Estado; [...] y reformándola ABSOLVIERON a [...] en consecuencia, DISPUSIERON la anulación de los antecedentes penales y judiciales que se hayan generado como consecuencia del presente proceso, y el archivo definitivo de todo lo actuado en

su debida oportunidad; y encontrándose reclusos, ORDENARON la inmediata excarcelación de los procesados absueltos [...]; y que se levanten las órdenes de ubicación y captura que puedan existir en su contra, así como de los procesados [...]; y los devolvieron.

3. Comentario

Esta sentencia es muy importante porque sienta una interpretación progresiva en varios puntos controvertidos del artículo 149 de la Constitución de 1993, que reconoce la jurisdicción especial. A más de una década de la reforma constitucional de 1993 y de la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (en adelante, Convenio 169 OIT), la Corte Suprema se pone a la altura de los avances en el pluralismo en la región y abre paso a lo que puede ser el inicio de una «jurisprudencia pluralista» en el país. Esta sentencia supera la mentalidad monista⁴ que había marcado la mayor parte de decisiones judiciales en esta materia.⁵ Analizaré algunos de los aportes pluralistas de esta sentencia.

4. Sobre el sujeto titular de funciones jurisdiccionales

La sentencia zanja con el debate sobre el alcance del artículo 149 de la Constitución de 1993 y supera la interpretación restrictiva que no consideraba a las rondas campesinas como sujetos titulares del derecho constitucional de ejercer funciones jurisdiccionales. Es importante anotar que se trata de una «interpretación» y esta es función ineludible de la judicatura ante el vacío o deficiencia de la ley. Me voy a detener en este punto pues había polarizado el debate, lo que había hecho que las rondas campesinas autónomas quedaran en un limbo jurídico por mucho tiempo.

El artículo 149 de la Constitución de 1993 señala lo siguiente:

Las autoridades de las Comunidades campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no

4 El «monismo legal» identifica al Estado con un solo sistema jurídico. El pluralismo jurídico, por el contrario, admite la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. Véase Sousa Santos 1991: 63 y s(s); Sousa Santos 1994: 27-31. El reconocimiento constitucional de la existencia de hecho de varios sistemas jurídicos al interior de un Estado es el primer paso para posibilitar una articulación democrática de la diversidad.

5 Véase una crítica a la cultura monista reflejada en la mayor parte de la jurisprudencia sobre rondas campesinas después del reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial en Yrigoyen 2002b.

violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

El Convenio 169 de la OIT, en su artículo 8, inciso 2, señala lo siguiente:

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

A su vez, el artículo 9, inciso 1, dice: «En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros».

De una lectura literal del artículo 149 de la Constitución, parecería que esta reconoce, a las autoridades de comunidades campesinas y nativas, plena potestad para ejercer funciones jurisdiccionales, mientras que, a las rondas, solo las reconoce en tanto «apoyo» de aquellas. Ante tal texto constitucional, surgían dos preguntas: 1) ¿a qué rondas se refiere la Constitución: a) ¿a las rondas que son órganos de comunidades campesinas o nativas?, o b) ¿a las rondas campesinas que han surgido justamente donde no hay comunidades campesinas ni nativas pero que constituyen la única autoridad comunal —sociológicamente hablando— (a las que llamaré rondas «autónomas»)?; 2) ¿cuál es el papel que tienen las rondas, es decir, a) gozan autónomamente de funciones jurisdiccionales?, o b) ¿su función jurisdiccional es siempre dependiente de las autoridades comunales?

Sabemos que las rondas que promovieron y lucharon por el reconocimiento constitucional fueron las rondas que surgieron en el norte del país hace más de veinticinco años, donde no había legalmente comunidades campesinas y nativas. Estas habían logrado reconstituir el sentido de comunalidad por medio del manejo colectivo de la seguridad, la justicia y el gobierno local en estancias, caseríos y anexos donde no había propiedad comunal de la tierra y, por ende, no se habían podido constituir formalmente como comunidades campesinas. Tales rondas, desde su surgimiento, fueron objeto de persecución y sus dirigentes sufrieron procesos penales por usurpación de funciones, delito contra la administración de justicia, secuestro, etcétera. De ahí su lucha por el reconocimiento legal y constitucional. Sin embargo, después de darse la primera Ley de Rondas Campesinas n° 24571 (publicada el 7 de noviembre de 1986), se dio la Ley de Comunidades Campesinas, que contemplaba la figura de las rondas campesinas como un órgano o comité especializado de esta para asuntos de seguridad y justicia. De ahí que

muchos que desconocen el campo pensaran que solo había rondas campesinas dentro de comunidades campesinas o nativas así constituidas legalmente. La confusión creció cuando los gobiernos de Alan García y Alberto Fujimori instauraron los Comités de Autodefensa Civil, dependientes de los mandos militares en las zonas de emergencia para el combate antiterrorista, a los que también les llamaron «rondas», dada la legitimidad de esta institución andina en el campo.

Regresando, entonces, a la pregunta, las respuestas se polarizaron entre interpretaciones restrictivas y extensivas. Los que se inclinaban por la interpretación más restrictiva se basaban en una lectura literal de la Carta y decían que, según la Constitución, las rondas solo podían ejercer funciones jurisdiccionales «como apoyo» de las autoridades de comunidades campesinas y nativas. Por lo tanto, las únicas rondas autorizadas por la Constitución para ejercer dichas funciones eran las rondas que constituían órganos internos o comités especializados de las comunidades campesinas o nativas. Esta interpretación, aparentemente la más apegada a la letra de la Constitución, generaba, paradójicamente, un vacío legal, pues dejaba en el limbo jurídico a las rondas campesinas autónomas que constituían la única autoridad local donde no había comunidades campesinas o nativas formalmente constituidas. Tal interpretación, además, aceptaba, implícitamente, que la ley podía pedir un imposible jurídico, pues, para efectos de que las rondas autónomas pudiesen actuar de acuerdo a la Constitución, tenían que hacerlo como «apoyo» de comunidades campesinas o nativas, algo inexistente en sus estancias, caseríos o aldeas. Esta interpretación llevaba al absurdo. De otro lado, hacía irrelevante el sentido de la mención constitucional a las rondas campesinas. Dado que la Constitución reconoce funciones jurisdiccionales a las comunidades campesinas y nativas, tales pueden ejercer dichas funciones como les parezca conveniente y mediante los órganos que su asamblea decida. No es necesario que la Constitución autorice expresamente a cada órgano comunal para actuar con facultades delegadas de dicha comunidad. Las comunidades tienen derecho de decidir por medio de qué órganos ejercen sus funciones jurisdiccionales. En síntesis, la interpretación restrictiva dejaba en el vacío legal a las rondas campesinas autónomas o les pedía un imposible jurídico. La posición extensiva consideraba que, más allá de la letra de la Constitución, tenía que hacerse una interpretación que amparase el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las rondas campesinas autónomas, cuyo fundamento anoto luego.

El problema se origina en la Asamblea Constituyente Democrática de 1992-1993, donde se agregó la frase «*con apoyo* de las rondas» (cursivas mías) a la propuesta de la Comisión de Reforma Constitucional del Poder Judicial, que, a su vez, había acogido la presentada por la Mesa de Pluralismo Cultural y Jurídica, que proponía reconocer «funciones jurisdiccionales a las comunidades campesinas,

nativas y rondas campesinas» (cursivas mías).⁶ Basados en una gran ignorancia sobre el fenómeno rondero, los constituyentes añadieron la frase «con apoyo» pensando que solo había rondas donde había comunidades campesinas o nativas y buscaban garantizar que la actuación de las rondas se ajustara a las decisiones de la comunidad y que no actuaran por su cuenta. Si nos atenemos al objetivo del constituyente, entonces, cabría interpretar que lo que busca la Constitución es otorgar funciones jurisdiccionales a instancias comunitarias y no a grupos aislados. De las actas del Congreso Constituyente Democrático (CCD) no se desprende que los constituyentes quisieran negar funciones jurisdiccionales a las rondas campesinas autónomas, sino que, simplemente, pensaban que todas las rondas pertenecían a comunidades campesinas o nativas y que encargaban a las autoridades de estas las funciones jurisdiccionales.⁷ En este sentido, vale subrayar que, dado que la ley no distingue, no se puede decir que unas rondas sí y otras no están autorizadas para ejercer funciones jurisdiccionales. Siguiendo el espíritu de la Constitución, cabría interpretar que, cuando las rondas son comités especializados u órganos de comunidades, tienen autorización constitucional para actuar en

6 Mesa de Pluralidad Jurídica y Derechos Étnicos. «Pluralidad cultural y derechos étnicos. Propuesta de reforma constitucional 1993». En *Desfaciendo Entuertos*, nº 3-4, 1994.

7 En las Actas del CCD (1992-1993), que elabora la Constitución de 1993, se lee: «El 12 de abril de 1993 la Comisión de Constitución invitó a Fernando de Trazegnies a tocar el tema de la jurisdicción especial y sobre el tema de las rondas dijo “no es que me oponga a ellos, sino *simplemente no conozco como funcionan* [...]. Yo diría que todos aquellos que ejercen autoridad a nivel pequeño, autoridad con función delegada del pueblo, *lo cierto es que el pueblo reconoce como autoridad, y yo creo que debería de tener esa función jurisdiccional* [...]”». De alguna manera, ese criterio guió el debate de la Comisión. El diario de debates del CCD del 23 de junio de 1993 lo ilustra: «La señorita *Chavez Cossio*.- “Señor Presidente, pero creo que más bien las rondas campesinas son un mecanismo que tienen las comunidades, son como la policía; pero no son ellas soberanas ni representan una —diríamos— nación en pequeño. Yo creo que las rondas campesinas no tienen que tener funciones jurisdiccionales. [...] yo creo que ahí las rondas campesinas en el abigeato lo que hacen es atrapar o impedir que los que quieren robar ganado lo hagan, pero los derivan a sus autoridades; ellos no ejercen esa función jurisdiccional. Yo los casos que conozco, [...] las rondas campesinas son como la policía: atrapan al delincuente que quiere incurrir en abigeato y lo pone a disposición de las autoridades comunales, pero ellos mismos por sí no administran justicia”. [...] El señor *Ferrero Costa* [...] *en realidad necesitamos más elementos de juicio*, si ponemos a las rondas como apoyo por el momento es suficiente, [...] lo esencial está consagrado [...] porque además pensemos en una cosa. *La ronda tiene una peculiaridad y es seguridad*, la ronda no es otra cosa que seguridad. En cambio, la comunidad campesina y la comunidad nativa es mucho más. La comunidad campesina es familia, sociedad, matrimonio, comercio, relaciones con el medio exterior, entonces antropológicamente [...] *las comunidades campesinas y nativas tienen una estructura mucho más completa que una ronda, son globalizantes*. Por tanto ellas quieren tener la facultad jurisdicciones plena o casi plena; en cambio *la ronda es situacional, coyuntural al problema de la seguridad*. Por eso creo que la fórmula presentada por la Mesa debería ser apoyada”» (cursivas mías). Tomado de Yrigoyen 2001b.

tanto lo hagan como parte de su comunidad o en apoyo a sus autoridades comunales, no de modo arbitrario o al margen de la autoridad comunal. Sin embargo, cuando se trata de rondas campesinas autónomas, que constituyen la única autoridad comunal, y donde las asambleas de la ronda de estancia o caserío constituyen «la asamblea comunal» de hecho, entonces, estaríamos, sociológicamente, ante el mismo fenómeno y, por lo tanto, la actuación de estas rondas debería entenderse amparada por la Constitución. Sin embargo, admito que esta es una interpretación y puede haber otras. El problema, entonces, es qué tipo de interpretación puede hacer la judicatura: ¿una restrictiva que genera vacío legal o una extensiva que permite la aplicación de derechos?

La Corte Suprema tiene el deber constitucional de interpretar el artículo 149 de modo que pueda aplicar el derecho. A diferencia de una interpretación como mero ejercicio académico y que indica un vacío legal, la judicatura está obligada a administrar justicia aun en caso de vacío o deficiencia de la ley, como sería este caso, y debe aplicar los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario para suplir tal deficiencia legal.

La Constitución del Perú de 1993 dice lo siguiente: «Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario». Por lo tanto, la Corte está en todo su derecho, y es su obligación constitucional, interpretar de tal modo que no deje en el limbo legal a las rondas campesinas autónomas. La judicatura, en este caso, ante una interpretación que dejaba en el vacío legal a las rondas autónomas por deficiencia de la ley y distinguiendo donde la ley no distingue, tenía la obligación de utilizar los principios del derecho e, incluso, el derecho consuetudinario para aplicar justicia, y eso es lo que hizo.

Una interpretación de la norma legal no puede quedarse en el análisis literal; debe incluir una interpretación sistemática, teleológica y progresiva que busque la mejor y más amplia protección de los derechos y no su inaplicación. En este sentido, la Corte Suprema optó por una interpretación extensiva considerando que, según el artículo 149 de la Constitución, «[...] las Rondas Campesinas pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario». Esta es una opción interpretativa digna de elogio.

Algunos jueces, olvidando que están obligados a utilizar los principios del derecho e, incluso, el derecho consuetudinario para suplir las deficiencias y vacíos legales, seguían repitiendo la letanía de que la Constitución no autorizaba a las rondas autónomas a ejercer funciones jurisdiccionales porque no podían actuar como «apoyo» de comunidades campesinas y nativas. La Corte Suprema de Justicia del Perú, con esta sentencia, se pone al lado de la Corte Constitucional de Colombia (CCC), cuya jurisprudencia, en esta materia, es la más avanzada

y progresista de la región. La CCC tiene una larga trayectoria en interpretar extensivamente, a favor de la jurisdicción especial, artículos oscuros o restrictivos. Como ejemplo, ante el artículo constitucional que reconoce la jurisdicción especial mientras no contradiga la Constitución ni las leyes,⁸ la Corte señala que si se interpretara literalmente tal artículo, la jurisdicción especial quedaría vacía. Por lo tanto, la CCC, contra la letra expresa de la Constitución, pero atendiendo al objetivo teleológico de esta de responder a un principio pluralista, concluye que no se puede exigir a la jurisdicción especial que respete toda la Constitución y las leyes, sino lo que llama los «mínimos fundamentales», esto es, no matar, no esclavizar, no torturar y que haya una cierta previsibilidad de la pena, siguiendo su propio derecho.⁹ Este es un claro ejemplo de cómo la interpretación de los jueces puede salvar las deficiencias de textos constitucionales cuya interpretación restrictiva negaría el propósito constitucional de reconocer el pluralismo legal.¹⁰

Por lo tanto, es totalmente lícito que la Corte, ante la posibilidad de dejar en un limbo jurídico a las rondas campesinas autónomas, haya optado por interpretar extensivamente el artículo 149 comprendiéndolas como sujetos titulares del derecho a ejercer funciones jurisdiccionales, además de las autoridades de las comunidades campesinas y nativas que expresamente menciona la Constitución.¹¹

8 Constitución de Colombia de 1991, artículo 246: «Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, *siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República*. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional» (cursivas mías).

9 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-523/97: «Los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, a juicio de la Corte, a un consenso intercultural sobre lo que verdaderamente “resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre”, es decir, *el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas* (entendiendo, por ello, que todo juzgamiento deberá hacerse *conforme a las normas y procedimientos de la comunidad indígena*, “atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico”). Estas medidas se justifican porque son necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional» (cursivas mías).

10 Véase Sánchez/Jaramillo 2000.

11 En este punto, discrepo del juez de Cajamarca, Fernando Bazán, quien parece quedarse en la interpretación restrictiva, sin considerar que, ante la deficiencia de la ley, no solo le toca esperar su reforma, sino que, como juez, tiene la facultad y el deber de hacer una interpretación (fundándose en los principios del derecho y el derecho consuetudinario) que se condiga con el principio del pluralismo que la misma Constitución quiere reconocer. Bazán indica respecto de la sentencia en cuestión: «No podemos hacer que nuestra empatía con la importante labor que realizan las rondas nos haga “reformular” de facto el artículo 149 de la Constitución y por arte de birlibirloque hagamos decir o leamos en el texto de dicha norma lo que ello no dice o no

Sin embargo, cabe subrayar que no se agota en estos sujetos la titularidad de tal derecho, pues se debe interpretar la Constitución en conjunción con el Convenio 169 de la OIT. Dicho convenio reconoce a los pueblos indígenas, cualquiera fuese su estatuto legal, como sujetos titulares de ejercer su derecho consuetudinario y los propios métodos de control penal (artículos 8 y 9). Cabe subrayar que las normas infraconstitucionales (leyes y decretos) solo reconocen «comunidades» y no pueblos, por lo que quedan muchos pueblos indígenas fuera de reconocimiento legal. Ello no obsta para que puedan ejercer funciones jurisdiccionales, según la Constitución y el Convenio 169 de la OIT, normas de rango superior a las leyes ordinarias.

Volviendo a las rondas, cabe añadir un elemento más a favor de la interpretación extensiva que reconoce funciones jurisdiccionales a las rondas campesinas autónomas. El artículo 1 de la nueva Ley de Rondas Campesinas 27908 (2003) establece que: «Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca».

Dado que las rondas campesinas autónomas son instituciones andinas que ejercen de hecho, con legitimidad y eficacia, funciones de gobierno comunal, administración de justicia y seguridad es claro que les corresponde y favorece el reconocimiento legal de las funciones jurisdiccionales que ejercen de hecho y que la Constitución y el Convenio 169 de la OIT reconocen a las comunidades campesinas y a los pueblos indígenas, respectivamente. La ley no dice que las rondas sean pueblos indígenas, sino que se les apliquen los derechos de estos en tanto les corresponda y favorezca, como también hace la Constitución del Ecuador de 1998 respecto de los afroecuatorianos¹² y la Constitución del Canadá de 1982 respecto de los Metis. Dado que la ley reconoce la aplicación de los derechos de los pueblos indígenas a las rondas, les alcanza la protección que hace el Convenio 169 de la OIT respecto del derecho consuetudinario y la aplicación de sus propios métodos para la persecución de delitos (arts. 8 y 9 del Convenio).

El Convenio 169 de la OIT es un instrumento internacional ratificado por el país en 1994, por lo que su cumplimiento deviene obligatorio. Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el Estado está obligado a honrar los tratados ratificados sin utilizar como excusa las deficiencias de su legislación interna. Por lo tanto, esto se convierte en un principio interpretativo vinculante.

se puede leer» [sic]. (comunicación abierta por correo electrónico a los miembros de la Mesa Técnica sobre Rondas Campesinas, 27 de septiembre de 2004).

12 Constitución del Ecuador de 1998, artículo 85: «El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos negros o afroecuatorianos los derechos determinados en el artículo anterior [sobre pueblos indígenas], en todo aquello que les sea aplicable».

Si hay aparente contradicción entre una norma del derecho interno y los derechos garantizados por un tratado, el Estado debe optar por los derechos consagrados en el Tratado, pues si no lo hiciese, incurriría en responsabilidad internacional. En ese sentido, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969, U. N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U. N. T. S. 331, en vigencia desde el 27 de enero de 1980) dice lo siguiente: «Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado [...]”».

En este punto, conviene hacer una aclaración con relación a la Ley de Rondas Campesinas n° 27908, pues el artículo 1 de esta puede entrañar una contradicción entre una previsión restrictiva y una extensiva.¹³ De un lado, está la previsión que acabo de citar, que reconoce a las rondas, sin restricciones, la aplicación de los derechos y ventajas de los pueblos indígenas en lo que les corresponda y favorezca, lo que incluye el derecho de ejercer funciones jurisdiccionales, incluyendo métodos propios para el control de delitos. De otro, el mismo artículo de la ley señala que las rondas «[...] apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas, [y] colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial», lo que podría llevar a una interpretación restrictiva, esto es, que no pueden ejercer directamente funciones jurisdiccionales sino solo «como apoyo», o solo en lo que toca a funciones conciliatorias y no penales. Al respecto, cabe nuevamente subrayar la necesidad de hacer una interpretación sistemática, teleológica y progresiva. Aquí cabe añadir que, en caso de duda o problemas de interpretación entre normas aplicables a pueblos indígenas, el propio Convenio 169 de la OIT ofrece un principio de interpretación que podemos llamar pro indígena. El artículo 35 del Convenio establece que, en su aplicación, priman las normas que otorgan más derechos y ventajas a los pueblos indígenas, sin importar la jerarquía de la fuente.¹⁴

13 Ley de Rondas Campesinas 27908 (publicada el 7 de enero de 2003). «Artículo 1.- Personalidad jurídica. Reconócese personalidad jurídica a las Rondas Campesinas, como forma autónoma y democrática de organización comunal, pueden establecer interlocución con el Estado, *apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas*, colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de *conciliación extrajudicial* conforme a la constitución y a la ley, así como funciones relativas a la seguridad y a la paz comunal dentro de su ámbito territorial. *Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca*» (cursivas mías).

14 Convenio 169 de la OIT, artículo 35. «La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes,

Algunos sostienen que una ley no puede ampliar un derecho que aparece restringido en la Constitución bajo el entendido de que la Constitución no reconocería funciones jurisdiccionales a las rondas campesinas autónomas y que, por la previsión arriba comentada de la Ley de Rondas (que se les aplican los derechos de pueblos indígenas, como el Convenio 169 de la OIT), sí se les reconocería tal derecho. Frente a esta objeción, cabe recordar que la Constitución tiene una cláusula abierta de derechos o *numerus apertus* por la cual no excluye otros derechos de naturaleza análoga, aparte de los expresamente garantizados. De este modo, todos los derechos humanos tienen rango constitucional aunque no estén contemplados en la Carta Magna y provengan de otras fuentes, ya sea del derecho interno, internacional o consuetudinario.¹⁵ Es decir, es legalmente válido que una norma de menor rango otorgue más derechos que una norma superior. Lo que sería inconstitucional es que los redujese. Igualmente, es totalmente compatible con la «Cláusula abierta de derechos» del artículo 3 de la Constitución que tratados internacionales (como el Convenio 169 de la OIT) otorguen más derechos que la legislación interna. Y, ante dos posibles interpretaciones en materia de derechos, se debe optar siempre por la que otorga más derechos, no por la que los restringe, por el principio de progresividad que rige la interpretación de derechos humanos. Como anoté líneas arriba, el propio Convenio 169 de la OIT, en su artículo 35, establece el principio pro indígena, por el cual prima la aplicación de las normas que otorgan más derechos y ventajas a los pueblos indígenas así fuesen de menor rango que el Convenio, incluyendo hasta acuerdos nacionales, laudos y costumbres. Finalmente, por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el Estado no puede justificar el incumplimiento de tratados internacionales por deficiencias de su legislación interna.¹⁶

laudos, costumbres o acuerdos nacionales». El Convenio 169 de la OIT se pone en el supuesto de que normas de inferior jerarquía al Convenio puedan otorgar más derechos y ventajas a los pueblos indígenas, por lo cual primarían dichas normas o, incluso, acuerdos nacionales o costumbres, con lo que sienta un principio pro-indígena en la interpretación de normas. Es decir, más allá de la jerarquía de la fuente, lo que prima es la norma, acuerdo o, incluso, costumbre por su contenido material, en tanto otorgue más derecho y ventajas a dichos pueblos.

- 15 Constitución Política del Perú de 1993, artículo 3: «La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».
- 16 En este sentido, discrepo de Juan Carlos Ruiz, quien sostiene que: «Una vez concluido que el Convenio 169 se aplica a las Rondas Campesinas, incluso a pesar de que estas no se ajustan necesariamente a la noción de pueblos indígenas, la siguiente pregunta es, si “la facultad de represión de los delitos” que el Convenio 169 le reconoce a los pueblos indígenas en el artículo 9.1 también se aplica a las rondas campesinas. El problema en resumen es si una norma emitida por el parlamento [la Ley de Rondas] puede modificar la Constitución Política. No estamos ante

5. ¿En qué consisten las funciones jurisdiccionales?

La sentencia que comentamos deja claro que, cuando las rondas ejercen las funciones jurisdiccionales referidas en el artículo 149 de la Constitución de acuerdo a su propio derecho, lo hacen bajo amparo constitucional para ello, por lo que no cometen delito alguno. Es decir, las rondas están constitucionalmente autorizadas para ejercer todas las funciones que la doctrina considera como «funciones jurisdiccionales». Aquí, cabe citar una definición sobre el contenido de la potestad o función jurisdiccional:

La potestad jurisdiccional [tiene como] elementos integrantes a saber: *notio*, que es la facultad de conocer en todos los asuntos atribuidos a los órganos judiciales y que presupone, desde luego, la de citar a la parte (*vocatio*) para que comparezca a defenderse y la de realizar las notificaciones propias a esos fines, etcétera; *iudicium*, que es la decisión o fallo que pone fin al litigio o causa; y, finalmente, el *imperium*, consistente en la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones judiciales.¹⁷

El reconocimiento constitucional de funciones jurisdiccionales significa, entonces, que las autoridades de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, y rondas campesinas tienen potestades como las que tiene cualquier

un vacío sino ante un craso e injustificado error del constituyente, fruto de la ignorancia de la realidad, lo cual ciertamente se tradujo en una articulado excluyente de las rondas campesinas, respecto de las facultades jurisdiccionales. Una razón adicional para no reconocer funciones jurisdiccionales a las rondas campesinas la constituye el propio artículo 1 de la Ley N.º 27908, que señala expresamente que las Rondas realizan funciones de *conciliación extrajudicial*. *Cualquier interpretación de las normas jurídicas, tiene que buscar armonizar y compatibilizar todos los posibles significados de la norma. En consecuencia, debemos de armonizar los dos significados referidos a la justicia comunal*. Desechar la primera disposición (que habla de conciliación extrajudicial) para quedarnos con la segunda (que abre la aplicación del Convenio 169), resulta *una interpretación forzada y poco técnica*, que desconoce que la norma es una unidad en sí misma, que no podemos interpretar de manera arbitraria, más aún si la primera es clara y directa, en relación con el tema de la justicia comunal» (cursivas mías) (2004: 5). Es correcto que la interpretación de normas tiene que ser sistemática y buscar armonizar significados, pero esto se tiene que hacer bajo el principio de progresividad de los derechos humanos y del principio pro indígena del propio Convenio 169 de la OIT (artículo 35). Lo que, más bien, resulta forzado y antitécnico es que Ruiz acoge nuestra posición de aplicar el Convenio 169 de la OIT a las rondas campesinas y, luego, lo pretende restringir por una norma que resulta de menor rango (ley frente a tratado internacional), que reduce materialmente derechos (contra el artículo 35 del Convenio de la OIT), y pretende hacer valer la legislación interna restrictiva (ley que dice que las rondas solo concilian) por encima de un tratado internacional (convenio que otorga funciones de persecución de delitos), lo que, expresamente, está prohibido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, citado anteriormente.

17 Carlos 1963: 538. También véase Sánchez/Jaramillo 2000: 131; Yrigoyen 2002a: 81-122.

autoridad jurisdiccional ordinaria para investigar, interrogar, privar de libertad, establecer sanciones y hacerlas ejecutar, incluso, utilizando la coerción, siempre que esté dentro de su propio derecho y no constituyan acciones abusivas. En ese sentido, se pronuncia la sentencia que comentamos:

[...] las rondas campesinas [...] teniendo conocimiento que los presuntos agravados [...] admitieron [...] ser los autores de los delitos de robo, violación sexual y asesinato que se habrían cometido en sus territorios, decidieron sancionarlos de acuerdo a sus costumbres condenándolos, a «cadena ronderil», esto es pasarlos de una ronda a otra a efectos de que sean reconocidos por sus habitantes y además presten trabajo gratuito a favor de las respectivas comunidades. [...] en tal sentido la conducta de los procesados no reviste el carácter doloso que requiere el tipo penal de secuestro, dado que su actuar se encuentra normado y regulado por el artículo ciento cuarentinueve de la Constitución Política del Perú [...] no habiéndose advertido con ello ningún ejercicio abusivo del cargo ya que por el contrario todos los denunciados actuaron conforme a sus ancestrales costumbres.

En el caso materia de la sentencia, las rondas habían investigado, detenido y aplicado sanciones de trabajo comunal, reparaciones y «cadena ronderil» a las personas que encontraron responsables. No se trataba de un acto arbitrario o abusivo de un rondero, sino que, como la sentencia explicita: a) las rondas habían comprobado la responsabilidad de las personas procesadas por ellas, b) les habían aplicado las medidas correspondientes a su propio derecho, y c) no hicieron ejercicio abusivo del cargo. Esta sentencia, al reconocer a las rondas la aplicación del artículo 149, legitima claramente la «cadena ronderil» y otras medidas o sanciones que aplican las rondas en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Es como si un juez de la jurisdicción ordinaria dispusiera trabajo comunitario, restricciones a la libertad y cualquier otra sanción permitida en el derecho. Lo mismo pasa con la jurisdicción especial; está autorizada a actuar según el derecho indígena, comunal o rondero. El ejercicio legítimo de tales funciones, como el de cualquier juez que actúa según derecho, no constituye delito alguno.

Como explicita la CCC respecto de las decisiones de la jurisdicción especial, se trata de actos emanados de jueces jurisdiccionales, con eficacia y validez nacional. Solo sería cuestionable en la medida en que tales actos constituyan una violación de su propio derecho y de los mínimos fundamentales. Adicionalmente, al tratarse de decisiones jurisdiccionales, la policía y cualquier otra autoridad o particular están obligados a acatarlas y ejecutarlas.¹⁸

18 Sánchez/Jaramillo 2000

6. Competencia territorial, personal y material

Esta sentencia reafirma que las rondas tienen competencia para actuar dentro de su «ámbito territorial» respecto de «todas las personas» que realicen hechos delictivos de «cualquier materia y gravedad». Es decir, aunque las rondas no tengan «tierras colectivas» en propiedad común, tienen un «ámbito territorial» como espacio de acción jurisdiccional, donde tienen competencia para conocer los casos que consideren que amerita su intervención. Aquí, cabe aplicar el concepto amplio de «territorio» que tiene el Convenio 169 de la OIT (artículos 13 a 16), que incluye no solo los espacios territoriales de propiedad o posesión de un colectivo, sino también aquellos que dicho colectivo ocupa o utiliza de alguna manera. Sabemos que las rondas campesinas actúan en coordinación entre distintas bases locales, como en el caso de la «cadena ronderil», por lo que su espacio territorial legítimo alcanza todo aquel donde realiza su actuación.

Las rondas de Moyobamba habían intervenido y sancionado a personas que encontraron responsables de robo, violación sexual y homicidio. La sentencia, al legitimar dicha actuación rondera, se alinea a la interpretación más progresiva que había en el debate sobre el alcance de las funciones jurisdiccionales del artículo 149 y de la Ley de Rondas Campesinas. Así, enmienda la plana a quienes consideraban que las rondas carecían de funciones jurisdiccionales y que solo podían ejercer funciones conciliatorias y no penales, así como a quienes sostenían que, en todo caso, tenían limitaciones en cuanto a la materia, sin competencia para conocer hechos delictivos graves como homicidios. En este punto, la sentencia es coherente tanto con la Constitución como con el Convenio 169 de la OIT, que no reducen la competencia material de la jurisdicción indígena o comunal a hechos civiles de menor cuantía o a hechos penales de menor gravedad.

7. Consecuencias de la sentencia en la protección de derechos

El efecto inmediato de la sentencia es la descriminalización de la justicia rondera y de la jurisdicción especial en su conjunto. La sentencia pone en evidencia la ilegitimidad e ilegalidad de las acciones de persecución penal contra autoridades o miembros de pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, y rondas campesinas por el mero hecho de administrar justicia de acuerdo a su cultura y derecho. Como consecuencia de esta interpretación progresiva de la Corte Suprema, se desprende un marco amplio de protección de las funciones jurisdiccionales de las rondas como institución y de las ronderas y los ronderos como personas individuales. Entre las consecuencias inmediatas que se derivan de la sentencia, cabe mencionar:

En principio, las autoridades judiciales ordinarias deberían rechazar de plano abrir procesos penales contra autoridades de la jurisdicción especial que han ejercido legítimamente sus funciones.

Los procesos penales en curso contra ronderos y otras autoridades de la jurisdicción especial derivados del ejercicio legítimo de funciones jurisdiccionales deberían archivarse bajo los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema en dicha sentencia. Esto es, que las acciones realizadas por las rondas constituyen el ejercicio de un derecho constitucional y, al estar permitidas por ley, no son punibles.¹⁹ Y debería ponerse en libertad a los procesados por tales motivos. Dado que el reconocimiento de funciones jurisdiccionales data de 1993, todas las condenas desde tal fecha podrían revisarse por la Corte Suprema.

En el supuesto de que la policía, fiscales o jueces no archiven dichos casos, ahora más fundadamente que antes, cabría la interposición de diversas acciones tanto en el plano penal como constitucional para garantizar el derecho de ejercer funciones jurisdiccionales que tienen las rondas, así como los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas.

En el plano penal, cabría la interposición de varios tipos de acciones. Una de ellas, en el caso de procesamiento de autoridades de la jurisdicción especial por presunto delito de secuestro, es la «excepción de naturaleza de la acción», como explico más adelante. Otra es la justificación por ejercicio legítimo de un derecho (anotado antes y sostenido por la Corte Suprema). No cabe descartar tampoco, en caso conveniente, la aplicación del artículo 15 del Código Penal para la exoneración de pena por costumbre o cultura.

En el plano de las acciones de garantía constitucional, cabría interponer acciones de *habeas corpus* a favor de las personas procesadas, encarceladas, condenadas o requisitorias por ejercer tales funciones jurisdiccionales, pues queda claro que la acción penal en su contra carece de base legal y es, a todas, luces arbitraria. El ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las rondas se basa en un derecho constitucional y el procesamiento penal por tal motivo deviene arbitrario.²⁰

También cabría interponer acciones de amparo a favor de las organizaciones ronderas en caso de persecución de sus miembros, pues las rondas, como colectivos,

19 Código Penal de 1991, artículo 20.- Inimputabilidad. Está exento de responsabilidad penal: [...] 8. «El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo» (cursivas mías).

20 Constitución de 1993, artículo 200.- «Son garantías constitucionales: La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos».

tienen el derecho de ejercer funciones jurisdiccionales, lo que se ve amenazado o impedido por la persecución de sus autoridades o miembros.²¹

Cabría solicitar indemnización judicial por detención arbitraria en los casos ronderos cuya detención y procesos penales se motivan en el ejercicio legítimo de funciones jurisdiccionales.²²

En todos los casos, debe verificarse, además, el cumplimiento de los derechos de defensa, uso del propio idioma (o presencia de intérprete), consideración de la cultura y derecho propio, uso de recursos legales y, si cabe, aplicación de medidas distintas al encarcelamiento en cumplimiento de los artículos 8, 9, 10 y 12 del Convenio 169 de la OIT.²³

Si bien la sentencia es, a todas luces, un gran avance, no quisiera dejar pasar un punto que, en el contexto de lo positivo, resulta un asunto menor, pero no irrelevante. La sentencia dice, con relación a la imputación del delito de secuestro,

21 Constitución de 1993, artículo 200.- «Son garantías constitucionales: [...] 2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni resoluciones judiciales emanadas por procedimiento regular».

22 Constitución de 1993, artículo 139, inciso 7: «La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar».

23 Convenio 169 de la OIT:

«Artículo 8.-

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

[...]

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9.-

[...]

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10.-

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

[...]

Artículo 12.-

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces».

que, dado que los ronderos aprehendieron a los delincuentes, la «[...] acción es típica; sin embargo no es antijurídica, por ende tampoco culpable [en la medida en que] su accionar es legítimo por cuanto se encuentra enmarcado en el artículo ciento cuarentinueve de nuestra Carta Magna». Sin embargo, en el delito de «secuestro», la carencia de derecho para privar a alguien de libertad es un elemento del tipo «*el que, sin derecho, motivo ni facultad justificada* priva a otro de su libertad» (cursivas mías).²⁴ Y, como la misma sentencia señala, las rondas tienen tal derecho por el artículo 149 de la Constitución. Es decir, privaron a delincuentes de su libertad «*con derecho, motivo y justificación legal*» (cursivas mías). Dado que la acción que realizaran los ronderos no cumple todos los elementos típicos, tautológicamente, no puede ser una acción típica. Esto tiene una consecuencia muy importante, pues, apenas abierto el proceso penal por secuestro (u otros delitos afines), cabría interponer una «excepción de naturaleza de la acción» sin tener que esperar procesalmente al momento de la defensa. Esta excepción se interpone al inicio del proceso, porque dice que, si bien los hechos son ciertos (privar a alguien de la libertad), dicha conducta no constituye un delito porque le falta un elemento del tipo (hacerlo sin derecho, motivo o justificación). Si no, imaginémonos a los jueces ordinarios procesados diariamente por ordenar detenciones, debiendo justificar, en un proceso penal, una acción considerada típica. No. La conducta de un juez que ordena una privación de libertad de acuerdo a derecho no es típica. Lo mismo pasa con las autoridades de la jurisdicción especial cuando actúan legítimamente. En otros delitos, que no contienen este elemento típico («el que sin derecho»), la autorización constitucional sí constituiría una causa de justificación, pero no así en el caso del secuestro, que requiere que quien realiza la acción de privar a alguien de su libertad carezca de derecho, motivo o justificación para ello.

8. Síntesis y proyección favorable para un entendimiento democrático

Esta sentencia da un giro de 180 grados a la jurisprudencia en esta materia que, en general, se había mantenido dentro de cánones monistas, sin acoger el pluralismo jurídico. La judicatura no había hecho suyo, propiamente, el reconocimiento constitucional de las funciones jurisdiccionales a pueblos indígenas, comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas que se desprende del mencionado

24 Código Penal de 1991, artículo 152.- «Secuestro. Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años *el que, sin derecho, motivo ni facultad justificada*, priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad» (cursivas mías).

artículo 149 de nuestra Carta Magna y del Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Perú en 1994.²⁵ Dicha sentencia también permite hacer una interpretación progresiva de la última Ley de Rondas Campesinas 27908 (del 7 de enero de 2003) reforzando la disposición de su artículo 1 respecto de la aplicación a las rondas de los derechos y ventajas de los pueblos indígenas en tanto les correspondan y favorezcan.

9. Impulso a la legislación pluralista

La sentencia no solo tiene efectos favorables respecto de casos penales puntuales, sino que puede iluminar el debate normativo y constitucional sobre el tema. La posición de la Corte Suprema en esta sentencia es más progresista que las propuestas restrictivas presentadas en diversos proyectos de ley de desarrollo constitucional del artículo 149 de la Constitución que pretendían reducir el papel de las rondas a funciones conciliatorias, de mero apoyo policial o solo para casos de menor gravedad.²⁶ Es claro que la Corte Suprema, al aplicar sin restricciones al artículo 149 a las rondas, les reconoce plenas funciones jurisdiccionales.

Esta sentencia también supera la posición restrictiva de la Comisión Especial para la Reforma Integral del Sistema de Justicia (CERIAJUS) respecto de la jurisdicción especial, cuya propuesta de reforma constitucional abandona dos nociones fundamentales de la Constitución de 1993.²⁷ Primero, elimina la afirmación de que «[...] la potestad de administrar justicia emana del pueblo», lo cual no es un asunto menor o demagógico, pues es el fundamento de la jurisdicción indígena, comunal y rondera. Segundo, elimina el concepto de «funciones jurisdiccionales» y propone tan solo reconocer «las decisiones» de las autoridades indígenas, comunales y ronderas. Las funciones jurisdiccionales, como anoto arriba, comprenden las potestades de investigación —que incluye la de convocar partes para interrogatorios o averiguaciones—, juzgamiento y toma de decisiones, así como la de aplicación coercitiva de sanciones y medidas diversas. La

25 Véase un análisis de la jurisprudencia en la materia en Yrigoyen 2000.

26 Véase un análisis de las propuestas de desarrollo constitucional en esta materia en Yrigoyen 2001a. Véase también <<http://geocities.com/alertanet2/ryf-proyectos.htm>> y Ruiz 2004.

27 La CERIAJUS fue creada por ley 28083 (publicada el 3 de octubre de 2003) para elaborar, en forma concertada y global, un Plan Nacional de Reforma Integral del Sistema de Administración de Justicia. «Propuesta de CERIAJUS. Artículo 138. El Poder Judicial ejerce la potestad de impartir justicia, de conformidad con la Constitución y las leyes. [...] Las *decisiones* de las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, rondas campesinas y pueblos indígenas, que resuelvan conflictos dentro de su ámbito territorial y de conformidad con el derecho consuetudinario, deben observar los derechos fundamentales. La Ley establecerá las formas de coordinación correspondientes [...]» (cursivas mías) (Citado en Ruiz 2004: 18).

CERIAJUS parece desconocer que hay ronderos procesados por usurpación de funciones por interrogar y citar a personas (como los ronderos Paima, en Piura), es decir, por acciones previas a la toma de decisiones, pero que sí son parte de las funciones jurisdiccionales.

10. Pedagogía sobre la justicia y la interculturalidad

Esta sentencia tiene un importante valor pedagógico que no hay que dejar pasar por alto, pues legitima un sistema de justicia que puede ser no solo más eficaz y legítimo en el contexto en el que opera, sino que también interpela las prácticas de «justicia» de otros sistemas. Las medidas y sanciones que las rondas adoptan muestran a la sociedad nacional que es posible encarar problemas frecuentes como robos e, incluso, muy graves como homicidios sin abandonar a las víctimas y sin tener que linchar a los delincuentes o someterlos a largos e inútiles años de prisión. Las rondas encaran hechos dañinos sin enviar a los que los han realizado a las cárceles —de donde saldrían peores—, sino obligándoles a reparar, trabajar para la comunidad, y a rondar con otros ronderos en diferentes bases para que las comunidades los conozcan —como dice la sentencia—, pero también para que «[...] los ladrones vean lo que se sufre rondando y no repitan su error» —como explican los ronderos sobre el sentido de la «cadena ronderil»—.

Las normas de reconocimiento de los sistemas de justicia indígenas y comunales, así como los proyectos de ley sobre la materia, ponen siempre como límite expreso del reconocimiento la no violación de derechos humanos, bajo la presunción de que las formas de justicia comunales e indígenas son más violentas o abusivas que la justicia ordinaria. Sin negar los abusos o violencia que dichos sistemas deben superar, quiero destacar que los sistemas comunales e indígenas también tienen mucho que ofrecer al sistema de justicia ordinario.²⁸ Y es bueno que todos nos dejemos interpelar.

En este sentido, esta sentencia tiende un puente para el diálogo intercultural y el desarrollo de posibles mecanismos de coordinación democráticos entre la jurisdicción ordinaria y la comunal. Al legitimar la justicia rondera, también da

28 Como ejemplo, Hurtado Pozo 2003, analiza el caso de unas rondas que cometieron abusos con una pareja adúltera. Sin embargo, considero que no se debe generalizar a partir de ello que las rondas sistemática o estructuralmente violan los derechos humanos. Ciertos estudios comparan las prácticas de los sistemas comunales con los discursos de la justicia ordinaria. Sería bueno que se hiciera los dos niveles de comparación: discursos y prácticas. Ello revelaría el gran camino por andar que tiene la justicia ordinaria, con sus inhumanas cárceles, corrupción, abusos, abandono o doble victimización de las víctimas, etcétera. Por ello, es necesario el diálogo para aprovechar lo que el otro sistema puede aportar y para identificar lo que cada sistema requiere cambiar y mejorar.

un mensaje a las rondas para que actúen dentro de su derecho, con rectitud y sin abusos. En un contexto de falta de legitimidad de la judicatura, esta sentencia da un paso muy importante hacia el pluralismo y la democracia, que vale destacar y difundir.

II. CASO 2. HACIA UNA DEFINICIÓN E INTERPRETACIÓN INTERCULTURAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: COMENTARIO SOBRE LA SENTENCIA QUE EXIME DE PENA A RONDEROS POR «EXCESOS», CON BASE EN EL ARTÍCULO 149 DE LA CONSTITUCIÓN DEL PERÚ Y DEL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO PENAL

1. Los hechos

El caso ocurre en la localidad andina de Acopara, distrito de Huántar, provincia de Huari, departamento de Ancash, donde no hay juez de paz ni gobernador. Ahí, funcionan las rondas campesinas. Según el expediente, el caso se inicia con la huida de la mujer H, quien abandona a su esposo y ocho hijos por los maltratos que aquel le propinaba, y se une a otro hombre, T, en Acopara. A instancias de la denuncia del marido burlado, el 20 de noviembre de 1993, los ronderos de la localidad detienen a la pareja «adúltera», a la cual le brindan «tratos inhumanos y humillantes» y le obligan a pagar una suma de dinero (cien nuevos soles). Además, la mujer es obligada a entregar a su marido la casa que ella heredó de su padre. Los sancionados por las rondas (H y T) denuncian los hechos. A raíz de ello, siete ronderos varones y una mujer son acusados por la fiscalía por delitos contra la libertad personal (coacción), el patrimonio (extorsión) y contra la Administración Pública (usurpación de funciones) en agravio de H y T y del Estado. Posteriormente, los ronderos piden disculpas por los excesos y devuelven sus pertenencias a los agraviados y dan a entender que «no actuaron con malicia», sino bajo la motivación de «mantener unida a dicha familia», según «sus normas del derecho consuetudinario y ancestral». A tres años de los sucesos, el 26 de junio de 1996, la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ancash falla absolviendo a los ronderos. Tal sentencia sube en recurso de nulidad de oficio a la Fiscalía Suprema, que dictamina a favor de la absolución. El 7 de noviembre de 1997, la Corte Suprema resuelve la consulta declarando no haber nulidad de la sentencia absolutoria, de conformidad con el dictamen del fiscal, sin motivar más su fallo —aparte de corregir un nombre—. Esta sentencia y el dictamen fiscal son motivo del presente comentario.

2. La sentencia

Corte Suprema de Justicia. CONSULTA n.º 4160-96 – ANCASH. SALA PENAL. Lima, siete de noviembre de 1997.

VISTOS; de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal; por sus fundamentos; CONSIDERANDO además: Que, el Colegiado al expedir la sentencia materia del grado ha consignado de manera errónea el nombre del encausado [...], y no como [...], conforme a cuya identidad se le instruyó y juzgó, por lo que corresponde integrar la sentencia en este extremo, [...]; declararon no haber nulidad en la sentencia de fojas doscientos cinco, su fecha 26 de junio de mil novecientos noventa y seis, en el extremo consultado que absuelve a [nombres de una rondera y siete ronderos acusados], de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública —usurpación de funciones— en agravio del Estado; con lo que además al respecto contiene; e INTEGRANDO la propia sentencia: DISPU-SIERON se tenga al absuelto [...] por su nombre correcto [...]; y los devolvieron. S. S. ALMENARA BRYSON; SIVINA HURTADO; ROMÁN SANTISTEBAN; BELTRÁN QUIROGA; GONZÁLEZ LÓPEZ.

EXPEDIENTE N.º 563-9566. CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANCASH. C. S. n.º 4160-96. DICTAMEN N.º 1217-97-MP-FMN-2DA FSP
SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Viene, vía recurso de nulidad de oficio en aplicación de lo dispuesto por el artículo 22 del Decreto Ley N.º 17537, la sentencia de fs. 205 a fs. 207, su fecha 26 de junio de 1996, expedida por la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ancash, que falla absolviendo a [...], de la acusación fiscal por delito contra la libertad personal (coacción), delito contra el Patrimonio (extorsión) y contra la Administración Pública —usurpación de funciones— en agravio de Lidia Hidalgo Ríos y Teodosio Asencios Palacios y el Estado.

Fluye de autos que la agraviada Hidalgo Ríos abandonó su hogar, marido y ocho hijos por maltratos que provenían de su esposo Mauro Trujillo Solís, dirigiéndose a Acopara-Huari en donde se une con su coagraviado Teodosio Asencios Palacios; que, el 20 de noviembre de 1993, los ronderos de la localidad detienen a los agraviados, brindándoles tratos inhumanos y humillantes, obligándoles luego a pagar la suma de 100.00 nuevos soles, ya que no contaban con la suma de 500.00 nuevos soles, además de esto, los encausados hacen entrega de la casa que la agraviada heredó de su padre al denunciante Mauro Trujillo Solís.

Del análisis integral del presente caso, de las declaraciones y debates orales, se tiene que los encausados son miembros y directivos de la ronda campesina del poblado de Acopara —distrito de Huántar— y como tales decidieron tomar el

presente caso denunciado por Mauro Trujillo Solís, esposo de la agraviada Lidia Berta Hidalgo Ríos de Trujillo, con la finalidad de poder resolver esta denuncia conyugal-familiar aplicando normas del derecho consuetudinario y ancestral, ya que al estudiar las declaraciones de los encausados, así lo indican, es más, dicha norma se encuentra contemplada en el artículo 149 de la Constitución Política; se advierte que al momento de suceder los hechos hubieron algunos excesos contra los agraviados, pero debe también de tomarse en cuenta el ámbito cultural y geográfico en donde sucedieron los hechos; y que posteriormente los ronderos campesinos han ofrecido las disculpas del caso, devolviendo las pertenencias, dándose a entender que no han actuado con malicia sino con el ánimo y espíritu de mantener unida a dicha familia, tal como consta en la declaración preventiva de fs. 74 a 76, por lo que se podría tomar como un error cultural condicionado. Es necesario referir que al suceder los hechos no existía Juez de Paz ni Gobernador y por esta razón es que los encausados se avocaron a resolver dicho caso. Por estas consideraciones, esta Fiscalía Suprema en lo Penal, propone a la Sala de su Presidencia, declare no haber nulidad en la recurrida.

Lima, 12 de marzo de 1997

JUAN EFRAÍN CHIL MEZARINA, Fiscal Supremo (P) en lo Penal.

3. Comentario

Hay una diferencia muy grande entre la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú que absuelve a los ronderos de Moyobamba (2004)²⁹ y la presente sobre las rondas de Acopara (en adelante, sentencia de Acopara). Esta última ni siquiera es razonada; solo hace suyos los fundamentos del dictamen fiscal. Esta fue objeto de crítica por José Hurtado Pozo como ejemplo de las violaciones a los derechos humanos que pueden cometer las rondas y el mal uso judicial del artículo 15 del Código Penal sobre el error cultural.³⁰ Por mi parte, concuerdo con el resultado absolutorio de la sentencia pero por distintos motivos y considero que este caso es un ejemplo de la falta de mecanismos procesales interculturales para resolver presuntos excesos o posibles violaciones de derechos individuales por la jurisdicción especial indígena, comunal o rondera. En el país, carecemos de mecanismos especiales para ello, oportunidad perdida en el debate sobre el Código Procesal Constitucional de reciente promulgación.³¹ Ahora, si bien las dos sentencias sobre rondas que menciono son absolutorias (Moyobamba 2004 y Acopara 1997), cabe

29 Véase Yrigoyen 2005: 443-449.

30 Véase Hurtado Pozo 2003.

31 Código Procesal Constitucional, sancionado mediante ley 28237 (publicada el 31 de mayo de 2004 y debió entrar en vigor a seis meses de su publicación).

anotar que hay una larga historia de persecución de la actividad rondera por la judicatura, la fiscalía, la policía e, incluso, el Ejército.³² Sin embargo, también hay una de resistencia y lucha por parte de las rondas para su reconocimiento legal.³³

La sentencia de Acopara no fundamenta propiamente las funciones jurisdiccionales de las rondas. No obstante el dictamen fiscal menciona el artículo 149 de la Constitución Política del Perú de 1993 —que reconoce la jurisdicción especial—,³⁴ parece justificar la intervención de las rondas por la falta de otras autoridades en el lugar de los hechos: «Es necesario referir que al suceder los hechos no existía Juez de Paz ni Gobernador y por esta razón es que los encausados se avocaron a resolver dicho caso». Y la aplicación del artículo 15 del Código Penal de 1991 —sobre exención de responsabilidad penal por la cultura o costumbres—³⁵ en la absolución de los ronderos por los «excesos» cometidos parece fundarse en una nebulosa consideración de la «cultura» y del «derecho consuetudinario y ancestral», sin quedar claro de qué costumbres o práctica cultural se trata: «Se advierte que al momento de suceder los hechos hubieron [sic] algunos excesos contra los agraviados, pero debe también de tomarse en cuenta el ámbito cultural y geográfico en donde sucedieron los hechos; y que posteriormente los ronderos campesinos han ofrecido las disculpas del caso, devolviendo las pertenencias, dándose a entender que no han actuado con malicia sino con el ánimo y espíritu de mantener unida a dicha familia, [...] por lo que se podría tomar como un error cultural condicionado».

De los fundamentos del dictamen fiscal, que hace suyos la sentencia de la Corte Suprema, se desprenden varios temas: un primer tema, referido al alcance de las funciones jurisdiccionales de las rondas, contenido en el artículo 149 de la Constitución; un segundo tema, sobre la exención de pena por la cultura o costumbres, contemplado en el artículo 15 del Código Penal. Y, sin excluir otros, un tercer tema relevante es qué hacer ante presuntas violaciones de derechos por la jurisdicción especial.

32 Véase un análisis de la jurisprudencia en materia de rondas en Yrigoyen 2000; Yrigoyen 2002b.

33 Véase Defensoría del Pueblo del Perú y otros 2002.

34 Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, Constitución de 1993), artículo 149: «Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha *jurisdicción especial* con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial» (cursivas mías).

35 Código Penal de 1991, artículo 15: «El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena».

4. Sobre el alcance de las funciones jurisdiccionales de las rondas (artículo 179 de la Constitución)

Sobre el primer tema, la propia Corte Suprema se ha encargado de esclarecer el alcance del artículo 149 de la Constitución de 1993 en la sentencia de Moyobamba (2004). Tal sentencia sustenta, bajo una interpretación extensiva del artículo 149 de la Constitución, que las rondas campesinas están comprendidas en dicho artículo, por lo que tienen derecho de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, según su propio derecho consuetudinario, sin violar derechos de la persona. Ello implica funciones de investigación, juzgamiento, aplicación de penas (como detención, trabajo comunal, cadena ronderil, etcétera) que son parte de su propio derecho. Por ende, el ejercicio de tales funciones, sin abuso del cargo, no configura delito alguno. En consecuencia, no cabe la persecución penal de autoridades indígenas, campesinas ni ronderas por el ejercicio legítimo de sus funciones jurisdiccionales. Este punto ya ha sido materia de otro comentario, al cual me remito.³⁶

5. Sobre la exención de pena por la cultura o costumbres (artículo 15 del Código Penal)

En cuanto al artículo 15 del Código Penal, cabe recordar que este se dio antes de la reforma constitucional de 1993 como una forma de descriminalizar las prácticas culturales indígenas, que tenían un tratamiento etnocéntrico y peyorativo por el Código Penal de 1924. Dicho artículo permite eximir de pena a quienes, por su cultura o costumbres, no pueden comprender el carácter delictuoso de sus actos o determinarse de acuerdo a dicha comprensión. Este artículo permitía paliar la falta de reconocimiento del pluralismo de culturas y sistemas legales que de hecho existían en el país, con lo que se evitaba su descriminalización. Con la reforma constitucional de 1993, lo que antes era delito ha dejado de serlo en lo que respecta a las prácticas culturales y jurídicas de los pueblos, comunidades indígenas o campesinas, y rondas. El artículo 2, inciso 19, establece la protección por el Estado de la identidad cultural. Por lo tanto, la mera diferencia cultural no puede ser objeto de represión penal. De otro lado, por el artículo 149 de esta, los actos de autoridad que realizan las autoridades indígenas, campesinas o ronderas dentro de su ámbito territorial siguiendo su propio derecho, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales (detener, aplicar sanciones de multa, confiscación, reparación, restricción de derechos, etcétera), ya no configuran delito (usurpación de funciones, coacciones, secuestro, extorsión, etcétera). El ejercicio de funciones

36 Véase Yrigoyen 2005: Anexo 2.

jurisdiccionales por las autoridades indígenas y campesinas ya no solo ha quedado discriminado (como pasaba con el artículo 15 del Código Penal), sino que, además, está legitimado constitucionalmente, como bien aclara la sentencia de Moyobamba 2004.

El artículo 15 del Código Penal, dado antes del reconocimiento constitucional de la cultura y el derecho indígena, apela a un concepto de cultura-costumbres como una forma de «incapacidad» que impide que los individuos puedan determinar su conducta según la pauta cultural y jurídica de la cultura dominante, por lo que cabe la exención penal. En cambio, con el reconocimiento constitucional del carácter pluricultural del Estado y el derecho a la propia identidad cultural, ya no hay una cultura dominante a la que los individuos de todas las culturas estén obligados a integrarse. En consecuencia, ya no cabe que las prácticas culturales y la aplicación del propio derecho indígena, campesino o rondero *per se* sean objeto de represión penal por las autoridades. Y tampoco es necesario que los indígenas, campesinos o ronderos apelen al «error de comprensión» para eximirse de pena, en tanto su conducta constituye el ejercicio legítimo del derecho constitucional a la propia cultura y derecho. De otro lado, por el reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial y el derecho consuetudinario (incluida la materia penal) dentro del ámbito territorial indígena, campesino y rondero, el Código Penal pierde competencia respecto de los hechos que corresponden a dicha jurisdicción especial, pues ahí se aplica el derecho indígena-campesino. En consecuencia, no es necesario hacer los subterfugios que se tenía que hacer antes para descriminalizar prácticas jurídicas indígenas, campesinas o ronderas realizadas dentro de su ámbito territorial. Insisto, con la reforma constitucional de 1993, ya no se trata más de un «error de comprensión» (del derecho «dominante»), sino del ejercicio legítimo del propio derecho.³⁷

37 En este punto, cabe advertir un error de fecha que aparece en la obra del maestro Hurtado Pozo, quien consigna como fecha del Código Penal de 1991 el año 1993. Si bien se trata de un error menor y aparentemente inocuo, lo induce a otro de carácter sustantivo, pues él analiza el artículo 15 del Código Penal como si se hubiera dado después y a raíz de la reforma constitucional que reconoce la jurisdicción especial y el derecho a la identidad cultural. Así, sostiene: «Reforma penal de 1993: imputabilidad por razones culturales. Últimamente, de conformidad con una corriente que se acentúa, se ha establecido en la Constitución de 1993, que la Nación peruana (p. 40) es étnica y culturalmente plural. El Estado está obligado a reconocer y proteger este pluralismo (artículo 2, inciso 19). Asimismo, se estatuye, como derecho individual, el derecho a la “identidad étnica y cultural” [...] Por último, al regular el Poder Judicial se reconoce poder jurisdiccional a las autoridades de las Comunidades campesinas y nativas, en su territorio, según su derecho consuetudinario y siempre que no se violen los derechos fundamentales (artículo 149). En este contexto al elaborarse el nuevo Código Penal de 1993, se ha considerado de modo particular los efectos de la especificidad cultural sobre la responsabilidad penal. Según el Artículo 15 del Código Penal, se exime de responsabilidad a quien “por su cultura o costumbres comete un hecho penal sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de

He comentado el artículo 15 del Código Penal en otros trabajos, por lo que me eximo de hacerlo ahora.³⁸

6. Sobre presuntas violaciones de derechos por la jurisdicción especial

Lo que nos queda pendiente, entonces, es el tercer tema: qué cabe hacer ante presuntos abusos o vulneraciones de derechos que pueda realizar la jurisdicción especial. De una parte, el propio derecho indígena, comunal y rondero marca los límites de lo aceptable o no, y pueden darse casos de abuso, incluso de su propio derecho, por autoridades prepotentes de la jurisdicción especial; o actos que escapen de su competencia; o situaciones en las que esta no es clara. De otra parte, puede tratarse de desajustes o cambios culturales al interior de pueblos o comunidades, por lo que unos grupos o individuos consideran que lo que era legítimo antes, ya no lo es en la actualidad; o de que lo que era aceptado por la mayoría, ya no es aceptado por cierto grupo, como las mujeres o los jóvenes, que consideran que ciertas prácticas o valores tradicionales vulneran sus derechos. Y, finalmente, puede haber casos de conflictos de interlegalidad, esto es, que algunos miembros de pueblos o comunidades indígenas, campesinas o ronderas aleguen la aplicación de derechos generales que no están en su propio derecho pero que sí están contenidos en la Constitución u otros instrumentos de derechos humanos. Los supuestos mencionados no aluden a un cuestionamiento llano del ejercicio de funciones jurisdiccionales indígenas, campesinas o ronderas, sino a su presunto carácter abusivo o ilegítimo. Este cuestionamiento puede deberse a la forma en la que tales funciones jurisdiccionales son ejercidas (infracción de su propio debido proceso, excesos, abuso en la punición, etcétera) o al derecho aplicado (por el no seguimiento de su propio derecho; la discrepancia en la interpretación de principios; la existencia de conflicto de intereses, valores o derechos), que hace

acuerdo a esa comprensión”. Este cambio implica la búsqueda de nuevas formas de tratamiento de los miembros de comunidades culturales diferentes en caso que cometan un acto considerado delictuoso por el sistema penal predominante. El objetivo ha sido el de abandonar todo criterio étnico o cultural para calificar a estas personas como incapaces. El resultado obtenido no ha sido el deseado» (2001: 29-45). El problema no es que el Código Penal no responda a la reforma constitucional de 1993, a pesar de haberse dado después de esta, sino que está pendiente una adecuación normativa de dicho Código a una reforma constitucional dada con posterioridad a aquel. Teniendo en cuenta esto, no debe leerse los artículos constitucionales bajo el corsé de un código obsoleto, sino interpretarse el Código Penal de 1991 a la luz de, y superado por, la Constitución de 1993.

38 Véase un análisis de este artículo en Yrigoyen 1996; Yrigoyen 2000. También tratan el tema, entre otros, Hurtado Pozo 1995; Francia 1993.

percibir, a una parte, que la decisión de la jurisdicción especial ha vulnerado sus derechos humanos. Me quiero ocupar de este tema.

Comparto con Hurtado Pozo la observación de que las rondas, eventualmente, pueden cometer «excesos», favorecer más a las mujeres que a los hombres o, llanamente, vulnerar algunos derechos individuales, como también puede pasar —y pasa— con las autoridades de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, de la constatación de que las autoridades de la jurisdicción especial pueden cometer abusos, no creo que se derive que sean los jueces ordinarios, como los corregidores españoles en la Colonia, quienes deban controlar, corregir o punir a la jurisdicción indígena o comunal. Eso no se desprende de la Constitución de 1993, del Convenio 169 de la OIT ni de los principios del pluralismo y la igual dignidad de las culturas.

En primer lugar, considero que la jurisdicción especial es la llamada a resolver los cuestionamientos que tenga internamente. Esto, a veces, no es posibilitado por una temprana intervención criminalizadora por parte de la jurisdicción ordinaria. Voy a poner un ejemplo. En Bambamarca, las rondas de base solían recurrir a la ronda zonal, distrital o provincial cuando veían que no podían resolver un problema localmente. De igual modo, los individuos recurrían a las rondas provinciales cuando las rondas de su base habían resuelto algo de una manera que no consideraban apropiada. En un caso concreto, por ejemplo, un rondero se quejó ante la ronda provincial de Bambamarca y pidió la intervención del comité provincial porque el presidente de ronda tenía interés directo en un caso. El comité provincial se presentó y se evitó el abuso de poder. En otro, el litigio fue enviado para ser ventilado en una ronda vecina y, así, también se evitó la intervención del presidente de la ronda, que era familiar directo de un procesado. A este nivel, cabe todo tipo de reparación o arreglo. Y si esto ocurre, el caso debería quedar ahí. Sin embargo, si la jurisdicción ordinaria interviene ordenando capturas y abriendo proceso penal a las autoridades ronderas, impide una acomodación o arreglo interno. Igualmente pasa con casos de comunidades campesinas y nativas. Otra aclaración: usualmente, cuando las personas están descontentas con los resultados de la decisión local, tienden a apelar a la jurisdicción ordinaria, que, normalmente, no analiza si es de su competencia conocer hechos que han ocurrido dentro del ámbito territorial de pueblos, comunidades indígenas o campesinas, y rondas. En la mayor parte de casos, tales personas no necesariamente alegan la violación de derechos por parte de la jurisdicción ordinaria, sino que buscan escapar del cumplimiento de sus obligaciones (pagar, reparar, trabajar, rondas), como ocurrió en el caso de Moyobamba (2004), ya citado. En tales supuestos, en realidad, no hay vulneración de derechos, sino ejercicio simple de funciones jurisdiccionales por la jurisdicción especial, por lo que la jurisdicción ordinaria debería derivar o devolver el caso a aquella. Sin embargo, en la mayoría de casos

que conozco, la policía, fiscalía o judicatura pasan por alto el reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial; detienen a las autoridades ronderas; y ponen en libertad a las personas que las rondas han juzgado y sancionado a «cadena ronderil» o trabajo comunal. Así, se inicia el tortuoso camino del proceso penal. Un dirigente rondero lo dijo una vez con claridad: «Nosotros también somos autoridades; si alguien va a la fiscalía a denunciarnos de secuestro, ¿por qué el fiscal no nos manda un oficio para que nosotros le expliquemos? No hacen eso. Nos mandan tropa. La policía rompe la puerta de nuestro local comunal para sacar al abigeo, asusta a los niños, persigue al comité de rondas como si fuéramos delincuentes, así no puede ser».³⁹

Ahora, en el caso que nos ocupa (sentencia de Acopara de 1997), no está en cuestión la competencia de las rondas para actuar dentro de su ámbito territorial. Lo que está en cuestión es la decisión tomada tanto por el valor y el derecho protegido como por la alegación de abusos en la punición. En cuanto a lo primero, se aprecia un conflicto de intereses, valores, percepciones y derechos. La ponderación de tal conflicto, en primer lugar, en efecto, le toca a la jurisdicción especial. En este caso, parecen estar en conflicto varias posiciones. Una es la alegada por las rondas, «el principio del mantenimiento de la unidad familiar»; de ahí que les pareciera justo sancionar el abandono —de su marido y ocho hijos— efectuado por la mujer y su unión con otro hombre. Como el denunciante es el marido, probablemente, las rondas desconocían que este maltrataba a su esposa, pero, aun sabiéndolo, puede haber pesado más la regla tradicional del papel de la mujer-madre, esto es, que, aunque el marido la maltrate, una madre no puede abandonar a sus hijos o que, si lo deja a él, debe llevarse a los hijos, así como también otra regla: la prohibición del «adulterio», que es no unirse a otra persona estando casada(o). El principio lato del valor de la unidad familiar, al que apeló el marido para activar la actuación rondera, probablemente, también era compartido por la mujer y por toda la comunidad en general. Lo que aparece en tensión es el papel de madre, en el cual la mujer se aparta de las reglas tradicionales —al dejar a sus ocho hijos y unirse a otro hombre—. La posición del marido ofrece una variante importante respecto del principio lato alegado por las rondas (la unidad familiar), porque, de su actuación, se desprendería que considera como «obligación de la mujer: mantener unido el hogar y no abandonar a su familia aunque reciba maltratos del marido». En el marco de este conflicto de valores, derechos y obligaciones, la decisión de la jurisdicción especial rondera, al atender la denuncia del marido, parece respaldar su posición. Desde la perspectiva de la mujer, quien

39 Testimonio de autoridad rondera ofrecido en el II Taller Nacional de Rondas Campesinas. Huaraz: CEAS, 1993 (testimonio público).

convoca la intervención de la jurisdicción ordinaria, tal decisión vulnera sus derechos, pues: a) su conducta (abandono de hogar y unión con otro hombre) estaba justificada por los maltratos que le propinaba su esposo, que ella no tenía obligación de soportar; b) la aplicación de pena (pagar un monto de dinero y entregar una herencia suya al marido) por una conducta que ella considera justificada le resultaba injusta; y c) excesiva, por los «maltratos y humillaciones» que habría recibido de las rondas.

Cuadro que sintetiza conflicto de principios, normas y valores

Principio común: «Mantener la unidad familiar»		
Norma 1. La madre/padre no debe abandonar a sus hijos		
Norma 2. Una persona no se puede unir a otra estando aún casada		
Variantes		
Posición polar autoritaria	Posición tradicional	Posición polar de ruptura
Marido	Rondas	Mujer
1. Se debe mantener la unidad familiar, aunque el marido maltrate a la mujer. 2. En ningún caso, la mujer debe abandonar su hogar (subtexto: mujer debe soportar maltrato de marido).	1. Mujer no debe abandonar su hogar ni unirse a otro hombre estando casada. 2. Los adúlteros merecen sanción y deben desagraviar a cónyuge burlado. 3. Mujer-madre que abandona hogar-hijos debe regresar. 4. Ascendiente debe sostener con sus bienes a hijos y familia.	1. La mujer no está obligada a soportar maltratos del marido. 2. Eso justifica dejar la familia y unirse a otro hombre.

Posteriormente, según sostiene el expediente, y a diferencia de muchos otros casos, los ronderos aceptaron que habían cometido excesos y, si bien explicaron el principio jurídico que los llevó a actuar («la búsqueda del mantenimiento de la unidad familiar»), acabaron pidiendo disculpas y devolviendo los bienes a la mujer. En este sentido, reafirmaron el principio común compartido y se alejaron de la posición polar del marido.⁴⁰ Por supuesto, algunos pensarán que esto no hubiera

40 Como observa Hurtado Pozo 2003, curiosamente, el valor de la unidad familiar fue originalmente afectado por el propio marido al maltratar a su esposa. Sin embargo, parece que la mujer

sido posible sin la intervención de la fuerza pública y porque mediaba proceso penal. Sin embargo, en otros casos, aun con procesamiento penal de por medio, los ronderos consideran que su actuación es legítima (como detener y aplicar sanciones de cadena ronderil, pago, multas, etcétera a abigeos y otros delincuentes). Por lo tanto, cabe la posibilidad de que consideraran justa la petición de perdón y la devolución de bienes, en particular después de saber que la mujer era maltratada por el marido y que ello ocasionó el abandono (por lo que no había entonces motivo de desagravio ni pago). En todo caso, considero que si la jurisdicción especial corrige una actuación abusiva —como parece sucedió—, ahí debe quedar el caso, como pasa con la jurisdicción ordinaria cuando pone en libertad a una persona injustamente presa o repara un error judicial. Otro asunto es si la actuación de las autoridades hubiera sido realmente maliciosa, que no parece desprenderse de este caso.

Lo que este caso pone en evidencia es la existencia de posibles conflictos de valores y derechos cuya ponderación por la jurisdicción especial es cuestionable por uno de sus miembros, o se da una actuación abusiva o vulneradora de derechos. Ahí aparece la necesidad del establecimiento de mecanismos y procedimientos para solucionar tales conflictos o abusos. Aquí, entonces, volvemos a la pregunta: ¿quién tiene competencia para hacer tal ponderación de valores y resolver los conflictos de interlegalidad y abusos cometidos por la jurisdicción especial? ¿La jurisdicción ordinaria? ¿Una instancia intercultural? ¿Una instancia internacional?⁴¹

Según el artículo 149 de la Constitución de 1993, el reconocimiento de la jurisdicción especial tiene como límite no vulnerar los derechos de la persona, pero no dice que la jurisdicción especial deba ser controlada, corregida o penada por la jurisdicción ordinaria. La Constitución es clara al establecer que, entre la jurisdicción especial y las demás instancias de justicia, debe haber relaciones de «coordinación», no de subordinación o supervigilancia.

no tuvo la misma oportunidad de exponer su caso ante las rondas locales. Ahora, sin descontar el machismo existente en la sociedad nacional, también presente en las localidades donde hay rondas, no debe subestimarse el hecho de que, en muchas comunidades, las rondas han sido la única instancia de justicia que ha acogido reclamos de mujeres por maltratos o demandas por alimentos a favor de hijos no reconocidos (y que exigirían un largo, costoso e incierto juicio para probar la paternidad ante la justicia ordinaria).

41 Will Kymlicka, en este sentido, cuestiona el supuesto de que los pueblos indios tengan que someterse a la Constitución o a tribunales federales, compuestos exclusivamente por jueces no indios, y sugiere que se podría «[...] acordar la creación de un tribunal bilateral de derechos humanos [...], en el cual ambas partes [estuviesen] equitativamente representadas» (1996: 232-233).

De otro lado, según el artículo 2, inciso 19, de la Constitución, el Estado garantiza el carácter pluricultural de la nación y el derecho a la identidad cultural, de lo que se desprende que ninguna cultura es superior a otras. Por lo tanto, a diferencia de la era Colonial, la cultura occidental ya no tiene supremacía legal sobre las otras ni la jurisdicción ordinaria —y la cultura legal correspondiente— sobre la jurisdicción comunal, indígena y rondera y su derecho. Tampoco cabe la figura colonial del corregidor español encargado de controlar la jurisdicción indígena.

Por ende, en caso de que una parte alegue la vulneración de derechos por una decisión final de la jurisdicción especial, no hay fundamento para dejar en manos de los jueces de la jurisdicción ordinaria la ponderación de intereses, bienes jurídicos o derechos. Tales jueces, algunas veces, obran con dureza racista y otras, como parece ser este caso, con paternalismo benigno, pero no menos racista y prejuicioso de la cultura indígena y campesina.⁴²

El Convenio 169 de la OIT (artículo 8, inciso 2), al prever este supuesto, dispone que, siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para resolver dichos conflictos. Estos procedimientos, a mi juicio, deben garantizar una definición e interpretación intercultural de los derechos humanos en congruencia con el respecto del derecho a la integridad cultural de los pueblos indígenas, que también sostiene el convenio (artículo 2, literal b). El Convenio 169 de la OIT, en su artículo 8, dice:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

42 En este caso, la idea de la inferioridad de la cultura indígena se desprende de frases como «debe también de tomarse en cuenta el *ámbito cultural y geográfico en donde sucedieron los hechos*» (cursivas mías), como si las zonas andinas fueran culturalmente inferiores o primitivas. Una tendencia del comportamiento de la judicatura frente a los casos «culturales» en los que están involucrados indígenas es la benignidad, como parte de una consideración de la superioridad blanca frente al primitivismo indígena, que convoca la misericordia del juez. Francisco Ballón (1980) analiza la jurisprudencia referida a los nativos de la Amazonía, donde los jueces clasifican «lugares», culturas y personas primitivas frente a los civilizados. Esto genera, a su vez, un dilema en los abogados defensores y en los propios inculpadados, que prefieren presentarse como ignorantes, primitivos y «ajenos a la civilización» para gozar de la benignidad judicial. En otros casos, sin embargo, ello puede tener el efecto contrario.

El texto del artículo 8, inciso 2, del Convenio 169 de la OIT, como los artículos constitucionales que reconocen el pluralismo jurídico, parecen referirse a una posible incompatibilidad entre el derecho consuetudinario (bajo los nombres de costumbres e instituciones, derecho indígena, jurisdicción especial, justicia indígena o comunal) y los derechos humanos (también bajo los nombres de derechos fundamentales y derechos de la persona).⁴³ Quiero aclarar este punto. En realidad, el derecho consuetudinario y la jurisdicción especial, al haber sido reconocidos por las constituciones y el propio Convenio 169 de la OIT como parte de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, son parte de los derechos humanos. En sentido estricto, entonces, no puede hablarse de un conflicto entre derecho consuetudinario y los derechos humanos, porque el primero es parte de los segundos. Lo que puede haber, en cada caso concreto, son conflictos entre normas puntuales del derecho consuetudinario o decisiones específicas de la jurisdicción especial y ciertos derechos individuales. Lo observable son conflictos de intereses o bienes jurídicos entre actores que pueden apelar a distintos derechos, principios o valores. Y ello amerita una ponderación de estos. Algunos conflictos, por su parte, pueden reflejar cambios culturales al interior de los propios pueblos indígenas o comunidades. Tales conflictos, en primer lugar, deben ser ponderados por la propia jurisdicción especial. Ocurrido esto, si una parte considera que la decisión de la jurisdicción especial ha vulnerado un derecho, entonces, toca otra ponderación. Este sería el lugar de los procedimientos externos que se necesitaría establecer, según el Convenio 169 de la OIT.

Ante la presunta vulneración de derechos por decisiones de la jurisdicción especial, agotada la instancia interna, deben establecerse «procedimientos especiales» para atender conflictos de bienes jurídicos o de interlegalidad, los cuales deben garantizar:

- a. En cuanto al contenido material, la ponderación de intereses con base en una definición e interpretación intercultural de los hechos y el derecho a partir del diálogo intercultural y con atención las distintas visiones culturales e intereses de las partes. Por ende, tales procedimientos no pueden regirse por un solo derecho, sino resolver por equidad, de modo que permitan la ponderación de los distintos intereses, bienes y valores jurídicos.
- b. En cuanto a lo institucional, la equiparidad entre los distintos pueblos y culturas legales con relación al poder para definir e interpretar los derechos. Esto

43 Las constituciones de los Estados andinos que reconocen el derecho indígena y la jurisdicción especial (bajo nombres afines) establecen como límite de dicho reconocimiento que la jurisdicción especial o justicia indígena no viole los derechos de la persona (Perú 1993), o la Constitución y las leyes (Colombia, 1991, Bolivia 1993, Ecuador 1998), o incluso el orden público (Venezuela 1999). Véase Yrigoyen 2003: 171-195.

significa que no cabe el monopolio de la institucionalidad ordinaria, que representa a la cultura legal occidental dominante. Tendría que evaluarse nuevas formas institucionales que garanticen la presencia institucional de los distintos pueblos. Esto, eventualmente, podría ser mediante la presencia mixta de autoridades de ambas jurisdicciones, como tribunales escabinados, y no solo en calidad de peritos.⁴⁴

- c. En cuanto a lo procesal, la existencia de mecanismos que permitan las soluciones negociadas, esto es, que los procedimientos no sean rígidos y orientados a la adjudicación de derechos perdedor o ganador, o la atribución de derechos bajo la fórmula violador y víctima, sino, más bien, al análisis y negociación entre los diferentes intereses y bienes jurídicos (por ejemplo, entre los derechos alegados por la mujer golpeada-«adúltera» y el valor comunitario de la unidad familiar, alegado por la decisión de la jurisdicción especial y el marido burlado-golpeador).
- d. En cuanto a los fines, dado que lo que se discute es la presunta violación de derechos, el resultado de estos procedimientos especiales debe estar orientado a la prevención, restauración o alguna forma de reparación de los derechos vulnerados, más que a la posible sanción de las autoridades de la jurisdicción especial. En este sentido, el enfoque debe estar en la afirmación de derechos, los cuales —como he anotado— son objeto de definición intercultural y, en lo concreto, su aplicación debe ser resultado de la negociación de intereses. Por ende, tales mecanismos se deben guiar por los criterios de prevención de violaciones y maximización de la protección de derechos, tanto individuales como colectivos, mediante la acomodación de los intereses de las partes.

Estos procedimientos especiales mencionados por el artículo 8, inciso 2, del Convenio 169 de la OIT para resolver conflictos entre la jurisdicción especial y posibles violaciones de derechos aún no existen en el país. ¿Qué es lo que hay en nuestro marco legal? Lo anoto a continuación.

44 En este sentido, «La figura de los jurados escabinados o mixtos, va más allá de la institución del peritaje cultural o antropológico. Por el peritaje, los peritos o expertos —ya sea profesionales (antropólogos, sociólogos, etcétera) o miembros de las comunidades indígenas— solo ilustran a los jueces sobre la cultura y/o prácticas jurídicas indígenas, pero no deciden; la decisión la toma el juez. Mediante los jurados mixtos, no solo serían los jueces estatales los que decidan sobre los casos desde su cultura occidental (aunque hayan sido ilustrados por los peritos) sino que la decisión sería tomada conjuntamente por jueces estatales y miembros de la comunidad o pueblo indígena en cuestión. Esto permitiría que los jueces estatales discutan a la par con las autoridades indígenas y aprendan a tomar decisiones conjuntas. Con este sistema la comprensión cultural de los hechos mejoraría, y se podría ir construyendo los puentes interculturales que requiere una juridicidad pluricultural» (Yrigoyen 1999b: 98).

Cuando una parte no quiere cumplir las decisiones de la jurisdicción especial o alega vulneración de derechos por parte de las rondas, autoridades indígenas o comunales, suele recurrir a la jurisdicción penal ordinaria y denuncia a tales autoridades. Por lo general, en la denuncia penal, las autoridades de la jurisdicción especial indígena, comunal o rondera no son tratadas como tales, sino como personas ordinarias que se han tomado atribuciones que no tienen. Así, no son procesadas por un exceso en sus funciones propias, sino, llanamente, por delito de secuestro, usurpación de funciones, extorsión, etcétera —como si careciesen de toda autoridad jurisdiccional—, aparte de hechos que podrían constituir los excesos en su función propiamente (como lesiones, tortura, maltratos, etcétera). La mayor parte de procesos penales contra ronderos u otras autoridades comunales o indígenas no parte del hecho de que estos tienen atribución constitucional para ejercer funciones jurisdiccionales (investigar, detener, privar de la libertad u otros derechos, aplicar sanciones, etcétera) y que lo único que cabe discutir, en todo caso, es si han actuado por fuera de su competencia, esto es, por fuera de su ámbito territorial, al margen de su propio derecho o en abuso de los derechos de la persona. Al no haberse dado la Ley de Coordinación, no se han establecido los procedimientos adecuados para resolver tales conflictos. La normativa existente en el Perú solo prevé procedimientos para cuestionar presuntas violaciones de los derechos humanos en general, sin especificar el caso de la jurisdicción especial. En este supuesto, al tratarse de decisiones de una autoridad jurisdiccional —de la jurisdicción especial—, cabría la interposición de acciones de garantía por presunta vulneración de derechos de la persona contra las decisiones de la jurisdicción especial ante la Corte Superior correspondiente, según la ley de *habeas corpus* y amparo (ahora, reemplazada por el nuevo Código Procesal Constitucional). Esto es lo que hay previsto en el Perú, pero desconozco el uso de este mecanismo en la práctica. Lo frecuente es el uso directo de la denuncia penal.

En Colombia, a diferencia del Perú, hay una alta utilización de la garantía constitucional de la «tutela» (equivalente al amparo) para el cuestionamiento de decisiones de la jurisdicción especial por la presunta violación de derechos, derechos que la propia CCC ha reducido a cuatro «mínimos fundamentales»: 1) no matar; 2) no esclavizar; 3) no torturar; y 4) que las penas impuestas por la jurisdicción especial correspondan al propio derecho indígena y, por ende, sean previsibles. En Colombia, la intervención de la CCC se justifica porque la propia Constitución, al reconocer la jurisdicción especial, la limita a la no violación de la Constitución. Y el control constitucional en Colombia lo tiene la CCC a través de la acción de tutela. Dado que, en estos casos, se ponen en conflicto visiones culturales diversas, antes de fallar, la Corte se vale del peritaje antropológico. El peritaje es el mecanismo que usa la Corte para tender puentes de «entendimiento intercultural», como lo ha denominado Esther Sánchez, una de las más

importantes peritas de la Corte.⁴⁵ Si bien este mecanismo permite a los jueces constitucionales tener, materialmente, elementos de las otras culturas para decidir y, en especial, algunos magistrados han sido abiertos a ello, la decisión final depende de jueces que pertenecen a la cultura occidental. Todavía sigue siendo un reto: que, institucional y procesalmente, «la igual dignidad de las culturas» se exprese en una equidad del poder de definición e interpretación de los derechos humanos para la ponderación de intereses y bienes jurídicos en caso de conflictos de interlegalidad. Salvo por la mediación de los peritos, las culturas indígenas y las autoridades de la jurisdicción especial no están representadas en la CCC o en instancias que procesan conflictos de interlegalidad. Como he anotado en otras oportunidades, creo que es muy diferente que las culturas indígenas solo sean objeto de análisis por los jueces por medio de los peritos —pudiendo aceptar o rechazar sus pericias— a que sean sujetos del diálogo directo. Está pendiente el desarrollo de mecanismos procedimentales e institucionales para el diálogo entre culturas legales mediante la presencia de autoridades indígenas, quienes, junto con las ordinarias, tengan capacidad para tomar decisiones y no solo informar a estas sobre su cultura, derecho o costumbres.⁴⁶

En el caso del Perú, el reconocimiento de la jurisdicción especial tiene como límite la no violación de los derechos de la persona. La única previsión para la protección de tales derechos son las garantías constitucionales, cuyo conocimiento está —según la ley— en manos de los jueces (antes civiles o penales, y ahora por los jueces constitucionales) y, en última instancia, por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, no hay previsión sobre cómo garantizar el diálogo y entendimiento intercultural. La Constitución peruana de 1993, siguiendo a la Carta colombiana de 1991, sanciona que el «Estado reconoce el carácter pluricultural de la nación y el derecho a la identidad cultural». Por ende, una cultura no puede atribuirse la primacía sobre las otras o el derecho de controlarlas como ocurría en la era colonial. Falta, pues, un mecanismo procesal que garantice la resolución de presuntas vulneraciones de derechos, abusos o falta de competencia por la jurisdicción especial, sin que esté bajo monopolio de la institucionalidad y cultura legal occidental.

Considero que este tema debería ser objeto de una consulta nacional a los pueblos y comunidades indígenas y campesinas y rondas, así como de debate nacional con participación de todos. Como comentaba la autoridad rondera que cito líneas arriba, las rondas y pueblos indígenas tienen propuestas de cómo debe llevarse a cabo un sistema de «coordinación entre autoridades», con respeto y sin

45 Sánchez 1998.

46 Yrigoyen 1999a.

subordinación. Tales propuestas deben ser debatidas y, finalmente, hacer parte de la Ley de Coordinación o dar contenido a los posibles mecanismos interculturales para la solución de conflictos de interlegalidad.

Para dar unas pistas que permitan arrancar el debate, quiero dejar en la mesa dos propuestas sobre la Ley de Coordinación y el establecimiento de mecanismos para la resolución de conflictos de interlegalidad y presuntas violaciones de derechos individuales por la jurisdicción especial. Una de ellas es la que hicieron las rondas campesinas en su Encuentro de Bambamarca (Cajamarca, 2000), mejorada en el Encuentro de Chocas (Lima, 2001):

Proyecto de ley de desarrollo constitucional del Artículo 149 y adecuación normativa del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. I Encuentro Nacional de Rondas Campesinas, Chocas, 11 de marzo de 2001⁴⁷

Justicia Indígena y comunal

9. Reconocimiento y respeto del derecho consuetudinario y jurisdicción especial. Reconózcase la validez y vigencia de las decisiones de las Rondas Campesinas, PI, CC y CN en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y la aplicación de su derecho consuetudinario dentro de su ámbito territorial, sin violación de derechos humanos. Las decisiones de las autoridades comunales constituyen cosa juzgada. Las autoridades del Estado y los particulares deberán respetar y acatar dichas decisiones. Las autoridades registrales están obligadas a la inscripción de actos jurídicos y decisiones tomadas por la jurisdicción especial y el derecho consuetudinario.

10. Relaciones de coordinación y apoyo. Establézcase relaciones de coordinación entre las autoridades de la jurisdicción especial y las autoridades de la jurisdicción ordinaria y otras autoridades del sector público, respetando el derecho de autonomía de aquellas. Las autoridades de la jurisdicción especial pueden solicitar el apoyo de la fuerza pública y demás autoridades del Estado.

11. Procedimiento especial en caso de presunta violación de derechos humanos. Instáurese procedimientos adecuados para resolver presuntos conflictos entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos. En caso de presunta violación de derechos fundamentales de la persona por parte de la jurisdicción especial, deberá conformarse un tribunal mixto compuesto por autoridades de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción especial para resolver el conflicto mediante reglas de equidad. En caso de que no se llegue a un acuerdo en el Tribunal Mixto, el caso pasará al Tribunal Constitucional, el que para estos efectos incluirá un miembro supernumerario que conozca el derecho consuetudinario.

47 Véase el texto completo en *Proyecto de ley de desarrollo constitucional del artículo 149 y adecuación normativa del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. (segundo borrador), aprobado en el I Encuentro Nacional de Rondas Campesinas, Chocas, 11 de marzo de 2001* (disponible en <<http://www.alertanet.org/PLeyRC-chocas.htm>>).

La otra propuesta, más desarrollada, es la contenida en el Proyecto de Ley Orgánica sobre Pueblos y Comunidades indígenas (LOPCI), aprobado en primera discusión por la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela en diciembre de 2002, cuyo texto dice:

Proyecto de Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas.

Título VII. De la Administración de Justicia, Capítulo I. De la Jurisdicción Indígena

De los procedimientos para resolver conflictos entre derechos humanos y jurisdicción indígena.

Artículo 139. Los casos de presunta vulneración de derechos humanos por la jurisdicción indígena, en primer lugar, se agotarán internamente. Agotadas las instancias internas o cuando la presunta violación de derechos humanos fuese grave y urgente, quien se considere afectado podrá interponer la denuncia o acción de amparo constitucional correspondiente. Si la denuncia o acción es inadmisibile podrá ser rechazada de plano. En caso de considerarse admisible se constituirá un tribunal mixto conformado por el juez ordinario de la causa y dos autoridades indígenas nombradas por la jurisdicción especial, a fin de que se garantice una interpretación intercultural de los hechos y el derecho. El procedimiento estará orientado a la solución consensuada del conflicto, mediante reglas de equidad, atendiendo los derechos, intereses y perspectivas culturales de las partes. En caso de no llegarse a una solución consensuada, el tribunal resolverá por mayoría. Cualquiera de las partes podrá recurrir en segunda instancia a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el cual deberá incorporar dos miembros supernumerarios que conozcan los derechos indígenas. También deberá resolver interpretando interculturalmente los hechos y el derecho y por reglas de equidad. Agotada esta instancia queda expedita la vía internacional.⁴⁸

Sin agotar el tema, considero que estas propuestas tienen el valor de encarar la necesidad de establecer mecanismos interculturales e instancias interinstitucionales para resolver conflictos de interlegalidad y presuntas violaciones de derechos por la jurisdicción especial. Ambas propuestas buscan garantizar el derecho de los miembros o grupos minoritarios dentro de los pueblos o comunidades indígenas o rondas al cuestionamiento y revisión de las decisiones de sus autoridades cuando tales miembros o grupos consideran que se han violentado sus derechos, ya sea por la existencia de visiones distintas, cambio de valores o prácticas de abuso. Sin embargo, a su vez, ambas propuestas buscan evitar el monopolio de la

48 Véase la versión oficial del Proyecto de Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (expediente 245) enviado por la Comisión Permanente de Pueblos Indígenas. Estado: aprobación en primera discusión por la Asamblea Nacional en el segundo período legislativo ordinario (5 de diciembre de 2002) en el sitio de la Asamblea Nacional de Venezuela: <<http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=512>>. El capítulo sobre jurisdicción especial está también disponible en <<http://www.Alertanet.org>, Foro II>.

cultura e institucionalidad legal occidental para definir e interpretar los derechos humanos. Eso es importante porque rompe con la mentalidad colonial de los jueces ordinarios y la cultura occidental. En este sentido, ambas propuestas muestran que es posible imaginar nuevas institucionalidades de diálogo intercultural que garanticen, a su vez, los derechos de los individuos y derechos colectivos de los pueblos, comunidades indígenas o campesinas, y rondas, así como una definición e interpretación intercultural de tales derechos.⁴⁹ Estas propuestas apenas abren la ruta de un camino por andar.

49 Véase Yrigoyen 2004.

UNIDAD II: DERECHO PENAL GENERAL

- **Los criterios de determinación de la pena en el Código Penal Peruano de 1991. Fernando Velásquez.**

Los criterios de determinación de la pena en el c. p. peruano de 1991

Fernando Velásquez V.

Profesor Titular y Emérito de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín/Colombia

I. Introducción

Para intervenir en este Seminario, dedicado a la temática atinente a la Justicia penal y la aplicación de la pena, en buena hora organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú contando con los auspicios de la Universidad suiza de Fribourg, se ha elegido el tema de la determinación de la pena⁽¹⁾ tomando como punto de partida el derecho punitivo peruano; desde luego, dicho asunto se encuentra ligado con la Teoría de las consecuencias jurídicas del delito, uno de los acápites centrales de la Parte general del Derecho penal, al lado de las construcciones sobre la Ciencia penal y el hecho punible.

Por supuesto, como la cuestión elegida para el análisis se encuentra erizada de dificultades teóricas y prácticas, tanto en los distintos derechos positivos como en la doctrina y en la jurisprudencia, los estudiosos de diversas nacionalidades proclaman hoy la necesidad de manejar en esta parcela del saber jurídico unas reglas y unos criterios jurídicos racionalmente controlables y, por ende, no discrecionales⁽²⁾. Eso, justamente, explica el empeño de algunos teóricos encaminado a erigir una nueva rama del saber jurídico dotada de plena autonomía —el derecho de las sanciones o de las consecuencias jurídicas— buscando, sin duda, ponerle coto al azar y a la arbitrariedad, tan comunes en la práctica judicial de nuestros países cuando se trata de estas materias⁽³⁾.

Desde luego, obsérvese, no se trata —como a veces suele creerse— de elaborar una "penometría", sino de construir un derecho que contribuya al fortalecimiento de la seguridad jurídica y de las garantías individuales, más allá de los meros problemas prácticos de determinación y medición de la pena, contando con la concurrencia de aspectos constitucionales, procesales y criminológicos en esa realización jurídica, de tal manera que sea posible el impulso y desarrollo de una verdadera dogmática de la medición de la pena, gestada gracias a la tarea conjunta de jueces, legisladores y estudiosos⁽⁴⁾.

Así las cosas —después de mostrar los patrones legislativos más usuales en el derecho comparado—, la presente ponencia se ocupa de los lineamientos centrales de la determinación de la pena en el Código Penal Peruano de 1.991, e indica cuáles son los principios que deben gobernar este asunto. Finalmente, plantea algunas reflexiones a manera de conclusión para ambientar la discusión.

II. Los sistemas más usuales

Un examen atento del derecho comparado enseña que son posibles, por lo menos, seis formas distintas de regular el asunto en los códigos penales; ello, obvio es decirlo, sin descartar los sistemas mixtos que beben de dos o más de esos modelos originales⁽⁵⁾.

En primer lugar, es viable un sistema de tabulación de agravantes y atenuantes con penas fijas, al estilo de lo establecido en los códigos penales francés de 1.791 y brasileño de 1.830, de la mano de una concepción filosófica racionalista, que muestra una inmensa desconfianza hacia el juez. De esta manera, se señalan de forma rígida las causas de agravación y atenuación estableciendo un máximo cuando concurren agravantes, un mínimo cuando se detectan atenuantes, y una pena intermedia si no existen ni unas ni otras o se duda en torno a su presencia.

En segundo lugar, un modelo de tabulación con señalamiento de criterios generales de tasación, seguido de atenuantes y agravantes con penas flexibles, propio del Código Bávaro de 1.813, acorde con el cual se indican algunas pautas generales para la imposición de la pena entre un mínimo y un máximo señalado para cada infracción —dentro del cual debe moverse el juez—, seguidas de unas circunstancias de mayor y de menor punibilidad.

Así mismo, en tercer lugar, un método de penas flexibles sin enunciación de criterios generales, como el consagrado en el Código penal francés de 1.810, gracias al cual se señala un mínimo y un máximo de pena para realizar la tarea de medición, aunque sin indicar —como norma general— los criterios generales de medición de la misma.

También, en cuarto lugar, es viable un régimen de tabulación de circunstancias con penas relativamente rígidas, como el contenido en los C. P. Español de 1.822 (repetido hasta 1.870) y el C. P. Colombiano de 1.837. Acorde con este prototipo legal, se hace un largo listado de agravantes y atenuantes y se establece la tasación de la pena partiendo de un marco señalado en la ley para cada figura, a partir de tres grados de delito: al primero, se aplica el máximo; al segundo el término medio entre el máximo y el mínimo; y al tercero el mínimo de la pena.

Igualmente, en quinto lugar, se puede concebir un patrón de penas flexibles sin enunciación de criterios generales, con atenuantes genéricas no especificadas, que permita disminuir la pena en una proporción determinada (por ejemplo, la sexta parte), como el señalado en el Código Zanardelli para Italia de 1.889.

Finalmente, es factible un sistema de criterios generales o fórmulas sintéticas con penas flexibles, como el plasmado en el Código Suizo de 21 de diciembre de 1.937, que se asemeja bastante —aunque simplificándolo— al vertido en el Código Bávaro de 1.813. La previsión de criterios genéricos de tasación de la pena ha sido retomada por los Códigos Peruano de 1.924 y argentino de 1.921, influenciados ambos por los proyectos suizos; naturalmente, una fórmula del mismo corte se observa, aunque retocada, en el actual Art. 46 del C. P. Peruano de 1.991.

Explicados los diversos sistemas legales es pertinente, ahora, detenerse en la forma como la materia ha sido regulada en algunas de las más influyentes legislaciones contemporáneas que, por supuesto, son plasmación de esos arquetipos legales. En primer lugar, debe mencionarse el Código Penal alemán cuya Parte General fue introducida en 1.969 y se encuentra vigente desde 1.975, el cual establece lo siguiente en el § 46 —que se encuentra ubicado dentro del Título Segundo dedicado a la cuantificación legal de la pena—:

"Principios de la medición de la pena.

(1) La culpabilidad del autor es fundamento para la medición de la pena. Se deben tener en cuenta las consecuencias que son de esperar de la pena, para la vida futura del autor en sociedad.

(2) En la medición el Tribunal sopesará las circunstancias que hablen a favor y en contra del autor. Al efecto se tomarán especialmente en cuenta: los motivos y los fines del autor; la actitud que deriva del hecho, y la voluntad empleada en él; el grado de infracción al deber; la forma de ejecución y las consecuencias culpables del hecho; la vida del autor anterior a la comisión del hecho, sus relaciones personales y económicas, así como su comportamiento con posterioridad al hecho; sus esfuerzos encaminados especialmente a reparar el daño causado, y el denuedo del autor dirigido a alcanzar un acuerdo indemnizatorio con la víctima.

(3) Las circunstancias que son ya características del supuesto de hecho legal, no pueden ser tenidas en cuenta".

Esta fórmula ha sido interpretada, casi de manera generalizada —aunque son plurales los matices—, en el sentido de que las pautas de determinación de la pena descansan tanto sobre la culpabilidad del agente (para algunos debe hablarse de un concepto de "culpabilidad de medición de la pena", distinto a la categoría dogmática del hecho punible que lleva dicho nombre) como en los fines preventivos (haciendo énfasis en la prevención general o en la especial, o en ambas con sus diversas variantes)⁽⁶⁾. La fórmula alemana, con ligeros cambios en su redacción, ha sido copiada por el legislador paraguayo de 1.997 al expedir el nuevo Código Penal, vigente desde 26 de noviembre de 1.998 (Cfr. Arts. 65 y ss.).

Por su parte, en segundo lugar, el Código Penal austriaco de 1.975 en el Título IV, destinado a la cuantificación de la pena —siguiendo parcialmente el prototipo alemán—, consagra los principios generales en esta materia en el § 32, en cuyo párrafo 1º se afirma que la culpabilidad del autor es el fundamento para la cuantificación de la pena, sin mencionar los fines preventivo especiales que, sin embargo, parecieran encontrar asidero en los §§ 41 y 42 (cláusula o principio de necesidad) aunque excluyendo —en todo caso— las consideraciones preventivo-generales. En el párrafo segundo, dispone que la tasación se debe hacer teniendo en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación —consagradas, respectivamente, en los §§ 33 y 34, que no existen en la normativa alemana—, oportunidad en el cual concreta el principio de culpabilidad y dispone la prohibición de la doble valoración en este ámbito. En el párrafo tercero desarrolla, igualmente, el punto de partida consagrado en el párrafo 1º.

En tercer lugar, el Código Penal argentino —que ha servido parcialmente de matriz al legislador peruano—, al ocuparse del asunto en los artículos 40 y 41, dispone:

"40. En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del siguiente artículo.

41. A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1º La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2º La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad.

El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso".

Esta previsión legal, no obstante sus parentescos con el Positivismo ferriano que son inobjetables, ha sido entendida en el sentido de que el juez debe tener en cuenta a la hora de imponer la pena tanto el ilícito culpable —ilícito o injusto y culpabilidad, son conceptos graduables— como la personalidad del agente⁽⁷⁾, al compás de los principios del acto o del hecho, de protección de bienes jurídicos y de culpabilidad.

En cuarto lugar, el Código penal italiano de 1.930, en el Título Quinto dedicado a la "Modificación, aplicación y ejecución de la pena", señala en el capítulo I del mismo en los Arts. 132 y 133 lo siguiente:

"Art. 132. Poder discrecional del juez en la aplicación de la pena. Límites. Dentro de los límites fijados por la ley, el juez aplicará la pena discrecionalmente; pero deberá indicar los motivos que justifiquen el uso de ese poder discrecional.

En el aumento o en la disminución de la pena, no se podrán exceder los límites establecidos para cada especie de pena, exceptuados los casos expresamente determinados por la ley".

Art. 133. Gravedad de la infracción. Apreciación para los efectos de la pena. En el ejercicio del poder discrecional indicado en el artículo anterior, el juez deberá tener en cuenta la gravedad de la infracción, deduciéndola:

- 1) De la naturaleza, de la especie, de los medios, del objeto, del tiempo, del lugar y de cualquier otra modalidad de la acción;
- 2) De la gravedad del daño o del peligro ocasionados a la persona ofendida por la infracción;
- 3) De la intensidad del dolo o del grado de la culpa.

El juez también deberá tener en cuenta la capacidad del culpable para delinquir, deduciéndola:

- 1) De los motivos para delinquir y del carácter del reo;
- 2) De los antecedentes penales y judiciales del reo y, en general, de la conducta y la vida de éste, anteriores a la infracción;
- 3) De su conducta contemporánea al delito, o subsiguiente a este;
- 4) De las condiciones de vida individual, familiar y social del reo".

Naturalmente, esta regulación, al posibilitar disímiles interpretaciones, dista mucho de ser precisa y clara como para tenerla de prototipo de previsión legal⁽⁹⁾.

En quinto lugar, el Código Penal español de 1.995 no trae una norma tan amplia como la de los Códigos colombiano, argentino y peruano; sin embargo, en Art. 66 —de manera muy similar al Art. 61, 4ª del C. P. de 1.973: "la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente"⁽⁹⁾— señala diversas reglas, en la primera de las cuales dispone:

"Art. 66. En la aplicación de la pena, los Jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

- 1ª. Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia".

De aquí se infiere, sin duda, que se debe atender tanto a las circunstancias personales del delincuente como a la mayor o menor gravedad del hecho, pautas que también se desprenden de los Arts. 65.1 y 4 apartado tercero⁽¹⁰⁾; asimismo, en los Arts. 21 y 22 se prevén las circunstancias de atenuación y de agravación.

Ahora bien, al vigente sistema español se le podrían adjudicar las siguientes notas: en primer lugar, a diferencia de la legislación anterior, no divide las penas en grados sino que señala la duración máxima y mínima de cada una de ellas; en segundo lugar, permite que el juez se mueva con libertad a la hora de elegir la cantidad de pena si no concurren circunstancias de agravación o de atenuación. En tercer lugar, como ya se dijo, establece un catálogo de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, sean atenuantes o agravantes; y, finalmente, en cuarto lugar, señala también de manera taxativa los efectos punitivos que tiene la participación en el delito, su grado de ejecución, o el concurso de delitos⁽¹¹⁾.

En sexto lugar, dentro de los códigos más recientes debe mencionarse el Portugués, cuya última gran reforma data de 1.995, que en los Arts. 70 a 79, Sección primera del Capítulo Cuarto del Título Tercero —Consecuencias Jurídicas del hecho—, dispone lo pertinente sobre la materia. En efecto, en el Art. 71 —norma que recuerda, para mejorarla, el § 46 del Código penal alemán— regula lo atinente a las pautas para la determinación de la pena e indica que ella se hará "dentro de los límites definidos en la ley" a partir "de la culpabilidad del agente y de las exigencias de prevención" (párrafo 1); así mismo, establece diversos criterios en los que desarrolla los dos puntos de partida en seis literales (Cfr. párrafo 2); y dispone que en la sentencia se deben indicar expresamente los fundamentos de la medida de la pena (Cfr. párrafo 3). En el Art. 72 se refiere a los eventos de atenuación especial de la pena, y en el Art. 73 señala las pautas a seguir en estos casos; y, finalmente, en el Art. 74 dispone la dispensa de pena en sanciones de corta duración (hasta seis de meses de prisión, y multa de hasta 120 días).

En séptimo lugar, el Código penal suizo destina el capítulo segundo del Título Tercero —dedicado a las penas, las medidas de seguridad y otras medidas—, intitulado "La fijación de la pena" (Arts. 63 a 69), a regular el asunto: en el Art. 63 establece como regla general, que el juez fijará la pena con base en la culpabilidad del delincuente, aunque teniendo en cuenta los móviles, los antecedentes, y las condiciones personales del agente⁽¹²⁾; en el Art. 64 señala expresamente algunas circunstancias que atenúan la pena; y, en el Art. 65 indica los efectos de la atenuación. A su turno, el Art. 66 prevé qué hacer en casos de atenuación libre de la pena, mientras que en el Art. 66 bis —disposición introducida en 1.989— establece la posibilidad de renunciar a la sanción, a la revocación de la condena condicional, o a liberación condicional, cuando el autor de la infracción "ha sido afectado directamente con las consecuencias de su acto, al punto de que una pena sería inapropiada". Así mismo, en el 67 regula la posibilidad de agravar la pena dadas ciertas situaciones; en el Art. 68 se ocupa del concurso de infracciones o de leyes penales; y, para culminar, en el 69 anuncia la imputación del tiempo de la detención preventiva como parte cumplida de la pena.

En octavo lugar, debe mencionarse el modelo colombiano plasmado en el C. P. de 24 de Julio de 2.000 (Ley 599), susceptible de ser ubicado como una fórmula mixta. En efecto, así sucede en los Arts. 59 a 61 —a los que acompaña un amplio listado de las circunstancias de mayor y de menor punibilidad, en los Arts. 55 y 58— que es bueno transcribir:

"ARTÍCULO 59 - Motivación del proceso de individualización de la pena. Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

ARTÍCULO 60 – Parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables. Para efectuar el proceso de individualización de la pena el sentenciador deberá fijar, en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover. Para ello, y cuando hubiere circunstancias modificadoras de dichos límites, aplicará las siguientes reglas:

- 1.- Si la pena se aumenta o disminuye en una proporción determinada, ésta se aplicará al mínimo y al máximo de la infracción básica.
- 2.- Si la pena se aumenta hasta en una proporción, ésta se aplicará al máximo de la infracción básica.
- 3.- Si la pena se disminuye hasta en una proporción, ésta se aplicará al mínimo de la infracción básica.
- 4.- Si la pena se aumenta en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica.
- 5.- Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica.

ARTÍCULO 61. – Fundamentos para la individualización de la pena. Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda".

Obviamente, se trata de una previsión legal muy amplia que debe interpretarse en armonía con las normas rectoras de la ley penal colombiana, en especial con los Arts. 3, 4 y 12⁽¹³⁾, y que se presta a plurales y disímiles interpretaciones las mismas que, textos como el alemán de 1.969, han suscitado.

Finalmente, no debe olvidarse que en el derecho anglosajón existe un patrón diferente al de los modelos del derecho occidental europeo, caracterizado por dos situaciones: de un lado, la posibilidad de que la pena surja de acuerdos entre las partes (juez, sindicado y fiscal), los llamados plea bargaining; y, del otro, la existencia de mecanismos que, a posteriori, permiten restringir el alcance de esos acuerdos mediante la aplicación de pautas estrictas de tasación de la pena, mecanismo que se conoce como las sentencing guidelines⁽¹⁴⁾.

III. El modelo peruano

Para un mejor entendimiento del asunto es pertinente dividir la materia en distintos acápites, los mismos que se corresponden con las diversas situaciones previstas en el estatuto penal en estudio.

A. Ubicación.

El sistema de penas adoptado por el Código en comento es muy similar al vigente en otros estatutos punitivos del continente —piénsese en los colombianos de 1.980 y 2.000—, dado que el mismo se hace descansar, casi como alternativa única de lucha contra la criminalidad, sobre las penas privativas de libertad (el 95%⁽¹⁵⁾); por eso, poca trascendencia práctica tienen las otras tres modalidades de sanción reguladas en el Título III del Libro primero: restrictivas de libertad, limitativas de derechos, y la multa (Cfr. Art. 28)⁽¹⁶⁾. Naturalmente, ello marca un agudo contraste con sistemas punitivos más avanzados como el alemán, que —según datos de 1.989, reafirmados en la última década— al 83% de los condenados por delitos comunes les impone pena de multa, al 12% les atribuye pena privativa de libertad suspendida, y sólo al 6% pena privativa de libertad efectiva⁽¹⁷⁾. Este dato estadístico, que tiene hondas repercusiones en los planos criminológico y político criminal, debe ser muy tenido en cuenta a la hora de examinar las pautas de individualización de la pena previstas, máxime cuando los estudiosos tienden a tomar como marco de referencia las elaboraciones foráneas.

B. Los fundamentos constitucional y legal. No parece posible examinar los criterios de determinación de la pena en el Derecho penal peruano vigente (Cfr.

Arts. 45 y 46), haciendo abstracción de los principios generales plasmados en los Arts. I a X del Título preliminar del estatuto represor⁽¹⁸⁾ que, a su turno, son verdaderos desarrollos de las disposiciones constitucionales —en especial los Arts. 1, 2, 3, 138, 139, 162— y de las normas pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Obviamente, por tratarse de auténticas directrices hermenéuticas, esos axiomas están llamados a servir de orientación para todo el sistema penal, y, en particular, para la problemática de la determinación de la pena, por lo cual no pueden ser soslayados por el intérprete, el analista, o el administrador de Justicia.

Ahora bien, siguiendo esas directrices constitucionales —para el caso las contenidas en la Carta Fundamental de 1.993— y legales, el legislador de 1.991 ha concebido las pautas correspondientes en el Capítulo II, del Título III, básicamente en los Arts. 45 y 46, los cuales disponen lo siguiente:

"Artículo 45°. -El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:

1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;
2. Su cultura y sus costumbres; y
3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen".

Artículo 46°. – Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente:

1. La naturaleza de la acción;
2. Los medios empleados;
3. La importancia de los deberes infringidos;
4. La extensión del daño o peligro causados;
5. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión;
6. Los móviles y fines;
7. La unidad o pluralidad de los agentes;
8. La edad, educación, situación económica y medio social;
9. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño;
10. La confesión sincera antes de haber sido descubierto; y
11. las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente.

El Juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima".

C. La fundamentación y la determinación de la pena en sentido amplio. Alcances del Art. 45.

1. El origen de la fórmula. Este texto, que no armoniza con el plasmado en el Art. 46, fue confeccionado tomando como punto de partida el Art. 46 del Proyecto de reformas a la Parte general del Código penal de la Nación Argentina, presentado por los Diputados Nacionales Nestor Perí y Oscar L. Fappiano, de la Bancada del Partido Justicialista, donde sí tiene una explicación coherente⁽¹⁹⁾; de allí, al parecer, lo tomaron los redactores del Código de 1.991⁽²⁰⁾.

2. Las situaciones previstas en la disposición. El texto legal enfrenta al intérprete ante dos previsiones distintas: de un lado, emplea los conceptos de fundamentación y de determinación de la pena —noción diversa a la de determinación de la pena "dentro de los límites fijados por la ley", consagrada en el Art. 46—; y del otro, señala tres pautas genéricas para que el funcionario judicial cumpla con dichas tareas: las carencias sociales sufridas por el agente; su cultura y costumbres; y los intereses de la víctima, de su familia, o de quienes dependen de ella. Por ello, parece pertinente ocuparse de cada uno de estos asuntos.

En lo que respecta a la primera de las situaciones anotadas, la norma consigna dos conceptos diferentes. En primer lugar, el de la fundamentación de la pena, esto es, el proceso mediante el cual el juez o fallador indica cuál es el cimiento, razón de ser, o principio, sobre el cual edifica la tasación de la sanción o sanciones a imponer, o sea, los argumentos jurídicos fundamentados en criterios racionales que sustentan su decisión⁽²¹⁾; en otras palabras: la disposición reafirma la exigencia constitucional⁽²²⁾ según la cual se deben cimentar adecuadamente las resoluciones judiciales, de tal manera que al condenado no se le sorprenda con tasaciones de la pena caprichosas que, por lo demás, también contrarían la Ley de Leyes en cuanto consagra como modelo de convivencia comunitaria el propio de un Estado Social y Democrático de Derecho, fundado en la dignidad de la persona humana (Cfr. Arts. 1 y 43 de la Const.). Así las cosas, pues, por perentorias disposiciones de orden constitucional y legal, el juez peruano está obligado a exponer las circunstancias que son decisivas en el proceso de determinación de la pena, sea que se le entienda en un sentido estricto o en uno amplio.

El segundo concepto es el de la determinación de la pena, esto es, aquella tarea comprensiva de todas las cuestiones relativas a la imposición y ejecución de la sanción penal, como las atinentes a los fenómenos de la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio, la conversión de la pena privativa de libertad no mayor de dos años en pena de multa, o la conversión de la pena de multa no pagada en pena privativa de libertad, y, por supuesto, la fijación de plazos para el pago de la multa, etc.; esto es, se parte de una noción amplia de tal figura. No se refiere, pues, el codificador en el Art. 45 a la noción estricta utilizada por el Art. 46, al tenor de la cual se entiende por determinación de la pena la operación mental mediante la cual el Juez, en concreto, una vez examinadas las diversas categorías del hecho punible, fija, precisa, señala cuales son las sanciones imponibles al trasgresor de la ley penal; esto es, la determinación de la pena dentro del marco punitivo, acorde con la culpabilidad por el hecho.

La anterior distinción se impone, pues de lo contrario sería imposible armonizar el texto del Art. 46 —redactado a partir del Art. 41 del C. P. Argentino de 1.921— con el del Art. 45 —que se deriva del Proyecto argentino mencionado más arriba—, y éste último terminaría sobrando o posibilitando una duplicidad de patrones de individualización de la pena, llamada a sembrar el caos y la confusión, sobre todo cuando se piensa en las pautas contenidas en el Título preliminar del Código. Así, por lo demás, lo ha propuesto la propia doctrina⁽²³⁾.

3. Los criterios acogidos. Tres son las pautas para cumplir con las tareas mencionadas, en sentido amplio: en primer lugar, se deben tener en cuenta las carencias sociales del agente, con lo cual se consagra el llamado principio de la co-culpabilidad o corresponsabilidad de la sociedad en la comisión del delito⁽²⁴⁾, recordando similar previsión legal en el Código penal argentino: "especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos" en la que, justamente, la doctrina de aquél país —citada por la peruana— ve tal figura⁽²⁵⁾. Desde luego, la introducción de este apotegma pone de presente el hecho de que uno de los criterios de la cuantificación penal peruana es el grado de injusto, pues, como dice la doctrina gaucha, "en este caso, el mismo injusto es menor y no únicamente la culpabilidad"⁽²⁶⁾.

En segundo lugar, pensando en el agente, deben evaluarse "su cultura y sus costumbres" —que es similar al Art. 41 argentino: "...la educación, las costumbres", con precedentes en el Proyecto de Código Penal de 1.989, en su Art. 50 inc. 2—, con lo cual se alude al grado de culpabilidad que cabe deducirle al autor, en cuanto que su formación cultural y el refinamiento o no de sus costumbres, demuestran un mayor o menor grado de reprochabilidad o de exigibilidad. De esta manera, pues, al mismo tiempo que se reitera la fórmula de la co-culpabilidad ya mencionada, se recuerda el carácter pluricultural de la sociedad peruana, destacado por el texto del Art. 2 núm. 19 de la Constitución: "...el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación"⁽²⁷⁾.

Así mismo, en tercer lugar, se hace referencia a "los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen" (núm. 3), con lo cual se quiere llamar la atención sobre una problemática medular en el Derecho penal contemporáneo: el papel que cumple el afectado con la infracción a la ley penal. Desgraciadamente, la fórmula se ha quedado corta⁽²⁸⁾ y apenas sí se ha hecho referencia a uno de los tópicos relacionados con el asunto: el atinente al daño causado a la víctima, sus familiares y allegados, que es una cuestión posterior al hecho mismo y que, como tal, nada tiene que ver con el injusto y la culpabilidad; desde luego, lo que sí está íntimamente

relacionado con el injusto —por ende, con su graduación—, es lo atinente al papel general del afectado dentro del delito⁽²⁹⁾ temática que, se repite, no ha quedado comprendida en el texto.

Así las cosas, el tópico en examen no representa una pauta independiente para la tasación de la pena, sino un verdadero factor posterior que de todas maneras opera como verdadero correctivo de los dos criterios iniciales.

No obstante lo dicho, parece indiscutible que los dos primeros criterios cuando se refieren a la personalidad del agente —sea para enfatizar en sus carencias sociales, su cultura y sus costumbres—, también tienen en cuenta necesidades preventivo-especiales de cara a la resocialización del reo (prevención especial positiva) que operan en la medición de la pena en un sentido amplio, como ocurre cuando el juez se ocupa de la procedencia o no de la suspensión de la ejecución de la pena, de la reserva del fallo condenatorio, de la exención de pena, de las conversiones de pena, etc. (Cfr. Arts. 41 y ss.; 52 y ss.; 57 y ss.; 62 y ss.), en los cuales se requieren consideraciones que tocan con dicha finalidad de la pena. Así las cosas, cuando se piensa en la determinación de la pena en sentido amplio, deben tenerse en cuenta no sólo los fines retributivos sino los preventivo especiales (positivos).

D. La determinación de la pena en sentido estricto y el Art. 46.

1. El origen de la fórmula. La previsión legal contenida en esta disposición tiene como primer antecedente el Art. 51 del C. P. de 1.924, sobre todo porque a partir de ella se hace la mención de los once criterios de tasación ya transcritos aunque, a diferencia del inciso 1º del Art. 51 —que hacía descansar dicho proceso en "la culpabilidad y el peligro del agente"—, el inciso primero de la actual se refiere a "la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido". Así mismo, la norma examinada tiene un innegable segundo antecedente en el Art. 41 del Código Penal Argentino de 1.921 —en cuya confección tuvieron su influjo los Arts. 90 a 96 del Código Bávaro de 1.813, amén de los proyectos de Código penal suizos, cuya ascendencia sobre el Código peruano de 1.924 es también evidente⁽³⁰⁾—, aunque limándole ciertas expresiones de claro alcance peligrorista.

2. Los criterios acogidos. Si es cierto que "la responsabilidad y gravedad del hecho punible" son las bases de tasación de la pena a las que debe acudir el juez, ello significa que tanto las nociones de injusto como la de culpabilidad —responsabilidad en sentido estricto— suministran las dos pautas genéricas de tasación de la pena: el grado de injusto y el grado de culpabilidad⁽³¹⁾, notas propias de un derecho penal orientado hacia la retribución entendida como límite al ejercicio del ius puniendi del Estado, acorde con los principios del acto, de protección de bienes jurídicos, de culpabilidad, y de proporcionalidad (cfr. Arts. II, IV, VII y VIII del Título Preliminar).

Desde luego, resulta extraño que ni en el Art. I ("Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad") ni en el IX del citado Título ("La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora") —que confunde los fines con las funciones— se haya mencionado el fin retributivo de la pena que, obviamente, se infiere no sólo de las disposiciones acabadas de citar sino del propio Art. 46. De entrada se observa, pues, una incongruencia manifiesta en una materia que no admite dubitaciones, como es la del engranaje filosófico que anima a un determinado plexo normativo⁽³²⁾.

Por supuesto, los dos criterios centrales de la individualización de la pena en sentido estricto aparecen desarrolladas en los once numerales contenidos en la disposición, y se corresponden con las mismas pautas tenidas en cuenta por el legislador al momento de señalar las penas en las normas vertidas en la Parte especial; naturalmente, téngase en cuenta, a diferencia del legislador colombiano del 2.000⁽³³⁾, el codificador peruano no prevé disposiciones de corte genérico destinadas a regular un listado detallado de las circunstancias de atenuación y de agravación⁽³⁴⁾ aunque, como luego se advierte (Infra F y G), sí se enlistan en la Parte general eventos que cumplen dicho cometido.

3. Las once pautas del inc. 1º del Art. 46. Son varios los aspectos que es necesario precisar para un mejor entendimiento del texto. En primer lugar, la norma dispone que la individualización de la pena se debe hacer dentro de los "límites fijados por la ley", porque el Código en comento —como norma general— señala en su Parte especial un marco penal determinado dentro del cual se debe mover el juzgador, constituido por un mínimo y un máximo, que posibilita al juez una relativa potestad de obrar.

Obvio es decirlo, por sustracción de materia, ello no es posible en tratándose de la pena privativa de libertad de carácter perpetuo señalada en el Código —cuya constitucionalidad, de cara a lo establecido en los Arts. 1, 2 y 3 de la Carta, es más que dudosa—, pues se trata de una conminación penal imposible de ser graduada dada su duración indeterminada⁽³⁵⁾, y sólo se explica en cuanto que el legislador acude a criterios preventivo-generales negativos para intimidar o aterrorizar al conglomerado social.

Así mismo, en segundo lugar, el inciso en comento consagra el llamado principio de la inherencia o de la prohibición de la doble valoración⁽³⁶⁾, cuando dispone que los criterios de determinación de la pena en sentido estricto —"el Juez atenderá (sic) la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido"—, sólo se toman en consideración a condición de que no hayan sido previstos por la misma ley penal como elementos constitutivos de la respectiva figura punible, o comporten modificación de la responsabilidad; en otras palabras: aquellos elementos que sean de la esencia de los tipos penales respectivos, o que hayan sido señalados al redactar las figuras punibles en la Parte Especial del Código, o en el derecho penal complementario, no podrán ser empleados de nuevo en esta etapa, porque se violentaría el principio del non bis in idem. Así se infiere, con toda claridad, del aparte respectivo del texto legal: "...en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad".

En tercer lugar, se mencionan en once numerales las situaciones especiales que el Juez debe tener en cuenta para valorar el grado de injusto y el grado de culpabilidad del agente. En efecto, dentro de las pautas del primer orden deben mencionarse las siguientes: la naturaleza de la acción (núm. 1), los medios empleados (núm. 2), y la extensión del daño o peligro causados (núm. 3) —también plasmadas en Art. 41 del Código penal argentino—, aunque hubiera bastado con mencionar la primera para comprender las dos últimas⁽³⁷⁾; de igual forma⁽³⁸⁾, se señala como regla del mismo género la concerniente a "las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión" (núm. 5) —también repitiendo casi textualmente el Art. 41 inciso 1°, núm. 2°, del Código de la Nación Argentina—. Así mismo, se hace referencia a "la unidad o pluralidad de los agentes" (núm. 7), comprendiendo los diversos casos de concurso de personas en el hecho punible (participación criminal en sentido amplio), yendo desde las diversas formas de autoría (autoría directa, autoría mediata, coautoría, previstas en el Art. 23 del Código) hasta las modalidades de participación criminal en sentido estricto (instigación y complicidad, a que hacen referencia los Arts. 24 y 25)⁽³⁹⁾; obviamente, esta última previsión legal es más clara que la contenida en el Art. 41 del Código Argentino cuando habla de "la participación que haya tomado en el hecho" el agente.

También, se regulan "los móviles y fines" (núm. 6) que animan al autor buscando auscultar cuál era el contenido de su voluntad al momento de realizar la trasgresión a la ley penal, esto es, se persigue precisar el grado de injusto que quepa atribuirle (desvalor de acción); naturalmente, como gramaticalmente ambas expresiones son sinónimas, el legislador habría ganado en claridad refiriéndose sólo a los "fines" que hayan motivado al autor a realizar el injusto. Finalmente, también supone una referencia al grado de injusto la fórmula vertida en el núm. 3, cuando expresa que para la individualización de la pena se debe tener en cuenta "la importancia de los deberes infringidos", pues se pretende precisar la mayor o menor afectación de los bienes jurídicos (desvalor de resultado) que, de contera, conllevan una trasgresión especial de ciertos valores ético-sociales (desvalor de acción), en la medida en que los "deberes" sólo tienen repercusión penal en tanto se traduzcan en una amenaza o lesión para el bien jurídico tutelado, como lo exige de manera perentoria el Artículo IV del Título Preliminar.

Igualmente, en segundo lugar, aparecen clarísimas referencias al grado de culpabilidad en los siguientes eventos del Art. 46: "la edad, educación, situación económica y medio social" (núm. 8) que, por lo demás, es repetición parcial del segundo criterio contenido en el Art. 45 ("la cultura y sus costumbres"); por supuesto, estos tópicos al aludir a la personalidad del autor son indicativos de su capacidad de autogobernarse, de donde cabe inferir un mayor o menor grado de exigibilidad a la hora de formular el juicio de culpabilidad⁽⁴⁰⁾. También, sucede lo mismo con la primera parte de la redacción consignada en el núm. 11 cuando habla de "las condiciones personales" del agente, haciendo una mención clara de la personalidad del autor, aunque también se concibe este texto desde la perspectiva del grado de injusto⁽⁴¹⁾; ello, desde luego, implica tener en cuenta el grado de culpabilidad a la hora de tasar la pena imponible al trasgresor de la ley penal, dependiendo de la mayor o menor exigibilidad que le quepa por la realización del injusto. Cosa distinta sucede con la confusa e ininteligible segunda parte, en cuanto se refiere a las "circunstancias que lleven al conocimiento del

agente", que no tiene ningún contenido definido y resulta convertida en un verdadero galimatías no susceptible de ser aplicada.

Ahora bien, en tercer lugar, aparecen los textos plasmados en los núms. 9 y 10, esto es, "la reparación espontánea que hubiere hecho del daño", y "la confesión sincera antes de haber sido descubierto", que no suponen referencias expresas a ninguna de las dos pautas genéricas de determinación de la pena en sentido estricto, dado que se trata de situaciones posteriores a la realización del hecho como sucede con la situación contenida en el núm. 2 del Art. 45, pero que de todas maneras —de forma indirecta— posibilitan valorar el injusto y la culpabilidad con posterioridad al hecho.

4. El conocimiento del agente por parte del juez. Así mismo, la parte final del Art. 46 —que también es reproducción del artículo 41 del Código argentino—: "El Juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima" menciona, esta vez de manera más amplia que en el Art. 45 —con un innegable trasfondo procesal—, a la víctima, con lo cual se reconoce que ella juega un papel decisivo al momento de fijar la pena como elemento neurálgico para la graduación del ilícito⁽⁴²⁾.

Sin embargo, lo anterior no significa que se trate de un nuevo criterio de tasación de la pena porque el estudio de los sujetos activo y pasivo —y dentro de él a la víctima—, es una problemática ligada con el injusto. Por supuesto, esta consagración legal persigue un doble cometido: de un lado, garantiza la inmediatez entre el juez o fallador y el reo; y, del otro, asegura que la determinación de la pena sea fruto de la actividad del órgano de la rama jurisdiccional⁽⁴³⁾, que debe tomar conocimiento directo del agente.

5. ¿Un tercer criterio de determinación de la pena en sentido estricto?. El planteamiento hasta ahora esbozado no es, sin embargo, aceptado totalmente por algunos comentaristas, para quienes —al parecer dando un alcance distinto al estatuto—, existiría un tercer criterio de tasación que operaría a manera de correctivo: la necesidad de pena, que se traduce en la utilización de criterios preventivos a la hora de individualizar la sanción. En efecto, se afirma que "la pena deja de ser necesaria para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales", y que "se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social"⁽⁴⁴⁾.

Por supuesto, esta referencia no legal a "la necesidad de la pena" no deja de ser contraproducente y equívoca —como lo es en textos que la consignan expresamente, como el Art. 61 inc. 3 del C. P. colombiano de 2.000—, pues se trata de una fórmula hueca susceptible de ser rellena con contenidos diversos e imprecisos, que tornan la individualización no en una tarea judicial llamada a brindar seguridad jurídica, sino en una actividad de adivinación que posibilita afianzar las cacerías de brujas en nuestros países. Con semejante punto de partida, pues, de espaldas al derecho positivo, se puede plantear que en la individualización de la pena en sentido estricto tienen cabida los fines preventivos especiales⁽⁴⁵⁾ o generales⁽⁴⁶⁾, o ambos al mismo tiempo⁽⁴⁷⁾, al estilo de lo que sostiene —aunque con diversas variantes— gran parte de los estudiosos alemanes del § 46 del C. P. vigente⁽⁴⁸⁾.

Una conclusión distinta se impone, pues, cuando se parte del contenido de los Arts. IV, VII y VIII del Título Preliminar, que consagran de manera vehemente, respectivamente, los principios de protección de bienes jurídicos —**"la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley"**, de culpabilidad —**"la pena requiere de la responsabilidad penal del autor"**— y de proporcionalidad —**"La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho"**—; esos axiomas, no se olvide, son de rango constitucional dado que emergen del modelo de Estado diseñado por el Art. 1 de la Carta: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

Así las cosas, un Derecho penal como el peruano sólo puede tomar en cuenta la prevención general —desde luego, al lado de la culpabilidad retributiva— a la hora de la amenaza penal, esto es, cuando el legislador redacta las escalas punitivas, no en esta sede —en la cual, se repite, sólo operan el grado de injusto y el grado de culpabilidad como criterios de individualización de la misma—, porque ello podría comportar la vulneración del principio de la prohibición de la doble valoración⁽⁴⁹⁾; y, en lo

que a la prevención especial respecta, ello sólo puede suceder en el momento de la ejecución de la pena y, por supuesto, cuando se alude a la determinación de la pena en sentido amplio⁽⁵⁰⁾ aunque, como ya se dijo, al estudiar el artículo 45, sin descontar los fines retributivos.

6. Conclusión. De la exposición del Artículo 46 cabe concluir lo siguiente: aluden al grado de injusto los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 46; al grado de culpabilidad los numerales 8 y 11 en su primera parte. Igualmente, no tienen naturaleza jurídica autónoma, al punto de erigirse en criterios de la tasación de la pena independientes, los núms. 9 y 10⁽⁵¹⁾ que —de todas maneras— son un indicativo de la gravedad del hecho (injusto) y de la culpabilidad del autor; serían, pues —para recordar una construcción propia de la doctrina y la jurisprudencia germanas—, una especie de indicio⁽⁵²⁾, dado que se trata de factores a partir de los cuales se pueden extraer consecuencias sobre el injusto y la culpabilidad. Y, por supuesto, no es posible pensar en los fines preventivos como pautas para determinar la pena en sentido estricto.

E. Los criterios de determinación de la pena de multa: el Art. 41. Pese a que las disposiciones hasta ahora examinadas, parecieran contener las pautas genéricas de tasación de la pena —tanto en sentido estricto como amplio— en el Derecho penal peruano, como lo demuestra el hecho de que aparezcan insertas en el Capítulo II del Título III, dedicado a "la aplicación de la pena", la verdad es que en tratándose de la pena de multa se prevén unos criterios específicos que deben ser mencionados en esta sede. En efecto, el inciso 2° del Art. 41 señala que la multa "se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza". Obviamente, la pregunta que fluye es la siguiente: ¿estas reglas de "determinación" como los llama la propia Ley, operan de manera independiente, con prescindencia de los señalados en los Arts. 45 y 46, o han sido establecidos como pautas adicionales a éstas?

La respuesta a este interrogante parece clara: como los mandamientos señalados en el Art. 45 se refieren a la determinación de la pena en sentido amplio, ellos no operan a efectos de tasar la pena pecuniaria en concreto, salvo que se trate de otros aspectos como, por ejemplo, la fijación de un plazo para su pago (Cfr. Art. 44). Así mismo, dado que los cánones acogidos por el Art. 46 se refieren a la determinación de la pena en sentido estricto, comprendiendo todas las sanciones previstas en el título III —privativas de libertad, restrictivas de libertad, limitativas de derechos y, por ende, la pena de multa—, es indudable que sí se aplican a título de pautas genéricas por parte del Juez, máxime que éste debe partir de las mismas reglas de determinación tenidas en cuenta por el legislador al redactar las normas penales, trátase de la gravedad del injusto o de la culpabilidad.

F. Una agravante genérica: el Art. 46A. Esta disposición, introducida por la Ley 26.758 de catorce de marzo de 1.997, al tenor de la cual se incrementa la pena impuesta hasta en un tercio del máximo legal previsto —sin exceder el monto de la pena privativa de libertad señalada en el Art. 29, esto es, treinta y cinco años— cuando el sujeto activo detenta determinadas calidades propias de los servidores públicos (miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público), y realiza el hecho punible utilizando "armas proporcionadas por el estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público", hace una referencia inequívoca al injusto cometido⁽⁵³⁾. Sin duda, se trata de un incremento punitivo que mira con las especiales calidades del sujeto activo de la conducta típica y antijurídica, a quien se ha investido de especiales deberes de lealtad para con la organización social, lo cual implica un mayor desvalor de acción lo cual se traduce, al mismo tiempo, en un más elevado desvalor de resultado.

Por supuesto, no se necesitan mayores elaboraciones teóricas para darse cuenta de que la disposición descansa en los mismos fundamentos inspiradores del Art. 46 inciso 3° que, como ya se dijo, introduce "la importancia de los deberes infringidos" como pauta de individualización de la pena.

Así mismo, obsérvese, el hecho de que la norma en comento manifieste que la situación en ella contemplada "constituye circunstancia agravante de la responsabilidad", no significa que el legislador haya optado por la noción de "responsabilidad" —tal como la entiende el Art. 46 al aludir a las pautas genéricas de determinación de la pena en sentido estricto— y no "por la gravedad del hecho punible cometido".

Igualmente, téngase en cuenta, la parte final de la disposición contiene una muy importante y necesaria referencia al principio de la inherencia o de la prohibición de doble valoración —ya

contemplado también en el inciso 1° del Art. 46—, al señalar que "no será aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando ésta sea elemento constitutivo del hecho punible"; ello es producto, no se olvide, de la vigencia de los axiomas del acto, de protección de bienes jurídicos y de culpabilidad, entre otros. Por lo demás, este postulado se convierte en una importante directriz hermenéutica que ayuda, de mejor manera, a comprender el alcance de las reglas de tasación de la pena establecidas en la Ley penal⁽⁵⁴⁾

En fin, se debe advertir que tal como está concebida esta "circunstancia agravante", también calificable de genérica, ella sólo opera en tratándose de penas privativas de libertad temporal, como con toda claridad se desprende del inciso segundo del artículo —"el juez podrá aumentar la pena en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, **no pudiendo ésta exceder del máximo de pena privativa de libertad temporal establecida en el artículo 29 de este código**"— quedando excluidas, por sustracción de materia, la cadena perpetua (Cfr. Art. 29), las penas pecuniarias de multa (Cfr. Arts. 41 y ss.), las restrictivas de libertad (Art. 30), y las limitativas de derechos (Arts. 31 y ss.).

G. Las pautas de individualización en otras disposiciones. Naturalmente, también de múltiples previsiones legales se desprende que el mismo legislador emplea los dos criterios de determinación de la pena en sentido estricto, ya estudiados en el Art. 46, a título de directrices para los jueces o falladores. En efecto, en la Parte general aparecen consignados los siguientes casos de menor graduación de la pena: el Art. 14 prevé, respectivamente, en los errores vencibles de tipo (menor injusto) y de prohibición (menor culpabilidad), la punición a título de culpa y con una pena atenuada; el Art. 15 regula el error de comprensión culturalmente y establece, por tratarse de un menor grado de culpabilidad, la atenuación de la sanción en casos de evitabilidad. Así mismo, el Art. 16 señala la disminución prudencial del castigo en la tentativa (menor injusto); el Art. 21 consigna una pena atenuada —hasta límites inferiores al mínimo legal— para aquellos eventos en los cuales, por no darse alguna de las exigencias contempladas en las causales de exención de responsabilidad del Art. 20, se presentare un grado de responsabilidad restringido (menor culpabilidad). Igualmente, también el Art. 22 anuncia una situación similar a ésta última, por razones de edad (más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años); finalmente, también se atenúa la sanción en el Art. 24 inciso 2° en materia de complicidad secundaria (menor injusto).

Así mismo, existen casos como los del Art. 68 en los cuales se señala la exención de pena en tratándose de delitos sancionados con pena privativa de libertad de menos de dos años, pena limitativa de derechos, o multa, lo cual supone un menor grado de injusto.

De igual forma, fuera de la hipótesis del Art. 46 A acabada de estudiar, existen otros casos de incremento punitivo: con base en el mayor grado de injusto se aumenta en un tercio la máxima sanción prevista para el hecho punible más grave, cuando se tratare del delito masa (Art. 49 inciso 2°); y se castigan —como injusto más grave— con la pena establecida para el delito mayor entidad, los eventos de concurso ideal de delitos (Art. 48), delito continuado (Art. 49), y concurso real o material (Art. 50).

Por supuesto, también en la Parte especial (Libros Segundo y Tercero) y en el derecho penal complementario se aprecian diversas hipótesis en las cuales el codificador indica incrementos o disminuciones punitivas, fundadas en los dos criterios de determinación de la pena en sentido estricto ya examinados, que sería largo enumerar en esta sede.

H. Las pautas de tasación de las medidas de seguridad (Arts. 73 y 75). Así parezca paradójico, las reglas de determinación de la pena en sentido estricto estudiadas también imperan, de manera parcial, en el ámbito de las medidas de seguridad —las otras consecuencias jurídicas del hecho punible, de naturaleza penal, diseñadas por el legislador peruano de 1991⁽⁵⁵⁾—, como se desprende de las previsiones del Título IV de la Parte general del Código. En efecto, se consagran como tales la internación y el tratamiento ambulatorio, las cuales se aplican a partir del principio de proporcionalidad —rótulo que la dogmática alemana ideó para llamar a la peligrosidad criminal—: "Las medidas de seguridad deben ser proporcionales con la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado" (Cfr. Art. 73). Así las cosas, son dos los patrones vigentes en esta materia: la gravedad del hecho cometido y la peligrosidad, la primera de las cuales también impera en el ámbito de las penas.

No obstante, cuando el Art. 75 afirma que "la duración de la medida de internación no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiere correspondido aplicarse por el delito cometido", remite a las pautas de determinación de la pena en sentido estricto que, por esta vía, terminan desempeñando un papel fundamental para la individualización de esta medida de seguridad, no así para el tratamiento ambulatorio que no tiene duración alguna prevista en la ley.

IV. Principios básicos

Acorde con la exposición anterior, se puede constatar que la determinación de las penas —lo que también es válido para las medidas de seguridad, con las observaciones ya plasmadas— en el derecho penal peruano, como cualquiera otra tarea propia del Derecho penal liberal, está gobernada por diversos postulados que emergen tanto de los estatutos penales como de la Constitución (Cfr. Arts. 1 a 3; 139, entre otros) —las llamadas fundamentaciones constitucional y legal de la pena, a las que se debe someter la tarea judicial⁽⁵⁶⁾— la cual, como norma de normas, es de aplicación prioritaria y gobierna todo el entramado legislativo, tal como se infiere del contenido preciso del Art. 138: "La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes./En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior". El siguiente examen de la legislación abordada lo corrobora.

A. El principio de humanidad. Acorde con el más importante de los límites al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, al penado se le debe preservar no sólo su autonomía ética sino su indemnidad personal, cuando se cumple con la tarea de determinar la pena imponible; por ello, a ninguna persona se le puede someter a penas o medidas de seguridad perpetuas, imprescriptibles, crueles, inhumanas, o degradantes. Así se desprende, de los Arts. 1 y 2 núm. 24 h de la Constitución, cuyos textos rezan de la siguiente manera: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado", y "Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes"; I del C. P.; y III del Código de ejecución penal de 1.991; 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

No obstante, algún sector doctrinario al aludir al tema distingue tres axiomas distintos. En efecto, en primer lugar, se habla del principio de humanidad, para designar un postulado vigente en el ámbito de la ejecución penal según el cual al condenado se le deben respetar unas condiciones mínimas de reclusión, que no le desconozcan su dignidad de persona; en segundo lugar, se alude al principio de respeto de la dignidad humana (que se hace derivar del Art. 1 de la Const.), pues la persona siendo un valor en sí mismo y portadora de una autonomía propia de su condición de ser racional y libre, no debe, en consecuencia, ser un instrumento del Estado o de la sociedad al prever, imponer o ejecutar penas⁽⁵⁷⁾. Y, además, en tercer lugar, se hace referencia al principio de la prohibición de someter al individuo a actos violentos, torturas o a tratos inhumanos o humillantes, que se hace emerger del Art. 2, núm. 24 h, de la Constitución⁽⁵⁸⁾.

B. El principio de legalidad. Según este apotegma, la intervención punitiva del Estado al determinar y ejecutar las consecuencias jurídicas del hecho punible (penas y medidas de seguridad) debe regirse por el imperio de la ley, expresión de la voluntad general, según las directrices de la filosofía liberal que lo animan; igualmente, este postulado implica —por eso se le conoce también como principio de reserva—, que sólo la ley expedida por el órgano legislativo está autorizada para regular la materia de las penas y las medidas de seguridad, pues el poder legislativo es el único legitimado para restringir los más elementales derechos humanos. Así mismo, se conoce como de intervención legalizada, pues toca de lleno con la injerencia del Estado en el ámbito punitivo, la cual limita y controla con miras a garantizar la seguridad jurídica y lograr los cometidos del derecho penal mismo.

Del axioma emergen garantías substantivas, procesales, y de ejecución penal que también cobijan a las consecuencias jurídicas del hecho punible. Las del primer orden implican que no hay pena o medida de seguridad sin ley escrita (está prohibido el derecho consuetudinario), estricta (está prohibida la analogía, salvo favorabilidad), cierta (deben estar consagradas de manera clara, precisa, y determinada en la ley, para que no haya dudas en torno a su contenido y alcance), y previa (han de ser creadas por una ley anterior al hecho, aunque en casos de favorabilidad se puede acudir a una

posterior). De aquí emergen diversos postulados que también tienen profunda incidencia en la tasación de la pena.

Así mismo, las garantías de orden procesal comportan que toda consecuencia jurídico penal tiene que ser impuesta en virtud de un proceso legal, rituado por los órganos y los jueces instituidos por la ley para esa función. Como es obvio, se alude a los principios del debido proceso legal — comprensivo, a su turno, de todos los postulados inspiradores del derecho procesal penal— o legalidad del proceso.

Finalmente, en el campo de la ejecución penal, la regla en estudio le garantiza a todos los ciudadanos condenados que no puede haber pena ni medida de seguridad sin adecuado tratamiento penitenciario y asistencial, sin tratamiento humanitario, sin resocialización dando origen a otros tantos axiomas.

El postulado acabado de mencionar emerge de los Arts. 2 núms. 24 a y 24 d de la Const. —que recogen los Arts. 5 y 11 núm. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos—, según los cuales es imposible sancionar a un ciudadano con penas no previstas en la Ley: "Toda persona tiene derecho:...24. A la libertad y a la seguridad personales: en consecuencia: a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe... d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley". Lo mismo acontece con los Arts. II y VI del C. P.

C. El principio del acto. Según el axioma del hecho o de la objetividad material, el suceso acriminable no está constituido por un acto interno de la psique sino por un acontecimiento en el mundo de la naturaleza, referido a un actuar del hombre; el comportamiento punible, gracias a esta conquista de la especie humana, se traduce en una exterioridad, lo cual permite al derecho represivo castigar a los hombres sólo por lo verdaderamente realizado y no por lo pensado, deseado o propuesto.

Por ello, justamente, el fenómeno criminal no puede caracterizarse a partir del modo de ser de la persona, sus hábitos, temperamento, pensamiento o afectividad; esto es, se castiga por lo que se hace y no por lo que se es. Es tan importante el principio del acto que un derecho penal inspirado en él solo impone pena a quien ha realizado un injusto culpablemente, pues el juicio de exigibilidad dirigido sobre el infractor se basa en el hecho cometido; se conforma, así, la dupla derecho penal de acto-culpabilidad por el acto.

Así mismo, para el derecho penal de acto uno de los criterios básicos de individualización de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que al agente se le impone mayor o menor sanción atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, enlazando así con el apotegma de culpabilidad que suministra uno de los pilares fundamentales para la tarea de cuantificación penal; y, por supuesto, engarzando con el postulado de protección de bienes jurídicos a partir del cual —como luego se dirá— se erige el grado de injusto como criterio de la tasación de la pena (Cfr. *Infra D*).

De igual manera, este axioma implica la imposibilidad de agravar la sanción a quien ha reiterado la comisión de hechos criminosos (reincidencia), y a los autores habituales o de comisión profesional, pues la pena atiende al hecho cometido y no a la calidad personal del sujeto activo del mismo.

El axioma del acto también es de consagración constitucional y legal (Cfr. Arts. 2 núm. 24 d de la Const.; II y VIII del C. P.) y, por supuesto, emerge del Art. 46 del Código Penal.

D. El principio de taxatividad. De la mano del axioma de legalidad, como ya se dijo, aparece este apotegma también conocido como de certeza, o de determinación, en virtud del cual no hay pena o medida de seguridad sin ley cierta. Como producto de ello, las consecuencias jurídicas deben aparecer consignadas en la ley de manera clara y precisa estableciéndose su clase, grado y duración, poniendo al alcance del juzgador marcos de tasación punitiva precisos que le permitan moverse con

toda certeza, sin atentar contra la seguridad jurídica. Esta exigencia es aún mayor en materia de medidas de seguridad, normalmente alejadas de los postulados inspiradores del Estado de derecho.

Como es obvio, la indeterminación en esta materia puede surgir por ausencia del límite temporal, cuando no se señala la duración de la consecuencia —piénsese en la cadena perpetua prevista en la legislación peruana—; si no se indica el monto de la sanción, esto es, cuando el legislador no indica un límite preciso. Así mismo, si no se prevé la clase de consecuencia jurídica imponible, o ésta no existe; incluso, puede acaecer que su determinación se deje librada al capricho del juzgador.

También, este axioma está ampliamente previsto en el ordenamiento peruano (Cfr. Arts. 2 núm. 24 d de la const.; II del C. P.), pese a que el mismo legislador lo ha quebrantado como se acaba de mostrar.

E. El principio de protección de bienes jurídicos. Otro postulado fundamental es el de ofensividad, del bien jurídico, de lesividad, o de la objetividad jurídica del delito, gracias al cual no hay delito sin daño, lo cual significa que no existe hecho punible sin amenaza real o potencial para el bien jurídico tutelado. Esta concepción surge como antagónica a la teoría tradicional, que consideraba la infracción como un ataque contra los derechos subjetivos de la persona, acorde con los dictados de la teoría del contrato social, y se trata de otro límite o barrera de contención al poder punitivo del Estado, a fin de evitar la imposición de sanciones penales que no tengan como fundamento la protección de un bien jurídico. Por ello, justamente, se utiliza en codificaciones penales como la peruana el grado de injusto como criterio de tasación de la pena, pues para el legislador no es lo mismo cometer una conducta típica y antijurídica de hurtar una mercancía en un almacén de cadena que una de asesinar a un grupo de niños con un coche-bomba.

Este apotegma se deriva también de los Arts. 2 núm. 24 b y d de la Const.; y IV y 46 del C. P.

F. El principio de culpabilidad. Otra directiva básica en esta materia es la de la responsabilidad subjetiva, según la cual no hay pena sin culpabilidad, pues la sanción criminal solo debe fundarse en la seguridad de que el hecho puede serle "reprochado" o "exigido" al agente⁽⁵⁹⁾, e implica dos cosas distintas: en primer lugar, no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad, de donde se deriva la exclusión de la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el mero resultado; y, en segundo lugar, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad y su imposición se hace atendiendo al grado de culpabilidad⁽⁶⁰⁾.

Como producto de ello, la sanción debe ser individual o estrictamente personal y sólo puede alcanzar a quien ha transgredido la ley en su calidad de autor o partícipe, mas no a terceros, así se encuentren ligados con el sujeto activo del comportamiento punible por vínculos de amistad, credo político o religioso, sangre, afectos, etc. Naturalmente, se transgrede este axioma si se agrava o fundamenta la pena por el mero resultado, esto es, cuando se castiga al sujeto por lo que ocurre y no por lo que hace; o si se da vía libre al versari in re illicita haciendo responder al autor de todas las consecuencias de su acto —aun las no queridas— siempre y cuando provengan de un obrar ilícito. Así mismo, cuando se condena a penas a un inimputable, o no se le reconoce al agente una causal de inculpabilidad; si se asigna mayor pena a reincidentes, delincuentes de comisión profesional o habitual, más allá del grado de culpabilidad respectivo. Esto sin olvidar, claro está, eventos en los cuales se deduce responsabilidad penal al agente por el hecho de otro.

Y, para terminar, en la que constituye la consecuencia más importante de cara al tema examinado, se vulnera este axioma cuando no se tiene en cuenta el grado de culpabilidad como criterio de determinación o tasación de la pena, en virtud del cual la culpabilidad sirve como punto de referencia para su medida⁽⁶¹⁾.

Este apotegma tiene amplia consagración en los Arts. 2 núm. 24 d y 139 Inc. 1 tercer párrafo de la Const.; y VII, 12 y 46 del C. P.

G. El principio de igualdad ante la ley penal. En virtud de éste postulado todos los ciudadanos deben ser tratados respetándoseles las mismas oportunidades y derechos, sin que las normas jurídicas puedan introducir discriminación alguna a la hora de la imposición y la ejecución de las consecuencias jurídicas dependiendo, claro está, de la entidad del hecho cometido. Dicho axioma tiene asidero constitucional y legal en el ordenamiento peruano, como se desprende de los Arts. 2 núm. 2: "Toda persona tiene derecho: ... 2. A la igualdad ante la ley, nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole" de la Const.; 1 y 10 del C. P.

H. El principio de la teleología de las sanciones penales. Según esta directriz cuando el Estado, representado en la persona del juez, impone al transgresor de la ley una sanción criminal (pena o medida de seguridad) lo hace con un objetivo, animado por una finalidad⁽⁶²⁾ vinculada con el programa político criminal que la organización estatal se propone llevar a la realidad. Es de tal trascendencia esta exigencia, que, de un lado, si la imposición de las consecuencias juridicopenales se librara al capricho de cada juzgador, las garantías ciudadanas peligrarían y la seguridad jurídica se vería notablemente menoscabada.

Pero, de otro lado, el Estado no puede contentarse con la mera tarea de perseguir los hechos punibles, sino que está compelido a velar por la realización de la justicia material tanto a través de una adecuada ejecución penal como de la imposición y ejecución de sanciones equitativas que se adecuen al hecho cometido. Lo que debe perseguir un Estado de derecho no es la causación de un mal al infractor, sino su readaptación, su resocialización, su reeducación —cuando ella sea posible y no se afecten sus derechos humanos fundamentales—, de tal manera que pueda llevar en el futuro una vida sin cometer delitos y reincorporarse al seno de la sociedad; se trata, pues, no solo de prevenir la comisión de nuevos hechos criminales, sino también de proteger a la sociedad de las conductas que infringen el orden jurídico buscando su desquiciamiento.

Este apotegma emerge de los Arts. 1, 2 núms. 2 a 24, 3, 139 núms. 21 y 22⁽⁶³⁾, 162 primer párrafo de la Constitución; I y IX del C. P.; II y III del Código de ejecución penal.

I. El principio de proporcionalidad. También, dentro de las directrices para la imposición de las consecuencias jurídicas derivadas del hecho punible (básicamente la pena) no podía faltar esta pauta, dado que la sanción penal debe corresponderse con la gravedad y entidad del hecho cometido, de tal manera que las sanciones graves se destinen para los hechos punibles más atroces y las más leves para los de menor entidad; justamente, una de las conquistas del moderno derecho penal, desde la época de C. Beccaria⁽⁶⁴⁾, es el rechazo a la imposición de sanciones iguales a infracciones a la ley penal de diversa gravedad. En otras palabras: la proporcionalidad tiene que ser tanto de índole cualitativa —pues a infracciones de diversa naturaleza se les debe castigar con penas diferentes— como cuantitativa —en tanto que a cada hecho punible le debe corresponder una sanción que se compadezca con su importancia—. Desde luego, contra este rasgo de la pena se alzan los castigos draconianos y ejemplarizantes que se imponen con la pretensión de reprimir ciertas formas de delincuencia, olvidando que el canon de proporcionalidad representa un límite lógico al poder punitivo en el Estado de derecho, derivado del concepto retributivo de pena.

El apotegma ha sido entendido, sin embargo, de manera distinta por la doctrina peruana: en primer lugar, se afirma que supone la idoneidad de la sanción para alcanzar el fin perseguido, pues de conformidad con las múltiples funciones asignadas a la pena, ésta ha de ser cualitativa y cuantitativamente adecuada para prevenir la comisión de delitos, proteger a la sociedad y resocializar al delincuente. En segundo lugar, se dice que la proporcionalidad se mide en función de su necesidad que se concreta, principalmente, en las penas privativas de libertad que deben constituir la última ratio de la política criminal. Y finalmente, en tercer lugar, que en sentido estricto limita el uso o la intensidad de una sanción de acuerdo a la gravedad del hecho reprimible cometido y/o de los riesgos objetivos o subjetivos de comisión de una infracción futura⁽⁶⁵⁾.

El axioma está previsto en los Arts. 2 núm. 24 b y d; 43 ("la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana"), y 45 inc. 1° ("el poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen"); y VIII del C. P.

J. El principio de irrevocabilidad. Igualmente, la pena una vez impuesta debe cumplirse estrictamente sin que —en principio— sea susceptible de revocación o suspensión; desde luego, esto no significa que en algunas hipótesis previamente señaladas por el legislador no pueda suspenderse o revocarse, atendiendo a diversas situaciones: piénsese en lo que sucede —por ejemplo— cuando se concede un subrogado penal (suspensión de la ejecución de la pena); la amnistía o el indulto; la prescripción de la pena impuesta; la sentencia de revisión; la pérdida del carácter delictivo de un hecho por presentarse un tránsito de legislaciones. En fin, en los eventos de aplazamiento de su ejecución por parto o enfermedad del procesado (a) o de un pariente, o de rebaja de penas.

Dos desarrollos legales de este postulado —que dimana de la cosa juzgada— son, por supuesto, los contenidos en los Arts. 51 y 90 del C. P.

K. El principio de publicidad También, las consecuencias jurídicas impuestas deben ser conocidas por todos los ciudadanos, han de ser de carácter público, de tal manera que la opinión se entere del comportamiento de sus jueces; no en vano una de las funciones que se le ha asignado a la pena en sentido estricto es la prevención general (Cfr. Art. I del C. P.) lo cual no significa, por supuesto, que el codificador o el juez estén autorizados a utilizarla para escarmentar al reo o a la comunidad jurídica, cayendo en el terrorismo punitivo.

V. Conclusiones

Después de examinar las reglas de determinación de la pena vigentes en el derecho penal peruano, se pueden consignar las siguientes reflexiones.

Primera. Pese a los esfuerzos del legislador por dotar de racionalidad esta materia, suministrado pautas como las ya expuestas, son evidentes las dificultades para llevar a la vida práctica estas exigencias que más bien —como en otras latitudes— dejan librada la cuantificación penal a consideraciones puramente intuitivas e irracionales⁽⁶⁶⁾. Por supuesto, y este Seminario es una invitación a ello, de lo que se trata es de cambiar esa mentalidad y de asumir esta tarea con criterios racionales, velando por el fortalecimiento de la seguridad jurídica, verdadero norte y guía de un Estado de derecho social y democrático.

Segunda. Por supuesto, los inocultables abismos entre lo que la Ley penal señala y la realidad, no pueden generar en el estudioso la convicción de que una tarea racional como ésta —que en todo caso debe estar ceñida a los principios propios del ideario demoliberal—, pueda ser reemplazada por pautas mensurables sin discusión alguna como las brindadas por las ciencias exactas. No es, pues, posible reemplazar al hombre por una máquina computarizada, como en un magistral relato de PAPINI⁽⁶⁷⁾, porque ello llevaría al desastre y a la cosificación de la persona humana, perdiéndole todo respeto a su dignidad, ahogándonos en las náuseas del despotismo y la arbitrariedad.

Tercera. Así mismo, la existencia de vacíos e incongruencias —sobre todo en materia de los principios cardinales del Derecho penal, como sucede con la legislación peruana— en la Ley, tampoco puede servir de pretexto para que, en lugar de una pena democrática, se entronice el terrorismo punitivo como a veces se pretende. Por el contrario, se trata de realizar una verdadera tarea hermenéutica que —a partir de disciplinas como la lógica formal y material, las modernas construcciones del lenguaje, y de los principios constitucionales del Estado democrático— permita dotar de profundo humanismo la tarea de cuantificación penal.

Cuarta. Naturalmente, no debe olvidarse que para poder cumplir de mejor manera la tarea de medición penal es indispensable que el funcionario judicial haya llevado a cabo, previamente, una adecuada calificación de la conducta o conductas objeto de valoración, emitiendo con rigor y coherencia, los juicios de conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, como lo exigen las construcciones dogmáticas del delito. Pero, más allá de esas elaboraciones, se trata también de impulsar una verdadera dogmática de la tasación de la pena, cuyos principios posibiliten valorar de mejor manera el injusto y la culpabilidad del agente e imponer, de conformidad con ellos, la pena correspondiente en el caso concreto.

Quinta. En esta tarea judicial, como en todas, se requiere de la más absoluta desprevención, ecuanimidad y sobriedad en los juicios, para no caer en cuantificaciones penales abusivas o inhumanas, ridículas o insignificantes. La democracia real exige que los jueces, dotados de un inmenso poder, limiten los derechos fundamentales de la persona humana sólo en cuanto ello sea necesario y, por supuesto, dentro de los cánones propios del ideario liberal que la Constitución y la Ley peruanas han señalado. Desde luego, esto no significa que el fallador se tenga que limitar a ser "la boca que pronuncia las palabras de la Ley" en este ámbito, como dijera MONTESQUIEU, pues es evidente que él no sólo aplica el Derecho sino que también lo crea⁽⁶⁸⁾. Ese margen de creación, justamente, es el que debe estar sometido a severos controles para que deambule dentro de criterios de racionalidad y ponderación⁽⁶⁹⁾.

Sexta. Si algo debe quedar claro después de la exposición anterior es que, pese a la juventud del texto legal peruano, no así la de alguna de las fórmulas adoptadas en esta materia, urge debatir con profundidad todo el sistema de determinación de las penas con miras a tornarla, de un lado, en un instrumento más eficaz en la lucha contra la criminalidad; y, del otro, sin que esto excluya lo primero, en un mecanismo respetuoso de los derechos fundamentales de la persona humana.

Séptima. Ese replanteamiento es todavía más urgente si se tiene en cuenta que, a diferencia de los sistemas de penas de los países europeos, cuyos textos legales hacen hincapié en los fines preventivos en este ámbito, en nuestras naciones —y, por supuesto, en el Perú— los modelos penales siguen aferrados a las penas privativas de libertad de larga duración, haciendo muy pocas concesiones a nuevas especies de sanción e incluso a substitutivos penales, con lo cual son mayores los riesgos que se corren de cara a la preservación de la seguridad jurídica. Lo anterior, es producto de que en Latinoamérica es una constante el endurecimiento de penas como única herramienta de lucha contra la criminalidad⁽⁷⁰⁾.

Octava. El estudioso y el administrador de justicia peruanos, pues, deben ser muy cuidadosos a la hora de interpretar los textos legales en materia de determinación de la pena —sobre todo a raíz de la encrucijada interpretativa generada por la dualidad de reglas en los textos de los Arts. 45 y 46, como ya se mostró a lo largo de este trabajo—, para no caer en el equívoco de creer que ellos se corresponden con la doctrina hispano-germana en este ámbito, sobre todo porque se trata de codificaciones y de sociedades bien distintas en las cuales la pena privativa de libertad tiene también alcances muy diferentes.

VI. Bibliografía consultada

Achenbach, Hans: Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, Berlin, J. Schweitzer Verlag, 1.974.

Alibrandi, Luigi: Il Codice Penale Commentato per articolo con la giurisprudenza, Piacenza, Casa Editrice la Tribuna, segunda edición, 1.993.

Beccaria, Cesare: De los delitos y de las penas, traducción, introducción y notas de Francisco Tomás y Valiente, Madrid, Aguilar, 1.979.

Borja Jiménez, Emiliano: "el principio de inherencia del artículo 59 del Código Penal" en Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, tomo CLV, Madrid, Ministerio de Justicia/Centro de publicaciones, 1.991, págs. 165 y ss.

Bramont Arias, Luis/Bramont-Arias Torres, Luis Alberto/García Cantizano, Maria del Carmen: Código Penal anotado. Lima, Editorial San Marcos, 2ª ed., 1.998.

Bruns, Hans Jürgen: Das Recht der Strafzumessung, Köln/Berlin/Bonn/München, Carl Heymananns Verlag, 2ª ed., 1.985.

Cobo del Rosal, Manuel/Tomas Santiago Vives Antón: Derecho penal. Parte general, Valencia, Tiranto lo Blanch, 5ª ed., 1.999.

Código Penal. Sumillado, concordado, notas, índice analítico, cuadro de modificaciones, Lima, 4ª Edición oficial, Grijley, 1.999.

Código Penal de la República del Paraguay. Asunción, Instituto de ciencias penales del Paraguay, 1.998.

Code Pénal Suisse, Berne, Edición oficial, 1.991.

Ferrajoli, Luigi: Derecho y razón, trad. de Perefecto Andrés Ibáñez y colaboradores, Madrid, Trotta, 1.995.

Fiandaca, Giovanni/Musco, Enzo: Diritto penale. Parte generale, Bologna, Zanichelli, 3ª ed., 1.995.

Foregger, Egmont/ Bachner-Foregger, Helene: Strafgesetzbuch, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1.998.

Hassemer, Wienfried: Fundamentos de Derecho penal, trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, Bosch, 1.984.

Hirsch, Andrew von: Censurar y castigar, trad. y prólogo de Elena Larrauri, Madrid, Trotta, 1.998.

Hurtado Pozo, José: Manual de Derecho Penal, Lima, Eddili, segunda edición, 1.987.

"Propuesta de un sistema de sanciones penales relativo al Proyecto de Código Penal Tipo Hispanoamericano", en Anuario de Derecho Penal. El sistema de penas del nuevo Código Penal. Lima, Asociación Peruana de Derecho penal, 1.999, págs. 17 a 29.

"Responsabilidad y culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal" en Anuario de Derecho Pena 1.993, Lima, Asociación Peruana de Derecho Penal, 1.993, págs. 44 y ss.

Jakobs, Günther: Estudios de Derecho penal, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 1.997.

Jescheck, Hans Heinrich: Tratado de Derecho Penal, Trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 4ª ed. alemana, 1.988.

Jescheck, Hans Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5ª ed., 1.996.

Luzón Peña, diego Manuel: Código penal, Madrid, Mc Graw Hill, 2ª ed., 1.998.

Medición de la pena y sustitutivos penales, Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, 1.979.

Maia Gonçalves, M.: código Penal Portugês. Anotado e comentado e legislação complementar, Coimbra, 12ª ed., 1.998.

Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz: Derecho penal. Parte general 2, Trad. de Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, Astrea, 1.995.

Mir Puig, Santiago: El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, Barcelona, Ariel, 1.994.

Derecho penal. Parte general, Barcelona, Tecfoto S. L., 5ª ed., 1.998.

Muñoz Conde, Francisco/García Arán, Mercedes: Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., 1.998.

Navarro Altaus, Martín: "El sistema de penas en el CP peruano de 1.991", en Anuario de Derecho Penal. El sistema de penas del nuevo Código Penal. Lima, Asociación Peruana de Derecho penal, 1.999, págs. 73 a 100.

Papini, Giovanni: Gog. El libro negro, trad. De Mario Verdaguer, Barcelona, Círculo de Lectores, 1.973.

Peña Cabrera, Raúl: Tratado de Derecho penal, tomo I, Estudio programático de la Parte General, Lima, Grijley, 1.995.

Prado Saldarriaga, Víctor: Comentarios al Código Penal de 1.991, Lima, Editorial Alternativas, 1.993.

Quintero Olivares, Gonzalo: "Determinación de la pena y política criminal" en Cuadernos de Política criminal Nº 4, Madrid, EDESA, 1.978, 49 y ss.

Quintero Olivares, Gonzalo/Morales Prats, Fermín/Prats Canut, J. Miguel: Manual de Derecho Penal. Parte General. Madrid, Aranzadi, 1.999.

Roxin, Claus: Derecho penal, Parte general, tomo I, trad. de Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García de Conlledo/Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1.997.

_____: Problemas básicos del Derecho penal, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, Reus, 1.976.

_____: Culpabilidad y prevención en Derecho penal, Trad. de Francisco Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1.981.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Lenckner, Theodor/Cramer, Peter/Eser, Albin/Stree, Walter: Strafgesetzbuch. Kommentar, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 25ª ed., 1.997.

Stratenwerth, Günter: El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad, traducción de Enrique Bacigalupo y Agustín Zugaldía E., Madrid, Universidad Complutense de Madrid, , 1.980.

Vaello Esquerdo, Esperanza: "Panorama del sistema de penas de los códigos penales español y peruano", en Anuario de Derecho Penal. El sistema de penas del nuevo Código Penal. Lima, Asociación Peruana de Derecho penal, 1.999, págs. 33 a 71.

Velásquez V., Fernando: Derecho penal, Parte general, Bogotá, Temis, 3ª ed., 1.997.

_____: "Las normas rectoras del Proyecto de Código penal peruano de 1.986", en Anuario de Derecho penal 88, Lima, Asociación Peruana de Derecho Penal, 1.988, págs. 11 y ss.

_____: "las medidas de seguridad. Aproximaciones al Código Penal peruano de 1.991", ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional de Derecho Penal, organizado por la Universidad de Lima (Perú), celebrado entre los días 28 de agosto al 1 de septiembre de 1.995. Documento original.

Villavicencio Terreros, Felipe: Código penal, segunda edición, Lima, Grijley, 1.997.

Zafarroni, Eugenio Raúl: "Ejemplarización, prevención general y cuantificación penal", en Revista del Colegio de Abogados penalistas del Valle, Nº 8, 1.983, Medellín, Señal Editora, 1.983, págs. 49 y ss.

_____: Tratado de Derecho penal. Parte general, tomo V, Buenos Aires, Ediar, 1.983.

Zamora, Fernando Marcelo: Código Penal, Buenos Aires, Zavalía, 1.987.

Ziffer, Patricia S.: Lineamientos de la determinación de la pena, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1.996, con prólogo de Julio B. Maier.

_____: El sistema argentino de medición de la pena. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1.996.

Zipf, Heinz: "Principios fundamentales de la determinación de la pena" en Cuadernos de Política Criminal, Nº 17, Madrid, Edersa, 1.982, págs. 353 y ss.

Notas:

(1) Este concepto, en sentido estricto, se entiende como el acto o proceso mediante el cual el juez —en el caso concreto— fija las consecuencias jurídicas imponibles a quien ha realizado una conducta punible. En un sentido amplio, se concibe como el procedimiento relativo a todas aquellas cuestiones atinentes a la ejecución penal como la suspensión de la ejecución de la pena, el cumplimiento en un determinado establecimiento, la imposición de especiales deberes, la indemnización de los perjuicios, la forma como se paga la multa, etc. Cfr. JESCHECK: Tratado, págs. 785 y 786; BRUNS: Das Recht, págs. 43 y ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Derecho penal, 2, pág. 695; ZIFFER, Lineamientos, pág. 24.

(2) Cfr. BRUNS, Das Recht, págs. 1 y ss.; MAURACH/GÖSSEL/zipf, Derecho penal 2, pág. 688; ZIFFERGÖZIFFER, Lineamientos, pág. 18.

(3) Con razón, dice MAIER en el "Prólogo" al libro de ZIFFER, lo siguiente: "la elección de la clase y de la cantidad de la pena, incluidas ciertas características de su ejecución, es hoy, entre nosotros, poco menos que un ejercicio de adivinación que, en última instancia, comparece sólo ante el "sentimiento jurídico" de los jueces que integran el tribunal sentenciador. Su debate, incluso, escasamente conforma la cuestión en juicio, porque cualquier argumento, incluidas apreciaciones generales o abstractas sobre la aplicación de circunstancias a tomar en cuenta para la medición, con cualquier grado de aproximación a la verdad —o a la falsedad— y sin discusión previa, puede ser y es utilizada para fundar la clase y la cantidad de pena elegida, y la manera particular según la cual será ejecutada, sin que rijan para ello principios básicos, incluso de carácter constitucional, que gobiernan la aplicación del Derecho Penal material y el procedimiento penal" (Cfr. Lineamientos, pág. 14). Y ZAFFARONI: "En pocas materias penales el magistrado latinoamericano está más abandonado a su suerte por la doctrina que, cuando una vez probado un delito y calificado penalmente el mismo, debe cuantificar la pena a imponer. Pareciera que allí termina la doctrina y se cae de pleno en terreno de las meras consideraciones personales, subjetivas, intuitivas, es decir, en la arbitrariedad que es incapaz de controlar y corregir cualquier instancia judicial, porque está falta de sustento racional" (Cfr. "Ejemplarización, prevención general y cuantificación penal", pág. 49).

(4) BRUNS, Das Recht, págs. 3 y ss., 29. Como dice ZIFFER: "Una dogmática refinada sobre la determinación de la pena debería estar en condiciones de ofrecer una gama de recursos para argumentar con rigor a favor o en contra de una clase de pena y de su medida concreta. Para ello sería necesario superar previamente un estado de la discusión dada entre nosotros, que no vaya más allá de oscuras intuiciones sobre una "pena justa"; y añade: "El objetivo de la dogmática de la determinación de la pena debe ser, justamente, tratar de identificar y de erradicar, en la medida de lo posible, todos los elementos irracionales de la decisión" (Cfr. Lineamientos, págs. 17, 29 y 30).

(5) Sobre ello ZAFFARONI, Tratado, tomo V, págs. 275 y ss. Una clasificación distinta en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT (Cfr. Manual, págs. 706 y 707), quienes señalan los siguientes caminos legales: los que ofrecen un complejo sistema métrico, pseudoaritmético, compuesto de grados, circunstancias, etc. de manera que el juez queda reducido a realizar una especie de operación aritmética (códigos españoles del siglo XIX y el vigente hasta 1.995); aquellos que dejan el problema absolutamente en manos del libre arbitrio judicial, a fin de que el juez pueda valorar por sí mismo las circunstancias personales y fácticas que concurren en el autor y en el hecho; sistemas que indican unos criterios orientadores no vinculantes que le sirven al juez como orientación para individualizar la pena (por ejemplo, el sistema alemán vigente). Y, finalmente, sistemas en los cuales se establecen unos máximos y unos mínimos legales, acompañados de unas reglas de medición que dejan al juez un campo razonablemente amplio para la medición.

(6) Así SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, Strafgesetzbuch, págs. 637 y ss.; también ZIPF, "Principios fundamentales", págs. 353 y ss.; JESCHECK, Tratado, págs. 785 y ss.; STRATENWERTH, El futuro del principio, págs. 43 y ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Derecho penal 2, págs. 717 y ss.

(7) Por todos véase ZIFFER, Lineamientos, pág. 116.

(8) Cfr. FIANDACA/MUSCO, Diritto penale, pág. 705.

(9) Formulación que algunos estudiosos españoles —aunque el legislador la había concebido desde el plano de la retribución— entendían a la luz de los fines de prevención general y especial. No obstante, este predicado "abandono" de la retribución pareciera desembocar en una verdadera "estafa de etiquetas" cuando a la prevención general se le asignan los mismos cometidos de la retribución (Cfr. LUZÓN PEÑA, Medición de la pena, págs. 21 y ss. y 84). Para una crítica de dicho sistema, Cfr. QUINTERO OLIVARES, "determinación de la pena", págs. 54 y ss.

(10) Sobre ello, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, Derecho penal, pág. 931 y ss.

(11) Véase QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, Manual, pág. 708; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho Penal, págs. 581 y ss.; MIR PUIG, Derecho penal, págs. 743 y ss.

(12) Ello no ha impedido, desde luego, que se intente interpretar el Código suizo de la misma manera que el alemán. Cfr. ROXIN: Culpabilidad y prevención, pág. 102.

(13) Dicen así: "Principios de las sanciones penales. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan" (Art. 3); "Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión" (Art. 4); "Culpabilidad. Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva" (Art. 12).

(14) Sobre ello, ZIFFER, Lineamientos, págs. 187 y ss.; VON HIRSCH, Censurar y castigar, págs. 11 y ss, con prólogo de LARRAURI.

(15) Cfr. NAVARRO ALTAUS, pág. 83.

(16) Sobre ello, NAVARRO ALTAUS, págs. 82 y ss.; VAELO ESQUERDO, págs. 33 y ss. haciendo una comparación con el sistema español plasmado en el C. P. de 1.995.

(17) Cfr. DIETER DÖLLING, "El desarrollo...", pág. 102.

(18) Sobre estos axiomas PRADO SALDARRIAGA, Comentarios, pág. 21 y ss.; para el Anteproyecto de 1.986, véase VELÁSQUEZ, "Las normas rectoras..."; págs. 11 y ss., 27 y 29.

(19) El Proyecto, según generosa información del Profesor HURTADO POZO, aparece en Trámite Parlamentario, N° 121, del 13 de noviembre de 1987, Buenos Aires, 1.987.

(20) Véase HURTADO POZO: "Responsabilidad y culpabilidad" en Anuario 93, págs. 54 y ss.

(21) Hoy, después del dogma de la discrecionalidad judicial en este ámbito, que imperara durante mucho tiempo en los modernos derechos penales, se discute si la medición judicial comporta una decisión libre por parte del juez pero vinculada al derecho —tesis dominante en el derecho alemán—, o se trata de la mera aplicación del derecho a partir de unas reglas determinadas (Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Derecho penal 2, pág. 793, 794 y 795, optando por la última postura). Sobre ellos se afirma, con razón, ZIFFER: "La individualización de la pena no es, como se sostuvo durante mucho tiempo, una cuestión propia de la discrecionalidad del juez, sino que en su estructura misma es "aplicación del derecho". Esto significa que su corrección debe ser comprobable desde el punto de vista jurídico. Esto supone que la decisión esté fundamentada en criterios racionales explícitos. El juez no puede partir de cualquier valoración personal que le merezca el hecho o el autor, sino que los parámetros que utilice deben ser elaborados a partir del ordenamiento jurídico, estructurando el complejo de circunstancias relevantes a partir de la interpretación sistemática y teleológica" (Cfr. Lineamientos, pág. 96 y 97). Por supuesto, ello se torna imprescindible para no tener que concluir con BRUNS (Das Recht, pág. 9) que, analizada la práctica judicial, se evidencian cuatro fundamentos distintos para determinar la pena: los consultados, los manifestados, los que se quedan escritos, y los reales.

(22) El Art. 139 núm. 5 de la Const., dispone: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional...5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos".

(23) Por ello, son compartibles las reflexiones de HURTADO POZO sobre el asunto: "En el Art. 45, se trata del "momento de fundamentar y determinar la pena" y, en el Art. 46, del momento de "determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley". Y es respecto al primero, recurriendo a la terminología del proyecto argentino, que se ordena al juez de tener en cuenta "las carencias sociales que hubiere sufrido el agente" y "los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que ellas dependen". Pero, cómo fundamentar la pena en las carencias sociales que haya padecido el agente o en los intereses de las personas que dependen de la víctima? Por el contrario, se comprende, en la perspectiva del proyecto argentino, que se trate, por ser factible a nivel de la ejecución de la pena, de "tutelar los intereses de la víctima ..." (Art. 46, n. 1, Proyecto argentino) o "suplir las carencias sociales que hubiese sufrido el condenado" (Art. 46, n. 4, Proyecto argentino). Estos defectos de técnica legislativa van obligar a realizar una serie de piruetas de interpretación para dar un sentido y hacer posible su aplicación. Explicar, por ejemplo, la relación entre el hecho de "fundamentar" la pena según las causas establecidas en el Art. 45 y las declaraciones formuladas en los Arts. VII y VIII del Título preliminar: "la pena requiere de la responsabilidad penal del autor" y "la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho". Declaraciones que conciernen al fundamento y el límite de la pena. Conforme a la exposición de motivos, se diría "la responsabilidad penal como fundamento de la aplicación de la pena" y "la proporcionalidad de la pena a la responsabilidad por el hecho". Podría pensarse que la fundamentación indicada en el Art. 45 no se refiere a la cuantificación de la pena (regulada en el Art. 46), sino más bien a su selección a otro nivel: preferir la pena de prestación de servicios a la comunidad o la de multa a la privativa de la libertad; o la de decidir si conviene suspender la ejecución de la pena o convertirla en otra. Si este fuere el objetivo del Art. 45, resultaría superfluo porque el legislador ha previsto las condiciones que el juez debe constatar para optar por una de estas alternativas" (Cfr. "Responsabilidad y culpabilidad" en Anuario 93, págs. 54 a 57). La distinción se puede apreciar también en BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES (Código Penal, pág. 243), aunque sin precisar los alcances anteriores.

(24) Véase VILLAVICENCIO TERREROS, Código penal, págs. 193 y ss.; PEÑA CABRERA, Tratado, tomo I, 526. Para Bramont Arias/Bramont Arias-Torres (Código penal, pág. 241), en cambio, los tres numerales del Artículo en comento se deben entender a la luz del principio de co-culpabilidad.

(25) Así ZAFFARONI: "La referencia puede identificarse con lo que actualmente se denomina "co-culpabilidad", es decir, aquella parte de la culpabilidad por el hecho con que debe cargar la sociedad, en razón de no haberle brindado las posibilidades que hubiesen ampliado su ámbito de autodeterminación. Por otra parte, a este respecto, cabe tener presente que la miseria no sólo puede reducir la culpabilidad, sino que puede motivar una conducta dirigida a salvar otro bien jurídico, aunque sin que se den —por supuesto— los requisitos del estado de necesidad" (Cfr. Tratado, tomo V, pág. 314).

(26) ZAFFARONI, Ob. cit., tomo V, pág. 314.

(27) Así VILLAVICENCIO TERREROS, Código Penal, pág. 195.

(28) Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, ídem, pág. 195.

(29) Cfr. ZIFFER (Lineamientos, pág. 125): "es indudable que la víctima debe jugar un papel decisivo al momento de fijar la pena, en tanto es uno de los elementos decisivos para la graduación del ilícito".

(30) Así ZAFFARONI, Tratado, tomo V, págs. 276 y 277; también HURTADO POZO: "Responsabilidad y culpabilidad", pág. 54.

(31) Por supuesto, no puede dejarse pasar por alto la inmensa polémica que ha despertado el concepto de culpabilidad, yendo desde las formulaciones más tradicionales hasta las contemporáneas (sobre ello VELASQUEZ, Derecho penal, págs. 528 y ss.); también ZIFFER: Lineamientos, págs. 59 y ss. Obviamente, sería importante discutir cual es el concepto de culpabilidad que se esconde tras la noción de responsabilidad utilizada por el legislador peruano, tema sobre el cual ya ha avanzado HURTADO POZO (Cfr. "Responsabilidad y culpabilidad", en Anuario, pág. 51 y ss.); de todas maneras, la locución **responsabilidad** se emplea en un doble sentido: uno estricto, que la hace equivalente a culpabilidad (Art. 46); y, otro amplio, como comprensiva de cualquier situación atinente a las diversas categorías del hecho punible noción que, por lo demás, el legislador peruano utiliza en diversas disposiciones como el Art. 20 cuando —recordando el viejo modelo español plasmado en los códigos decimonónicos de la Madre Patria— señala las causales de exclusión de la responsabilidad criminal..

(32) Incluso, en la Exposición de motivos publicada en la edición oficial del Código (Cfr. Código penal, pág. 22) se menciona la función retributiva como si formase parte del Art. IX del Código; sobre ello, PRADO SALDARRIAGA (Comentarios, pág. 15), aunque afirmando —cosa que ningún jurista democrático debería hacer— que los Arts. I y IX "están de más" en el C. P. peruano (Cfr. pág. 16).

(33) Así lo hace, también, el legislador austriaco de 1.975 en los §§ 33 y 34.

(34) Aunque los sistemas son bien distintos, igual sucede con el legislador alemán en el inciso segundo del § 46.

(35) Igual sucede en el derecho alemán (Cfr. § 220a inc. 1°). Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Derecho penal 2, págs. 692 y 697.

(36) Sobre ello, ZIFFER, Lineamientos, págs. 106 y ss.; BORJA JIMÉNEZ, "El principio de la inherencia...", págs. 165 y ss.; VELASQUEZ: Derecho penal, pág. 703. No se olvide que el postulado en examen tiene carta de naturaleza en legislaciones como la alemana [Cfr. § 46 párrafo (3)].

(37) Así ZAFFARONI (Tratado, tomo V, pág. 296): "los medios empleados y la extensión del daño y del peligro son indicadores del grado de afectación del bien jurídico tutelado, es decir, del grado de injusto, que en la terminología legal es "la naturaleza de la acción".

(38) Así ZIFFER, Lineamientos, pág. 131.

(39) Como dice ZIFFER: "el delito cometido por varios intervinientes revelará un ilícito más grave, en tanto representa un aumento del poder ofensivo" (Véase Lineamientos, pág. 132).

(40) En sentido similar ZAFFARONI (Tratado, tomo V, pág. 312), comentando el Art. 41 del Código argentino.

(41) Incluso se le concibe desde el ángulo de la prevención especial. Véase ZIFFER, Lineamientos, págs. 137 y ss.

(42) Cfr. ZIFFER, Lineamientos, pág. 125; VILLAVICENCIO TERREROS, Código Penal, pág. 195. Naturalmente, el alcance de texto no puede ser el mismo de la legislación argentina, en la cual se incluye la "peligrosidad" del agente como criterio de tasación, al punto de poder afirmar que ella obliga al juez "a valorar la peligrosidad del autor tal como la reconoce al momento de sentenciar, sin que dicha misión pueda delegarla" (Cfr. ZAFFARONI, Tratado, tomo V, pág. 335).

(43) Así, ZAFFARONI (Tratado, tomo V, pág. 336), comentando el mismo texto gauchó: "cumple una doble función, garantizando un mínimo elemental de inmediatez, cualquiera sea la legislación y le sistema procesal, y la jurisdiccionalidad real de la determinación penal".

(44) Así Véase BRAMONT ARIAS/BRAMONT ARIAS-TORRES, Código penal, pág. 250; según ello, "conforme a esta interpretación, la pena se mide en el caso particular tomando en cuenta la magnitud del injusto, la magnitud de la responsabilidad y admitiendo el correctivo de la necesidad de pena" (Cfr. Pág. 249). Este último, según se dice, es "consustancial a la facultad de sancionar del Estado, y...al concurrir como criterio correctivo podrán tener importancia los criterios preventivos, generales o especiales, para fundamentar que, en casos concretos, muchas veces la pena no es necesaria" (véase pág. 249), todo ello a partir del modelo de Estado de derecho social y democrático acogido por el Art. 43 de la Carta fundamental peruana. La pregunta obvia es: ¿A cuál de las corrientes prevencionistas contemporáneas se pliegan los autores? Sobre ello, ZIFFER: Lineamientos, págs. 67 y ss.

(45) Así, por ejemplo ROXIN, en culpabilidad y prevención, pág. 103, aunque sin renunciar a la retribución.

(46) Así JAKOBS, Estudios, págs. 75 y ss. Como dice ZAFFARONI ("Ejemplarización", pág. 53): "El argumento constitucional más contundente para rechazar las consideraciones de prevención general en la cuantificación de la pena, es que la pena que "ejemplariza",

fundada en la proliferación del delito, no es por entero una pena por un hecho propio, sino que parcialmente lo es por hechos ajenos (ajenas comisiones de delitos o disposiciones de otros a cometer delitos)".

(47) Véase, por ejemplo, JESCHECK: Tratado, págs. 790 y 791, quien no olvida la retribución.

(48) Para una exposición de las mismas, véase SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, Strafgesetzbuch, págs. 637 y ss.

(49) Véase ZAFFARONI, Tratado, tomo V, pág. 311.

(50) Esta postura, la que más se compadece con las previsiones legales peruanas, se asemeja a la defendida por algunos autores alemanes (Henkel, Horn y Schöch) quienes la denominan como Teoría del valor relativo o Teoría gradual (Stellenwerttheorie o Stufenwerttheorie), rechazada —según la opinión mayoritaria— por no ajustarse a los dictados del § 46 y no comprender todos los casos (Cfr. JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch, pág. 880; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, Strafgesetzbuch, págs. 637 y 638); naturalmente, tal concepción parte de un concepto de culpabilidad distinto y entiende que la determinación en sentido amplio está presidida sólo por los fines preventivo especiales. Un estudio crítico de la misma en ROXIN: Culpabilidad y prevención, págs. 117 y ss., para quien "su defecto principal reside sólo en la eliminación de la prevención especial a la hora de determinar la duración de la pena" (pág. 144).

(51) No es unívoca la forma como la doctrina peruana entiende el Art. 46: de un lado, para VILLAVICENCIO TERREROS (Código Penal, pág. 199) los núms. 1, 2, 3, 4, 5, 6 (al hablar de los fines) y 7, aluden a la gravedad del injusto; los núms. 6 (al referirse a los móviles) 8 y 11, se refieren al grado de culpabilidad; y los núms. 9 y 10 son expresión de la figura del arrepentimiento posterior. De otro lado, BRAMONT ARIAS/BRAMONT ARIAS-TORRES (Código penal, pág. 250) concibe como correspondientes al injusto los núms. 1 a 5, y a la culpabilidad los núms. 6 a 11.

(52) Sobre ello BRUNS, Das Recht, págs. 220, 231; en contra ZIFFER, Lineamientos, pág. 149.

(53) Así Bramont Arias/Bramont Arias-Torres, Código penal, pág. 250.

(54) No obstante, para BRAMONT ARIAS/BRAMONT ARIAS-TORRES (Código penal, pág. 250), se trata de "una regla innecesaria" pues lo contemplado en la disposición "es lógico por cuanto, en caso contrario, se estaría vulnerando el principio del non bis in ídem".

(55) Sobre ello, VELÁSQUEZ, "Las medidas...", págs. 1 y ss.

(56) Sobre ello, QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, Manual, pág. 702.

(57) Cfr. Navarro Altaus: "El sistema de penas...", págs. 76 y 78.

(58) Ibídem, pág. 78.

(59) Naturalmente, si algún concepto no es pacífico en la discusión contemporánea es el de culpabilidad. ACHENBACH (Historische und dogmatische, págs. 2 y ss.) ha demostrado como se trata de una idea polivalente; sobre los desarrollos contemporáneos, señalando la relación entre el concepto de culpabilidad y las teorías de la pena, es esclarecedora la lectura de ZIFFER, Lineamientos, págs. 59 y ss.

(60) Sobre ello JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch, pág. 23.

(61) Cfr. ZIFFER, Lineamientos, pág. 60.

(62) Sobre las diversas funciones de la pena Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Derecho penal 2, págs. 749 y ss.; también FERRAJOLI, Derecho y razón, págs. 258 y ss.; HASSEMER: Fundamentos, págs. 347 y ss.; ROXIN: Problemas, págs. 11 y ss.; el mismo: Derecho penal, págs. 78 y ss.

(63) Dicen así los textos: "El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados...El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad".

(64) Así decía el famoso Marqués: "Deben, por tanto, ser elegidas aquellas penas y aquél método de infligirlas que, guardada la proporción, produzcan la impresión más eficaz y más duradera sobre los ánimos de los hombres, y la menos atormentadora sobre el cuerpo del reo" (Cfr. De los delitos y de las penas, pág. 111). Y concluye, resumiendo los principios orientadores de la imposición de la pena: "Para que cada pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano privado, debe ser especialmente pública, rápida, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias dadas, proporcionada a los delitos, dictada por las leyes" (Cfr. pág. 188).

(65) Navarro Altaus, ob. cit., pág. 77.

(66) Como ha dicho ZAFFARONI (Tratado, tomo V, pág. 270): "se debe confesar que se trata del campo más arbitrario en el ámbito de nuestra práctica judicial y, por consiguiente, una fuente tremenda de inseguridad jurídica...el fenómeno puede tener diferencias de grado en los distintos países, pero no puede pasarse por alto que se genera en todos y ...le cabe a la doctrina gran parte de responsabilidad, especialmente por la escasa atención que le ha prestado al mismo y por el consiguiente magro resultado que el desarrollo dogmático ha alcanzado al respecto".

(67) Cfr. El libro negro, págs. 284 y ss.

(68) Véase BRUNS, Das Recht, pág. 1.

(69) Con razón, pues, acota ZIFFER (Lineamientos, pág. 28): "reconocer que la pena debe ser "individualizada", y que es el juez quien valora las particularidades del autor y de su hecho, no significa que él es señor absoluto sobre la decisión por ser el único capaz de conocer lo específico del caso o reflejarse en la gravedad de la sanción".

(70) Así HURTADO POZO:: "no hay país en América Latina donde la legislación penal no haya evolucionado hacia un sistema punitivo más estricto. Parecería que se considera que sólo la amenaza de penas bastante severas constituye el medio más eficaz para combatir la delincuencia, en lugar de admitir que la eficacia del sistema depende más de la certeza de la represión mediante sanciones adecuadas y proporcionadas a la responsabilidad del delincuente. Sanciones que no deben constituir siempre la privación de la libertad, pues ésta produce, generalmente, efectos contrarios a los que se tratan de conseguir" (Véase "Propuesta

UNIDAD III: DERECHO PENAL ESPECIAL

- **Sobre el tipo básico de lavado de activos. Dino Carlos Caro Coria. Anuario de Derecho Penal Económico (ADPE) N° 2/2012**

SOBRE EL TIPO BÁSICO DE LAVADO DE ACTIVOS

Dino Carlos Caro Coria*

Sumario: I. Generalidades. II. Antecedentes. III. El tipo objetivo de lavado de activos. III.1 Conductas típicas. III.2 El objeto material del delito. III.3 El delito previo. III.4 La imputación objetiva en los procesos de contaminación/descontaminación del objeto material. IV. El tipo subjetivo de lavado de activos.

I. GENERALIDADES

Tras casi diez años de expansiva aplicación la Ley N° 27765 de 27.6.02, la llamada *“Ley penal contra el lavado de activos”*, ha sido derogada. Toma su lugar el nuevo Decreto Legislativo N° 1106 denominado *“De lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado”*, publicado el 19.4.12 y vigente desde el día siguiente como señala la Primera Disposición Complementaria Transitoria. Ello con excepción de la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria de dicho Decreto que entró en vigor a los 60 días, y que ha reformado la Sexta Disposición Complementaria Transitoria y Final de la Ley N° 28306 de 29.7.04, relativa a la *“Obligación (administrativa) de declarar el ingreso y/o salida de dinero en efectivo”*¹.

Sin una exposición de motivos oficial no se puede conocer la *“voluntad del legislador”*. Los considerandos del D. Leg. N° 1106 y su fuente, el art. 2.b de la Ley N° 29815 de 22.12.11 de delegación de funciones en el Poder Ejecutivo para legislar sobre la *“Lucha contra la criminalidad asociada a la minería ilegal”*, y en concreto, sobre la *“Investigación, procesamiento y sanción de personas vinculadas con el lavado de activos y otros delitos relacionados al crimen organizado vinculados a la minería ilegal, mediante la modificación de la normativa sobre las funciones y competencias de la Policía Nacional del Perú y normativa procesal penal”*, conducen a sostener que la reforma es un complemento esencial del sistema de prevención y persecución del delito de minería ilegal², en la medida que las grandes ganancias, productos y efectos de este ilícito³, necesitan un destino que sólo el lavado de activos se lo puede dar. Si a

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca/España. Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Gerente General del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (www.cedpe.com). Socio Fundador y Gerente General de Caro & Asociados (www.ccfirma.com).

¹ Texto entre paréntesis fuera del original.

² Regulado como delito ambiental, concretamente como una manifestación del delito de contaminación, dada la ubicación sistemática que el D. Leg. N° 1102 de 29.2.12 otorgó a los tipos de los arts. 307-A a 307-f del Código Penal. El glosario de las nuevas 40 Recomendaciones del GAFI, *“Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación”*, identifica a los delitos ambientales como posible delito fuente para el lavado de activos.

³ Según un reciente estudio de Macroconsult, las exportaciones de oro proveniente de la minería ilegal alcanzaron en el año 2011 la cifra de US\$1.793'000.000,00, frente a los US\$1.208'000.000,00 del narcotráfico en el mismo año, Vid. El Comercio de 27.5.12, p. a18. Esta cifra ha sido ampliada por los

ello sumamos que, como exponen diversos enfoques criminológicos, la minería ilegal ha profundizado en nuestro país otros fenómenos delictivos como la trata de personas con fines de explotación y servidumbre, la corrupción de funcionarios para garantizar la impunidad administrativa y penal, y evidentemente la evasión y el fraude tributario por parte de estos mineros ilegales, existen en consecuencia sobradas razones para adecuar la regulación del lavado de activos a estas nuevas manifestaciones de la criminalidad organizada local.

Lo anterior no enerva las dudas de constitucionalidad que el extenso contenido del D. Leg. N° 1106 despierta. No solo tenemos toda una Nueva Ley Penal contra el Lavado de Activos, sino un conjunto de reformas en el estamento que lo precede, es decir en el Sistema de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (el llamado SPLAFDT). Y ello, como ya es lugar común en los últimos 30 años, excede largamente las facultades delegadas previstas en la Ley N° 29815, aunque conforme a la práctica parlamentaria también de los últimos años, es poco probable que el Congreso de la República controle la estricta sujeción del Poder Ejecutivo a los términos de la delegación.

II. ANTECEDENTES

Descontando los aspectos relativos al tipo subjetivo que se abordarán más adelante, la nueva Ley mantiene en el plano del tipo objetivo la sistemática heredada desde la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 20.12.88, la llamada Convención de Viena⁴, que tipifica el blanqueo de capitales diferenciando los actos de conversión y transferencia, frente a los de ocultamiento y tenencia⁵, aunque circunscripto a ese ámbito del tráfico de

autores de este estudio, se considera que en el año 2011, “el valor de las exportaciones de procedencia ilegal habría llegado a cerca de US\$ 2,900 millones. De ellos, cerca de US\$ 1,100 millones proceden de la explotación aurífera de Madre de Dios, según cifras del MEM. Los otros US\$ 1,800 millones provendrían del resto del país (...), ésta actividad informal alberga a cerca de 100,000 trabajadores directos y otros 400,000 trabajadores indirectos”, Vid. <http://blog.macroconsult.com.pe/contenido/mineria/la-mineria-illegal-del-oro#more-1907>

⁴ Aprobada por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 25352 de 26.11.91, y ratificada el 12.12.91.

⁵ “Artículo 3 - Delitos y sanciones

1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente; (...)

b) i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.

ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos.

c) Con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico.

estupefacientes y sustancias sicotrópicas como delito fuente. La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo⁶ adoptada el 15.11.00, mantiene esa diferencia⁷, pero con una perspectiva más amplia porque extiende el concepto de delito fuente, o “delito determinante” como lo llama la Convención, para incluir otros ilícitos graves como la corrupción, la obstrucción a la justicia y las múltiples formas de delito de organización⁸.

Durante sus primeros diez años la legislación penal contra el lavado de activos no adoptó esta sistemática. El D. Leg. N° 736 de 12.11.91, siguiendo el modelo de la Ley argentina N° 23.737 de 21.9.89, introdujo por primera vez en nuestro sistema la penalización del blanqueo de capitales derivado del tráfico ilícito de drogas, mediante el art. 296-A del Código Penal que reprimía los actos de conversión, transferencia y ocultamiento de bienes derivados del TID, y el art. 296-B que sancionaba el lavado de dinero cometido a través del sistema financiero o mediante procesos de repatriación de capitales. Estas normas fueron prontamente derogadas por la Ley N° 25399 de 10.2.92, y mediante la Ley N° 25404 de 26.2.92 el lavado de activos, siempre derivado del TID, pasó a ser considerado como una modalidad agravada del delito de

i) la adquisición, la posesión a la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos (...)."

⁶ Aprobada por el Perú mediante la Resolución Legislativa N° 27527 de 8.10.01 y ratificada mediante el D.S. N° 088-2001-RE de 20.11.01.

⁷ “Artículo 6. Penalización del blanqueo del producto del delito

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;

b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:

i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito (...)."

⁸ “Artículo 6. Penalización del blanqueo del producto del delito (...)

2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo:

a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes;

b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente Convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la presente Convención. Los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados;

c) A los efectos del apartado b), los delitos determinantes incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí (...)."

receptación patrimonial, y se introdujo como pf. 2º del art. 195 del CP. Tal regulación tampoco trascendió, en menos de dos meses la Ley N° 25428 de 11.4.92 la derogó, y reinstauró los arts. 296-A y 296-B en el Código Penal con similar redacción a la prescrita por el D. Leg. N° 736 de fuente argentina como se ha señalado⁹. Las posteriores reformas del art. 296-B, a través de la Leyes N° 26223 de 21.8.93 y N° 27225 de 17.12.99, no cambiaron esta sistemática.

Las limitaciones de este régimen penal que no tuvo como fuente directa las Convenciones de Viena y de Palermo, y en particular por la limitación del blanqueo de capitales a los activos derivados del tráfico ilícito de drogas, dio lugar a una serie de propuestas prelegislativas, entre las que destacó el *“Anteproyecto de Ley que modifica la legislación penal en materia de tráfico ilícito de drogas y tipifica el delito de lavado de activos”*, de la Comisión encargada de revisar la Legislación Antidrogas creada mediante la Resolución Ministerial N° 021-2001-JUS¹⁰. El Anteproyecto propuso el tratamiento del blanqueo de activos como una modalidad de los delitos contra la administración de justicia, *“Considerando que la finalidad principal en este delito es asegurar la incolumidad de las ganancias o bienes obtenidos ilícitamente”*¹¹, y adoptó la sistemática impulsada desde la Convención de Viena de 1988 que diferencia entre actos de conversión y transferencia, ocultamiento y tenencia, aunque con la ubicación sistemática propia de los delitos de encubrimiento real¹².

La Ley N° 27765 de 27.6.02, la denominada *“Ley Penal contra el Lavado de Activos”*, siguió varios de los lineamientos del Anteproyecto. Aunque se decantó por la

⁹ PRADO Saldarriaga, Víctor. El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú. Lima, Idemsa 1994, pp. 54-62.

¹⁰ Publicado como Separata Especial del Diario Oficial El Peruano de 17.6.01. La Comisión estuvo integrada por Luis Lamas Puccio, quien la presidió, Víctor Prado Saldarriaga, Julio Bueno Tirado, Oscar Kea Velaochaga, Rosa Mavila León, Ricardo Soberón Garrido y Aldo Figueroa Navarro.

¹¹ Ibid., p. 4.

¹² El Anteproyecto planteaba la creación de una Sección II-A denominada *“Lavado de Activos”* en el Capítulo III de *“Delitos contra la administración de justicia”*, del Título XVIII de *“Delitos contra la administración pública”* de la Parte Especial, y con el siguiente contenido:

“Artículo 406° A.- El que conociendo o pudiendo presumir su procedencia ilícita, realiza actos de conversión o transferencia de bienes, efectos o ganancias para evitar su descubrimiento, la identificación de su origen, su incautación o decomiso será reprimiendo con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años y multa de 120 a 365 días-multa.

Artículo 406° B.- El que conociendo o pudiendo presumir su procedencia ilícita adquiere, guarda, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder bienes, efectos o ganancias para evitar su descubrimiento, la identificación de su origen, su incautación o decomiso será reprimiendo con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años y multa de 120 a 365 días-multa.

Artículo 406° C.- La pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años y multa de 365 a 730 días-multa cuando los delitos previstos en los artículos 406° A y 406° B se cometen bajo las siguientes circunstancias:

- a) El agente utiliza o se sirve de su condición de empresario o intermediario en el sector financiero o bursátil, o de funcionario público para la comisión del delito.*
- b) El agente comete el delito para favorecer delitos de tráfico ilícito de drogas, contra la administración pública, terrorismo, traición a la patria o secuestro.*
- c) El agente comete el delito en calidad de integrante de una organización criminal.”*

instauración de una ley penal complementaria o ley penal especial, evitando así la discusión sobre el bien jurídico protegido y la ubicación de este delito en el Código Penal acorde con ello, la Ley N° 27765 recogió en esencia las descripciones típicas y las agravantes del Anteproyecto. Por un lado se tipificaron las conductas de conversión y transferencia (art. 1), ocultamiento y tenencia (art. 2), y un conjunto de circunstancias agravantes (art. 3), y se penalizó la omisión de reporte de operaciones sospechosas (art. 4). También se incluyeron reglas procesales de investigación relativas al levantamiento del secreto bancario, tributario y bursátil (art. 5), así como disposiciones sobre la amplia gama de delitos fuente, la autonomía o independencia del blanqueo de capitales frente al delito antecedente y la punición del autolavado (art. 6). Finalmente, se establecieron limitaciones y prohibiciones de acceso a beneficios penitenciarios (art. 7). Las reformas de la Ley N° 27765 a través de la Ley N° 28355 de 6.10.04, la Ley N° 28950 de 16.1.07, y del D. Leg. N° 986 de 22.7.07, no modificaron sustancialmente la estructura de esta *“Ley Penal contra el Lavado de Activos”*.

III. EL TIPO OBJETIVO DE LAVADO DE ACTIVOS

III.1 Conductas típicas

Teniendo en cuenta la evolución de estos antecedentes, el D. Leg. N° 1106 reproduce en buena cuenta el tipo objetivo de los actos de conversión y transferencia (art. 1), y ocultamiento y tenencia (art. 2), de su antecedente inmediato, los arts. 1 y 2 de la Ley N° 27765, previendo incluso la misma sanción de pena privativa de libertad de 8 a 15 años y 120 a 350 días-multa. A su vez, se ha independizado del art. 2 de la Ley N° 27765, conforme al texto reformado por el art. único del D. Leg. N° 986 de 22.7.07, los actos de transporte dentro y fuera del territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito, los que han pasado a formar parte de una nueva modalidad específica de lavado de activos regulada ahora por el nuevo art. 3 del D. Leg. N° 1106. La consideración de este *“nuevo delito”* como una modalidad de blanqueo de capitales, concuerda con la decisión del legislador de establecer la misma escala de penas que la prevista para los actos de conversión y transferencia, y ocultamiento y tenencia.

Los actos de **conversión** equivalen a la mutación del objeto material del delito, los bienes, efectos, ganancias, activos en general, se *“lavan”* mediante conversión cuando el autor los transforma en otros¹³. Ello implica *“transformar una cosa en otra, sustituir una cosa por otra para hacer desaparecer la que tenía su origen en el delito grave y traer en su lugar otra total o parcialmente distinta de origen completamente lícito o aparentemente lícito”*¹⁴. Es indiferente si la conversión es reversible o no¹⁵. La conversión puede ser material, por ejemplo la fundición de joyas de oro en una barra o lingote de oro, y tales supuestos pueden darse por adición o supresión de una parte de

¹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial. 3ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch 2011, p. 490.

¹⁴ PALMA HERRERA, José Manuel. Los delitos de blanqueo de capitales. Madrid, Edersa 2000, p. 429.

¹⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales. Barcelona, Marcial Pons 2000, p. 226.

la cosa¹⁶. También puede ser inmaterial o ideal, por ejemplo el depósito de dinero en efectivo en un banco se transforma en un crédito contra la cuenta o un apunte contable, o la adquisición de bienes muebles o inmuebles con dinero en efectivo de origen delictivo. Como corolario de lo anterior, debe aceptarse que los bienes pueden ser convertidos en otros de igual (conversión impropia) o de distinta naturaleza (conversión propia), ejemplo de lo primero es el cambio de billetes de baja denominación por otros de alta denominación, y ejemplo de lo segundo es la compra de acciones en la bolsa de valores con un cheque de gerencia adquirido en un banco con dinero en efectivo de origen ilícito.

Se ha sostenido que los actos de conversión corresponden en general a la llamada primera etapa de “*inversión*”, “*ocultación*” o “*colocación*” del blanqueo de capitales¹⁷, lo que conllevaría a calificar como actos de conversión las sucesivas transformaciones del bien, aun cuando el bien originario ya haya desaparecido o no quede nada de él tras esa cadena de transformaciones¹⁸. Sin embargo, debe tenerse en cuenta las dificultades para deslindar el proceso de reciclaje en periodos diferentes, y “*la mayor complejidad que entraña la subsunción de cada comportamiento en una fase del itinerario blanqueador*”¹⁹. Y es que en estricto, desde la Convención de Viena de 1988, los tipos penales de lavado de activos han sido configurados con una orientación omnicomprendensiva que conduce a una inevitable superposición de conductas que impide deslindar plenamente por ejemplo, con todas las exigencias de una dogmática acorde con el principio de certeza, entre actos de “*conversión*” y actos de “*transferencia*”. Una expresión de dicha ausencia de claridad estriba en la propia definición de actos de “*sustitución*” y a su consideración como actos de “*conversión*”²⁰ o de “*transferencia*”²¹. Lo mismo sucede respecto a si la transferencia de bienes a título oneroso no debiera considerarse como un acto de “*conversión*” sino de

¹⁶ Ibid., p. 226.

¹⁷ DEL CARPIO DELGADO, Juana. El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal. Valencia, Tirant lo Blanch 1997, pp. 178-179. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo. Lima, Grijley 2007, p. 142. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial. T. II. Lima, Grijley 2007, p. 496. GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N° 27765. 2ª ed. Lima, Jurista Editores 2009, p. 76.

¹⁸ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 496.

¹⁹ ABEL SOUTO, Miguel. El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español. Barcelona, Bosch 2005, p. 113.

²⁰ En esa línea, GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 77. GÓMEZ INIESTA, Diego. El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español. Barcelona, Cedecs 1996, p. 48. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. “Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, Ley N° 27765, 27-06-02”. En: Estudios Penales. Libro homenaje al Prof. Luis Alberto Bramont Arias. Lima, San Marcos 2003, p. 523, equipara los actos de conversión con los de “*receptación sustitutiva, puesto que estamos ante un proceso de sustitución del bien, es decir donde se sustituye el bien materia del delito previo por otro*”.

²¹ Así, GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 497.

“*transferencia*”²², o si el caso en que un bien circula en el mercado sin cambio de titularidad no configura una conducta de “*transferencia*” sino de “*conversión*”²³.

Ante ello, es lugar común entre los penalistas sostener que se trata de cuestiones teóricas sin efecto práctico, en la medida que bajo una expresión u otra la ley penal ya abarca estos supuestos²⁴. Pero ello a mi juicio es un error si tenemos en cuenta la garantía de imputación necesaria que, como expresión suprema del derecho de defensa, demanda que ya desde la actividad investigativa del Ministerio Público, el imputado conozca con precisión los hechos atribuidos y la correspondiente subsunción típica, con el detalle de la concreta modalidad o conducta investigada²⁵.

El art. 1 del D. Leg. N° 1106 sanciona también los actos de **transferencia**, que involucran tanto la “*transmisión de bienes*”²⁶ como el traslado de los mismos. La transmisión implica “*la salida de los bienes del propio patrimonio, para incrementar el de otra persona*”²⁷, como corolario, la transmisión de bienes al mismo titular, es decir una transferencia entre cuentas propias por ejemplo, no configura un acto de “*transferencia*” sino de “*conversión*” de activos en el contexto del art. 1 del D. Leg. N° 1106. Dado que la transmisión “*se produce mediante cualquier forma de transferencia, cesión o traspaso de los capitales a terceras personas*”²⁸, esa transmisión puede darse a título gratuito u oneroso²⁹, y puede implicar la transferencia del dominio o propiedad, de la posesión o de la simple tenencia³⁰.

Esto último importa un distanciamiento de aquél sector de la doctrina española que traslada a la dogmática del lavado de activos el concepto de transmisión del derecho civil, entendida “*como traspaso de derechos sobre los bienes*”³¹, es decir la cesión del dominio sobre los bienes de un patrimonio para integrarlos a la esfera jurídica de un

²² Así, BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales. 2ª ed. Pamplona, Aranzadi 2002, p. 337.

²³ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 226.

²⁴ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 497. BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 337.

²⁵ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. El control constitucional en la etapa de calificación del proceso penal. Lima, Palestra-C&A 2008, pp. 87ss. CASTILLO ALVA, José Luis. “La necesidad de determinación del «delito previo» en el delito de lavado de activos. Una propuesta de interpretación constitucional”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. T. 4, oct 2009, pp. 345ss.

²⁶ Es la expresión usada por el art. 301.1 del Código Penal español

²⁷ LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel. Blanqueo de capitales. Prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria. Barcelona, Bosch 2009, p. 170. Similar, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, cit., pp. 490-491.

²⁸ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 227. BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 313.

²⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, cit. 491. ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP). Madrid, lustel 2011, p. 277.

³⁰ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., p. 144.

³¹ ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP), cit., p. 276.

tercero³², lo que dicho de otra manera y llevado al extremo implicaría que el autor del delito deba ostentar la propiedad sobre el bien y transmitir ese derecho de propiedad. Bajo ese entendimiento se restringiría de modo ostensible la criminalización del lavado de activos, al no encontrar asidero típico los actos de transferencia de posesión o de la mera tenencia sobre los bienes, o los casos en que el autor ostenta únicamente un poder fáctico de disposición sin un título de propiedad, vacíos que en la regulación española son cubiertos por la fórmula abierta “o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito” del art. 301.1 del CP español, salida que no se contempla en la regulación peruana. Esta limitación interpretativa no puede superarse con la simple exigencia de que los actos de transferencia ostenten apariencia de legalidad desde el punto de vista jurídico-civil³³, ello sólo incide en las posibilidades de éxito de una conducta de blanqueamiento, en la idoneidad del riesgo creado por el autor, pues una mayor apariencia de legalidad conlleva mayores posibilidades de diluir el origen ilícito de los activos.

Se trata más bien de asumir una concepción amplia del concepto de “transferencia” utilizado por el legislador peruano, a fin de abarcar la mayor cantidad de supuestos relacionados con la llamada etapa de intercalación o estratificación del lavado de activos³⁴, en el que se producen múltiples y sucesivas transacciones para ocultar aún más el origen delictivo de los bienes, entre ellas las que no importan el traslado del dominio, como sucede con la transmisión de la posesión o la tenencia. Puede sostenerse por ello, desde la perspectiva de la legislación peruana, un concepto penal de transferencia que abarque tanto los casos de transmisión material o fáctica, como la llamada transmisión jurídica, siempre que exista poder de disposición³⁵. La transmisión jurídica supone el cambio de titularidad o legitimación en el ejercicio de un derecho, o simplemente la transmisión de los derechos que se tiene sobre los bienes³⁶, como se aprecia en una transferencia electrónica de fondos a través del sistema financiero y en favor de un tercero.

En cuanto a la transmisión material o fáctica, entendida como el transporte, traslado o remisión física de bienes de un lugar a otro, al margen del debate antes referido sobre los alcances del concepto de transmisión, la doctrina en general suele incluirlo dentro del concepto general de transferencia que usa la legislación nacional³⁷. Se ha criticado por ello que la reforma del art. 2 de la Ley N° 27765, a través del D. Leg. N° 986, hubiere incorporado en el año 2007 dentro del tipo de “ocultamiento y tenencia” la punición de quien “transporta dentro del territorio de la República o introduce o retira

³² Ibid., p. 276.

³³ Como parece entender GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 498.

³⁴ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., p. 143.

³⁵ DEL CARPIO DELGADO, Juana. El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal, cit., pp. 183-188. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 227.

³⁶ DEL CARPIO DELGADO, Juana. El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal, cit., pp. 183.

³⁷ SAAVEDRA ROJAS, Edgar y Rosa DEL OLMO. La Convención de Viena y el narcotráfico. Bogotá, Temis 1991, p. 38. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. “Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, Ley N° 27765, 27-06-02”, cit., p. 524. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 497.

del mismo” activos de origen delictivo, dado que tales supuestos equivalen, al menos en parte como veremos luego, a auténticas conductas de conversión o transferencia que habrían tenido mejor asidero en el art. 1 de la Ley N° 27765³⁸. El D. Leg. N° 1106 ha corregido esta inconsistencia, el nuevo art. 3 sanciona de modo independiente el *“Transporte, traslado, ingreso o salida del territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito”*, con lo que el transporte de otros bienes, distintos al dinero o títulos valores, quedará abarcado por el art. 1 del D. Leg. N° 1106 que criminaliza la conversión y transferencia, aunque también, y como se detallará más adelante, por el art. 2 en tanto sanciona los actos de posesión.

Las conductas típicas reunidas bajo el nombre *“actos de ocultación y tenencia”* están recogidas en el art. 2 del D. Leg. N° 1106 a través de ocho verbos típicos, se incluyen los actos de *“adquirir”, “utilizar”, “guardar”, “administrar”, “custodiar”, “recibir”, “ocultar”* y *“mantener en su poder”* los activos de origen ilícito. El texto original del art. 2 de la Ley N° 27765 recogía las mismas conductas, excepto la administración que fue incorporada en el año 2007 a través del D. Leg. N° 986³⁹. A diferencia del tipo de conversión y transferencia del art. 1, el amplio casuismo del delito de ocultamiento y tenencia del art. 2 deriva del mismo carácter que tiene el art. 3.1 literales b.ii y c.i de la Convención de Viena de 1988 y que menciona las conductas de *“ocultamiento”, “encubrimiento”*⁴⁰, *“adquisición”, “posesión”* y *“utilización”*. El art. 6.1 literales a.ii y b.i de la Convención de Palermo de 2000 recoge las mismas conductas, excepto el *“encubrimiento”* que la reemplaza por *“disimulación”*, supuesto que tampoco ha sido contemplado por la regulación peruana.

Como es evidente, las conductas tipificadas van más allá de los actos de conversión y transferencia⁴¹, seguramente porque la orientación político criminal es abarcar los principales supuestos que se dan en la llamada etapa de integración del lavado de activos, pues se trata de conductas que se dan una vez que los activos han adquirido una ficticia apariencia de legalidad producto de anteriores actos de conversión o transferencia⁴². Según el grado de injerencia del autor del delito sobre los bienes lavados, es posible identificar cuatro grupos de comportamientos: a) adquirir, b) recibir, mantener en su poder, c) guardar, custodiar y ocultar, y d) utilizar y administrar. En estricto, sólo los supuestos del grupo b) corresponden a la tenencia,

³⁸ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 497.

³⁹ Siguiendo con ello el modelo del art. 247-A del CP colombiano de 1980, reformado por la Ley 365 de 1997, y posteriormente sustituido por el art. 323 del CP de 2000, normas que expresamente previeron la sanción de los actos de administración de bienes. En la legislación argentina también se sanciona el lavado mediante administración de bienes, en el art. 278.1 del CP, conforme a la reforma mediante la Ley 25.246 publicada el 10.5.00. El art. 2.2 del Reglamento modelo americano sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico de drogas y otros delitos graves (1992-2006), también prevé esta modalidad.

⁴⁰ Supuesto que, de modo acertado, no recoge la norma nacional porque ello daría lugar a comunes situaciones de concurso aparente con el delito de encubrimiento, como se aprecia en el art. 301.1 del CP español o en el art. 323 del CP colombiano que sancionan, como una modalidad de blanqueo de capitales, la realización de actos para encubrir el origen ilícito de los bienes

⁴¹ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 498.

⁴² PRADO SALDARRIAGA, Víctor, Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., p. 146.

pero en sentido amplio suele considerarse como tenencia todos los casos del art. 2 salvo el de ocultamiento⁴³. La **adquisición** supone la incorporación del bien a un nuevo patrimonio por medio de cualquier título, oneroso o gratuito⁴⁴, es en parte la faceta contraria de los actos de transferencia, *“Adquisición y transmisión parecen contemplar los dos extremos de un mismo desplazamiento patrimonial”*⁴⁵. Pero a diferencia de los actos de transferencia que involucran la transmisión de propiedad, posesión o tenencia, la adquisición se limita sólo a las que involucran la propiedad⁴⁶, aunque por cualquier título⁴⁷, aquellas que signifiquen la adquisición de la posesión o la tenencia ya están cubiertas por los verbos típicos *“recibir”* y *“mantener en su poder”*, según el caso.

Los actos de **recibir** y **mantener en su poder** tienen en común que dan lugar a situaciones en las que el autor ejerce el poder fáctico sobre la cosa. La recepción sólo implica el inicio de la tenencia material y efectiva, transitoria o permanente, del bien de origen delictivo⁴⁸, se trata de un delito instantáneo (*“recibir”*) a raíz del cual se dará paso a otros comportamientos típicos como la posesión, administración, ocultamiento, transmisión, etc. A su vez, la conducta de *“mantener en su poder”* incorpora desde la simple tenencia del Derecho civil clásico⁴⁹, hasta la posesión del bien que corresponde

⁴³ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., pp. 498-500.

⁴⁴ ABEL SOUTO, Miguel. El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español, cit., pp. 109-110. PALMA HERRERA, José Manuel. Los delitos de blanqueo de capitales, cit., p. 425. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 225. GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 123. En la doctrina nacional, PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., pp. 147-148, y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. “Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, Ley N° 27765, 27-06-02”, cit., p. 524, consideran sin exponer los motivos que sólo existe espacio en la ley para las adquisiciones a título oneroso, aunque concluyen que las efectuadas a título gratuito están cubiertas por el verbo típico *“recibir”*. Antes bien, el sentido de la criminalización del lavado de activos también alcanza a mi juicio las adquisiciones a título gratuito como la donación o la herencia que, desde el punto de vista criminológico, son modalidades recurrentes de blanqueo de capitales. Reticente a la punición de las adquisiciones por herencia, ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP), cit., p. 271, quien postula enfrentar estos casos con las reglas del comiso.

⁴⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 227.

⁴⁶ PALMA HERRERA, José Manuel. Los delitos de blanqueo de capitales, cit., p. 425. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., p. 147.

⁴⁷ No se entiende las razones que conducen a BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. “Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, Ley N° 27765, 27-06-02”, cit., p. 524, a sostener que adquirir es sinónimo de comprar. La amplitud del verbo adquirir abarca supuestos diversos como la compraventa, la permuta, la cesión de derechos de crédito en un juicio, etc.

⁴⁸ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 125. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., p. 148. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 498.

⁴⁹ Conforme a la teoría subjetiva de Savigny del Derecho civil clásico, *“la tenencia tiene un elemento común con la posesión: el poder sobre la cosa (corpus). La diferencia radica en el reconocimiento del tenedor, de que la propiedad sobre aquélla pertenece a otro. Mas ha de entenderse –añádese– que ese reconocimiento refiérese en realidad a la “titularidad de un derecho real” del que el tenedor admite carecer”*, Enciclopedia Jurídica Omeba. T. XXVI. Buenos Aires, Omeba 1968, p. 35. Esta concepción fue superada con el Código Civil de 1936 y el de 1984, textos que asumen la concepción objetiva de

con el ejercicio fáctico de los atributos de la propiedad, como señala el art. 896 del Código Civil. El verbo “mantener” conlleva a que estemos ante una conducta de tracto sucesivo⁵⁰, ante un delito permanente. Así, no puede asumirse ni es necesaria una diferencia subjetiva entre “recibir” y “mantener en su poder”⁵¹.

La **guarda**, **custodia** u **ocultamiento** presuponen la tenencia o posesión del bien. En tales casos el agente no se limita a tener el bien a su disposición sino que realiza determinadas prestaciones de hacer, de diferente grado, con el objeto de mantener o conservar el bien al margen de los riesgos habituales del entorno social (pérdida, sustracción, robo, deterioro) y legal (decomisos, incautaciones, etc.). **Guardar** involucra actos externos de protección física del bien, sin necesidad de ocultarlo⁵², es poner los activos a salvo de los riesgos que pueden perjudicar su existencia o valor⁵³. En la **custodia** el autor va más allá, si bien no ejerce en estricto actos de dominio ni posesión⁵⁴, ejecuta actos de vigilancia, cuidado y control sobre los bienes para que no se perjudiquen⁵⁵. En relación a los actos de **ocultamiento**, conforme al art. 2 del D. Leg. N° 1106 éstos deben recaer sobre los bienes de origen ilícito, y deben ser idóneos para evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, por ese motivo se considera que no sólo involucran el ocultamiento físico del bien, sino también el contable o jurídico⁵⁶, lo que da cabida a las modalidades de ocultamiento previstas en la Convención de Viena, que describe acciones que no afectan directamente a un bien, sino que ocultan o encubren algunas características relativas a los bienes, entre ellas la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o derechos relativos a ellos⁵⁷.

posesión de Ihering, que la equipara únicamente con el poder de hecho o fáctico sobre la cosa, de modo que la noción de tenedor quedó así absorbida por la de poseedor, Vid. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Derechos reales. Lima, PUCP 1989, p. 128, quien pone de relieve la inconsistencia del Código Civil que por una parte define la posesión en términos puramente objetivos (art. 896) para luego volver sobre el ánimo, como en la concepción de Savigny, al exigir para la prescripción adquisitiva la posesión “*como propietario*” (arts. 950 y 951).

⁵⁰ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., p. 149.

⁵¹ Según GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., pp. 498-499, el verbo típico “*mantenerse en su poder*” se aplicará solo si la procedencia ilícita es conocida o posible de conocer después de haber recibido los activos.

⁵² PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., p. 147.

⁵³ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 499.

⁵⁴ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 125.

⁵⁵ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 499.

⁵⁶ TIEDEMANN, Klaus. Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial. Valencia, Tirant lo Blanch 2010, §7/283 de la parte especial, comparando la conducta de blanqueo de capitales del §261.1 del StGB con la de quiebra del §283.(1).1, en el sentido de que ambas persiguen “*impedir el acceso, en este caso por parte de una autoridad pública, al objeto*”. Y en la bancarrota, “*junto a la desaparición física de cosas muebles, también realiza el tipo cualquier transformación del estado jurídico de los bienes*” (§9/num.420). Del mismo modo, GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 500.

⁵⁷ ABEL SOUTO, Miguel. El blanqueo de dinero en la normativa internacional. Santiago de Compostela, UdSC 2002, p. 94. SAAVEDRA ROJAS y DEL OLMO, cit., p. 40.

El último grupo de los llamados actos de “*tenencia*” en sentido amplio compete a las conductas de “*utilizar*” y “*administrar*”, aquí el común denominador es que estamos ante comportamientos de explotación o aprovechamiento del bien. Sobre el primero de ellos, se descartan de plano los usos socialmente adecuados que no tienen por finalidad ocultar los activos de origen delictivo⁵⁸, y suele recurrirse a una interpretación gramatical, en la medida que la Real Academia de la Lengua Española define “*utilizar*” como “*aprovecharse de algo*”⁵⁹, entonces no se alude al simple uso de bien derivado de un delito anterior, es necesario que el autor “*le saque provecho, sacarle el máximo rendimiento para sí o para un tercero y, en esos términos, también debe suponer un incremento patrimonial*”⁶⁰, se trata por lo tanto de un uso en sentido amplio que incorpora la noción de disfrute o usufructo del bien⁶¹, sin que ello implique asumir la concepción civil de uso, disfrute o usufructo porque estamos ante conductas per se ilícitas⁶².

El mismo principio debe aplicarse para la interpretación de la conducta de “*administrar*”, no se trata aquí de la asunción de una posición de garante frente al patrimonio ajeno de modo que se reprima la administración infiel del gerente general, el director o el CEO de una empresa. En el contexto del lavado de activos la administración ilícita corresponde a los actos de gestión o manejo, *de iure* o de facto, del patrimonio propio o ajeno que tiene un origen delictivo, de manera que no existe énfasis alguno en la diligencia del gestor para manejar el objeto ajeno a favor de terceros, sino en la violación del deber de no introducir en el circuito comercial bienes de gestación ilícita, deber que en muchos casos es previo al derecho penal. Me refiero con ello a los llamados sujetos obligados⁶³, como los bancos, las financieras, las agencias de viaje, las empresas mineras, etc., que han sido identificados por la regulación administrativa, el sistema de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, como actores en el mercado propensos a mantener contactos comerciales habituales con verdaderos o potenciales lavadores de activos, razón por la cual la regulación impone deberes específicos, un deber o posición de garante, a la gerencia y al directorio de los sujetos obligados, como nombrar un oficial de cumplimiento, implementar un sistema de prevención del lavado de activos⁶⁴ y

⁵⁸ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 129.

⁵⁹ Vid. cualquier edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

⁶⁰ ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP), cit., p. 279.

⁶¹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., p. 147.

⁶² GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 124. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 499, se refiere también a los usos con “*aplicación a fines lícitos*”, lo que es difícil de entender en la medida que la ley penal se refiere a usos propios del lavado de activos y no a conductas neutrales o habituales que no significan la realización de un riesgo jurídicamente relevante.

⁶³ Vid., el art. 8 de La Ley N° 27693, “*Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera–Perú*” de 12.4.02, modificado por el art. 1 de la Ley N° 28306 de 29.7.04, y el art. 3 de La Ley N° 29038, “*Ley que incorpora la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF-PERÚ) a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones*”, de 12.6.07.

⁶⁴ Vid. el art. 10.2.1 de La Ley N° 27693, modificado por el art. 1 de la Ley N° 28306.

reportar a la UIF-Perú las operaciones sospechosas que se detecten⁶⁵. Entendido de esa manera, los actos de administración pueden involucrar la ordenación y organización de los bienes⁶⁶, así como la optimización de su rendimiento⁶⁷, de las cualidades y los provechos que de él se pudieran obtener⁶⁸. Pero en la medida que los actos de administración pueden superponerse a otras conductas ya tipificadas de modo específico como actos de conversión o transferencia, ocultamiento o tenencia, la función político criminal del verbo típico “*administrar*” no puede ser otra que llenar los vacíos de punición, cumpliendo por ende una función residual.

Finalmente en lo que respecta a las conductas típicas, debe tenerse en cuenta que la nueva regulación administrativa, también reformada recientemente⁶⁹, ha ratificado por una parte la conocida **obligación de declarar** el ingreso o salida del país de dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos “*al portador*” por sumas superiores a US\$10.000,00 (diez mil y 00/100 dólares americanos) o su equivalente en moneda nacional u otra extranjera. Asimismo, impone la **prohibición de transportar** dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos “*al portador*”, cuando se trata de sumas superiores a US\$30.000,00 (treinta mil y 00/100 dólares americanos) o su equivalente en moneda nacional u otra extranjera. Se prevé un conjunto de sanciones administrativas para la infracción de estas reglas, y se establece que el infractor/portador deberá acreditar ante la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, el origen lícito del dinero o instrumentos financieros en el término de 72 horas desde la retención, y que en caso contrario se considerará tal omisión como “*indicio de la comisión del delito de lavado de activos, sin perjuicio de la comisión de otros delitos*”, como podría ser el caso del ilícito de falsa declaración en procedimiento administrativo del art. 411 del Código Penal o alguna de las formas de delito tributario que tipifica el D. Leg. N° 813.

Solo la puesta en vigencia de este nuevo régimen administrativo parece explicar porqué el legislador ha incorporado, en el art. 3 del D. Leg. N° 1106, un “*nuevo tipo penal*” bajo el rótulo “**transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito**”, que en parte corresponde a los actos de transferencia tipificados en el art. 1. Si se tiene en cuenta que la pena prevista en los arts. 1 y 3 es la misma, la criminalización específica prevista en éste último sería en consecuencia superflua. Sin embargo, como también se ha explicado anteriormente, el traslado o transmisión de bienes tipificado por el art. 1 debe darse siempre a favor de un tercero, a título gratuito u oneroso, e implica el traslado de la propiedad, la posesión o la simple tenencia del bien, de manera que el art. 1 sanciona en estricto los actos de transporte realizados a favor de terceros. La conducta de transportar bienes

⁶⁵ Vid. el art. 11 de la Ley N° 27693, modificado por el art. 1 de la Ley N° 28306.

⁶⁶ ORSI, Omar G. Lavado de dinero de origen delictivo. Buenos Aires, Hammurabi 2007, p. 567.

⁶⁷ SALAS BETETA, Christian. “El delito de lavado de activos y su dificultad probatoria en el CPP de 2004. Comentarios al Decreto Legislativo N° 1106”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal, T. 35, mayo 2012, p. 23.

⁶⁸ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 127.

⁶⁹ Vid. la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 28306, reformada por la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria del D. Leg. N° 1106.

propios tendrá relevancia penal en el marco del art. 2 porque corresponde a los actos de posesión que se incardinan en el concepto *“mantener en su poder”*, como se ha detallado antes. Bajo estas premisas, todo el contenido del art. 3 tiene cabida como actos de transferencia o de posesión de bienes de origen ilícito, pero en la medida que el legislador ha impuesto una criminalización específica para el transporte de dinero o títulos valores, entonces el reconocimiento de su propio contenido típico viene impuesto por el principio de especialidad. Como corolario, el transporte o traslado de bienes inmuebles –en los términos de la ley civil- que pueden ser llevados de un lugar a otro, como una nave o aeronave, o de bienes muebles diferentes al dinero o títulos valores que también sean susceptibles de ser movilizados, siempre de origen ilícito, tiene relevancia típica dentro de los alcances de los arts. 1 y 2, según el traslado se ejecute en favor de un tercero o se trate de bienes propios, respectivamente.

III.2 El objeto material del delito

En cuanto al objeto material del delito el D. Leg. N° 1106, al igual que la Ley N° 27765, recurre desde el nombre de la Ley al término general *“activos”* (*“lavado de activos”*), y de modo específico los arts. 1 y 2 del D. Leg. N° 1106 se refieren en común al *“dinero, bienes, efectos o ganancias”*, y el art. 3, como se acaba de ver, establece como objeto el *“dinero o valores”*. En cuanto a la característica esencial de estos activos, los arts. 1, 2 y 3 indican que éstos deben tener *“origen ilícito”*, el art. 10 pf. 1 relativo a la autonomía del delito de lavado de activos dice que deben ser *“producto”* de actividades criminales (*“actividades criminales que produjeron”*), los pf. 2 y 3 se refieren a los ilícitos que generan activos (*“generar ganancias ilegales”*, *“actividades criminales generadoras”*), mientras que al regular las agravantes el art. 4 pf. 2 señala que los bienes, etc., deben *“provenir”* de la minería ilegal, etc. En suma, para la Ley se trata de activos que deben provenir o haberse originado, producido o generado en actividades delictivas.

Este innecesario casuismo para definir el objeto material no solo contrasta por ejemplo con regulaciones como la del CP español que en la definición del tipo básico de blanqueo de capitales se refiere en general a *“bienes”* que *“tienen su origen en una actividad delictiva”* (art. 301.1), sino además con la regulación supranacional y nacional. En cuanto a la primera, el art. 3 de la Convención de Viena concreta el objeto material sólo con la expresión *“bienes”* y los define en el art. 1 como *“los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”*, tales bienes deben provenir o ser producto de un delito, es decir que se trata de *“bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito”*. De modo semejante, el art. 6 de la Convención de Palermo refiere que el blanqueo debe recaer sobre *“bienes”* que *“son producto del delito”*, conceptos que define, casi en los mismos términos que la Convención de Viena, en el art. 2 literales d) y e).

Respecto a la regulación nacional, los términos usados para concretar el objeto material del lavado de activos tampoco coinciden con los previstos en el art. 102 del CP, modificado por el art. único del D. Leg. N° 982 de 22.7.07, que extiende el decomiso a los *“objetos de la infracción penal”*, los *“instrumentos con los que se hubiere cometido”* y a los *“efectos, sean éstos bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente de dicha infracción”*. Tampoco se guarda homogeneidad con la regulación de la incautación del art. 316.1 del Código Procesal Penal de 2004 que se refiere a los *“efectos provenientes de la infracción penal”*, *“los instrumentos con que se hubiere ejecutado”*, *“así como los objetos del delito”*. La relevancia de estas comparaciones cobra mayor sentido al apreciarse que el art. 9 del D. Leg. N° 1106 establece que el Juez ordenará en todos los casos de lavado de activos la incautación o el decomiso del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados, conforme a las reglas del art. 102 del CP.

Estas diferencias, cuando no inconsistencias de la regulación, no han sido suficientemente advertidas por la doctrina nacional. Así por ejemplo, no parece existir un argumento sólido para entender que los instrumentos del delito previo (*instrumenta sceleris*), es decir los objetos que, puestos en una relación de medio a fin con la infracción, hayan servido para su ejecución o para su preparación⁷⁰, puedan considerarse como objeto material de lavado de activos⁷¹, lo que no enerva la necesidad de que conforme al art. 102 del CP dichos instrumentos deban ser incautados y decomisados en el proceso que se instaure por el delito precedente, o incluso sean objeto de un proceso de pérdida de dominio en aplicación del art. 2.1 del nuevo D. Leg. N° 1104 de 19.4.12.

De hecho la propia legislación sobre pérdida de dominio define en la Disposición Complementaria Final Duodécima literal b), los *“Instrumentos del delito”* como los *“Bienes o medios utilizados o destinados a ser utilizados, de cualquier forma, en su totalidad o en parte, a cometer o intentar cometer el delito”*, y lo hace diferenciándolo del *“objeto del delito”* (literal a), los *“efectos del delito”* (literal c) y *“las ganancias del delito”* (literal d). Efectivamente, la Ley de Pérdida de Dominio define el objeto como los *“bienes muebles o inmuebles sobre los que recae el delito”*, los efectos son los *“Bienes muebles, inmuebles, semovientes y otros animales directamente derivados de la acción delictiva”* (sic) y las ganancias *“Los efectos mediatos o indirectos del delito, es decir los frutos y rentas de éste”*. Estos conceptos, si bien son ilustrativos para la interpretación del objeto de la conducta de lavado, son imprecisos frente a los alcances que la doctrina suele asignar a estas expresiones.

Y es que a mi entender, ya el concepto de bienes abarca tanto la noción de dinero, como de efectos y ganancias, lo que se aprecia con claridad en las amplias definiciones previstas en las Convenciones de Viena y de Palermo. Conforme al texto de la Ley, el

⁷⁰ GRACIA MARTÍN, Luis, Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR y M. Carmen ALASTUEY DOBÓN. Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. 2ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch 2000, p. 397.

⁷¹ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 85. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 502.

lavado de activos puede recaer sobre el dinero que es una clase de bien mueble y corresponde a toda forma de *cash* o efectivo, nacional o extranjero, en moneda o billetes. También puede cometerse sobre los efectos o producto del delito (*producta sceleris*) que comprende los objetos o bienes que hayan sido producidos mediante la acción delictiva⁷², por ejemplo una máquina fabricada violando una patente, el oro extraído mediante la minería ilegal, etc. Pueden lavarse igualmente las ganancias del delito (*scelere quasita*), definida como todo beneficio o ventaja económica, un bien desde luego, que obtiene el autor con la ejecución del delito⁷³. Con todo, puede ser objeto de lavado cualquier bien que haya sido directamente generado por la comisión de un delito anterior como el producto del delito, el beneficio, la utilidad o la ganancias, incluyendo entre éstas últimas el precio, la recompensa o la promesa para cometer un delito, e incluso en algún caso el mismo objeto material del delito antecedente⁷⁴.

A esta amplitud debe añadirse dos notas específicas. Por un lado, el bien debe ser susceptible de valoración económica, y por ende debe ser pasible de incorporación al patrimonio o de incorporación a un derecho transmisible o ser objeto de derecho⁷⁵, pues el blanqueo persigue la integración de bienes de apariencia legítima en el patrimonio del autor⁷⁶. Como corolario, los bienes carentes de relevancia económica son objetos inidóneos para la comisión del lavado de activos. En segundo término, los bienes deben ser susceptibles de tráfico mercantil lícito⁷⁷, tal exigencia está implícita en la idea de circulación del bien por la economía legal que subyace en la *ratio legis* del precepto y en la finalidad del lavador⁷⁸, se excluyen por ello del tipo penal aquellos productos o efectos del delito de comercio prohibido, por ejemplo los billetes falsificados o los productos adulterados.

A diferencia por ejemplo del art. 278.1.a del CP argentino que establece en 50.000 pesos el valor mínimo de los bienes objeto de lavado, la regulación peruana no establece un umbral similar, lo que ha conducido a entender que el valor económico o el monto dinerario son irrelevantes para la tipicidad y la punición⁷⁹. Para efectos de salvaguardar el principio de proporcionalidad, el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 propuso tomar

⁷² GRACIA MARTÍN, Luis y otros. Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, cit., p. 398.

⁷³ PALMA HERRERA, José Manuel. Los delitos de blanqueo de capitales, cit., p. 310. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 204.

⁷⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, cit., p. 484.

⁷⁵ ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP), cit., p. 311.

⁷⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, cit., p. 483.

⁷⁷ ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP), cit., p. 311.

⁷⁸ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 182.

⁷⁹ PRADO SILDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., p. 152. Igual, el Fundamento Jurídico 28º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10 relativo a "El delito de lavado de activos".

como referencia que el art. 3 del D. Leg. N° 813, Ley Penal Tributaria⁸⁰, preveía una pena atenuada cuando el tributo defraudado no superaba las 5 UIT⁸¹, planteamiento que motivó que el art. 4 *in fine* del D. Leg. N° 1106 establezca como circunstancia atenuante del lavado de activos que el valor de los bienes reciclados no supere las 5 UIT. A la par, la nueva legislación ha previsto como circunstancia agravante, en el art. 4 pf. 1º num. 3, que el bien supere la 500 UIT. Estas reglas cuantitativas no enervan la atipicidad de la bagatela, aunque teóricamente podría sostenerse que el sistema está configurado para la persecución de todos los casos de lavado de activos sin importar el valor de los bienes, lo cierto es que el sistema de prevención cuya operatividad depende de la práctica de los sujetos obligados, se rige bajo el criterio de gestión, administración y mitigación del riesgo de lavado de activos, de modo que los sistemas de detección de operaciones inusuales, y en tanto corresponda su posterior calificación como sospechosa y el reporte ante la Unidad de Inteligencia Financiera, ya está predeterminado para pasar por alto o excluir *ex ante* potenciales conductas de lavado de activos de escasa trascendencia económica que, conforme a ello, pasan a conformar una amplia zona o franja de riesgo penalmente permitido, y más aún porque se trata de prácticas certificadas como suficientes o aceptables por las propias autoridades fiscalizadoras del sistema de prevención, las empresas auditoras externas y las áreas de auditoría interna. Con un ejemplo, el comerciante informal que evade impuestos y deposita pequeñas cantidades mes a mes de la renta que ha ocultado al fisco en la cuenta de un familiar, difícilmente podrá ser detectado por los sofisticados y costosos software que utiliza la industria financiera, salvo que en algún momento se genere una alerta específica, como ser elegido alcalde, y deba aplicarse un proceso de debida diligencia reforzada por ser un PEP o personaje políticamente expuesto.

III.3 El delito previo

Como se detalló antes, el D. Leg. N° 1106 usa hasta cuatro verbos para referirse al llamado proceso de contaminación del objeto material del delito. Los bienes blanqueados deben tener un “*origen ilícito*”, provenir de determinados delitos, haberse producido por “*actividades criminales*” o haberse generado “*ilegalmente*”. Originar, provenir, producir o generar son las cuatro formas con las que el legislador designa la conexión de los activos lavados con el llamado “*delito fuente*”, “*delito precedente*”, “*delito determinante*”, “*delito antecedente*” o “*delito previo*”, es decir con el pasado delictivo de los bienes.

Aunque el legislador se refiera en varias ocasiones, de modo general, al origen ilícito de los bienes, expresión que comprendería ilícitos de menor significado social como los civiles o administrativos⁸², el art. 10 pf. 2 cierra el concepto cuando señala que el

⁸⁰ Fundamento Jurídico 29º.

⁸¹ De modo inconveniente el D. Leg. N° 1114 de 5.7.12 ha derogado esta atenuante que se fundaba en el menor desvalor del resultado defraudatorio.

⁸² GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 90.

origen ilícito “*corresponde a actividades criminales como los delitos de minería ilegal*”, etc.⁸³, de modo que no existen dudas en torno a que la fuente de los bienes corresponde a la comisión de delitos. Es más, aunque la cláusula abierta del citado pf. 2º solo pone el acento en la capacidad del delito previo de “*generar ganancias ilegales*”, conforme al principio de mínima intervención se considera que debe tratarse de delitos de cierta gravedad⁸⁴. Así, la determinación del delito precedente en el caso de delitos semejantes, deberá tener en cuenta que se trate de un delito grave y que a la vez genere una ganancia económica⁸⁵. En efecto, frente a los diferentes sistemas de determinación legal del delito fuente en el Derecho comparado⁸⁶, la regulación peruana los precisa “*relativamente, en una suerte de catálogo abierto, pues en la lista de (...) delitos, que siempre será del caso acotar, se agregan delitos similares – obviamente graves: sancionados con penas privativas de la libertad significativas y realizados tendencialmente en delincuencia organizada- que generen ganancias ilícitas –su lógica delictiva se engarza en la generación de una ganancia económica que se pretenda sustraer del sistema de persecución estatal para su incautación o decomiso-, con excepción del delito de receptación*”⁸⁷.

Esta gran apertura del art. 10 pf. 2 a todo tipo de delitos graves que generen ganancias, no ha evitado que el legislador, al igual que en la Ley N° 27765, excluya de modo expreso el delito de receptación del art. 194 del CP del catálogo de delitos fuente, exclusión que debe considerarse tan justificada como contradictoria. Por una parte, la pluralidad de bien jurídico protegido, la receptación tutela el

⁸³ La norma cita de modo expreso 13 delitos en especial: 1) minería ilegal, 2) tráfico ilícito de drogas, 3) terrorismo, 4) los delitos contra la administración pública, 5) secuestro, 6) proxenetismo, 7) trata de personas, 8) tráfico ilícito de armas, 9) tráfico ilícito de personas, 10) los delitos tributarios, 11) la extorsión, 12) el robo y 13) los delitos aduaneros. A diferencia del art. 6 pf. 2 de la Ley N° 27765, ahora se añade tres nuevos delitos al catálogo abierto: la minería ilegal, el tráfico ilícito de armas y los delitos tributarios en general (antes se mencionada solo la defraudación tributaria). A su vez, se elimina de la lista los delitos contra el patrimonio en su modalidad agravada, incorporados en el 2º párrafo del art. 6 de la Ley N° 27765 por el art. único del D. Leg. N° 986 de 22.7.07.

⁸⁴ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 501.

⁸⁵ CARO JOHN, José Antonio. “Consideraciones sobre el «delito fuente» del lavado de activos y su incidencia para determinación del «riesgo reputacional» de una institución financiera”. En: Dogmática penal aplicada. Lima, Ara 2010, p. 161, quien extiende esta doble exigencia incluso para restringir el ámbito de aquellos delitos expresamente mencionados en la Ley, por ejemplo no puede aceptarse que todos los delitos contra la administración pública se consideren delito fuente sino aquellos graves y generadores de ganancias (p. 162) como el cohecho (art. 393ss.), el peculado (art. 387) o la colusión desleal (art. 384), quedando por ende al margen delitos como la malversación (art. 389) que por definición no dan lugar a la producción de ganancias. Finalmente, de modo referencial detalla algunos delitos equivalentes o similares que pueden considerarse delito previo: los delitos contra los derechos de autor, contra la propiedad industrial, contra los bienes culturales, contra el orden financiero y monetario, contra los recursos naturales y el medio ambiente, el lavado de activos y la falsificación de documentos (p. 164).

⁸⁶ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., pp. 185-186, describe el sistema de *numerus clausus* (enumeración cerrada de un conjunto de supuestos que sirvan de base al blanqueo), de remisión a una categoría de delitos (descripción más abierta pero con un criterio delimitador, por ejemplo “*delitos graves*”), y el sistema mixto que conjuga las dos técnicas antes mencionadas.

⁸⁷ Fundamento Jurídico 30º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

patrimonio⁸⁸ y el lavado de activos el sistema de administración de justicia⁸⁹, y la semejante redacción de ambos preceptos, no parecen ya una justificación suficiente para dicha exclusión. Las sucesivas reformas del tipo penal agravado de receptación del art. 195 del CP, hasta la actual redacción conforme al art. único de la Ley N° 29583 de 19.9.10, han ampliado el objeto material de la receptación a delitos no patrimoniales como el secuestro, la extorsión y la trata de personas. A su vez, el propio art. 10 pf. 2 del D. Leg. N° 1106 considera que el lavado de activos también puede recaer sobre los bienes derivados del secuestro, la extorsión⁹⁰ y la trata de personas, e incluso sobre el robo que sí es un delito patrimonial. Ante esta realidad legislativa, si aún se defendiera que la propia receptación y los delitos que la pueden preceder, no pueden considerarse delito fuente de lavado de activos, tendría que llegarse a la absurda conclusión de que cualquier delito patrimonial, junto con el secuestro, la extorsión y la trata de personas, no pueden configurar el delito previo del lavado de activos, pese a que el art. 10 pf. 2º los reconoce como tales de modo literal. O tendría que entenderse que el lavado de activos sí puede recaer sobre esos bienes cuando no han sido objeto de receptación alguna, lo que podría conllevar que verdaderos casos de lavado de activos terminen siendo tratados de modo privilegiado con las menores sanciones que se prevé para la receptación.

La única forma de compatibilizar estos dispositivos es bajo la comprensión de que el art. 10 pf. 2 sólo excluye como delito fuente al delito de receptación del art. 194 y no a los posibles delitos fuente de la receptación. Así, puede haber lavado de activos derivados del robo agravado, el secuestro o de la extorsión, pero no hay espacio para el reciclaje de capitales provenientes de la receptación, pese a que ello es teóricamente posible: un reducidor de carros compra autopartes robadas, luego las vende e invierte las ganancias en la compra de un auto nuevo. En este caso el reducidor solo podrá ser perseguido por receptación (comprar y vender las autopartes), pero también por el delito de lavado de activos derivado del robo de las autopartes (conversión o inversión de las ganancias en la compra del auto), en base a conductas diferenciadas y conforme a las reglas del concurso real. La posibilidad de aceptar legalmente el concurso ideal entre receptación y lavado sólo es posible tratándose de la receptación aduanera tipificada por el art. 6 de la Ley N° 28008 de

⁸⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra el patrimonio. 4ª ed. Lima, Grijley 2010, p. 264. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 491.

⁸⁹ Vid. en detalle, CARO CORIA, Dino Carlos y Diana Marisela ASMAT COELLO. "El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N° 03-2010/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010 y N° 7-2011/CJ-116 de 6 de diciembre de 2011 en la delimitación y persecución del delito de lavado de activos". En: Libro homenaje al Prof. Dr. César Augusto Paredes Vargas. Lima, 2012, en prensa, apartado I. Del mismo modo, CARO JOHN, José Antonio. "Impunidad del «autolavado» en el ámbito del delito de lavado de activos". En: Dogmática penal aplicada, cit., pp. 184-185. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. "Blanqueo de capitales y negocios *standard*. Con especial mención de los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo". En: Silva Sánchez, Jesús-María (Dir). ¿Libertades económicas o fraudes punibles?. Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial. Madrid/Barcelona, Marcial Pons 2003, p. 153. TIEDEMANN, Klaus. Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial, cit., § 7/278 de la parte especial.

⁹⁰ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra el patrimonio, cit., p. 366, considera que aquí se protege el patrimonio y la libertad personal.

19.6.03, recientemente reformado por el art. 3 del D. Leg. N° 1111 de 29.6.12, que puede erigirse como delito previo del lavado de activos porque el art. 10 pf. 2 del D. Leg. 1106 reconoce como delito fuente a los delitos aduaneros en general: el comerciante que compra a sabiendas bienes derivados del contrabando y los oculta perfecciona así la receptación aduanera, y si además lo hace para evitar la incautación por parte de las autoridades que han detenido al contrabandista, también se configura el lavado de activos.

El delito precedente debe ser en esencia doloso, aunque excepcionalmente podría admitirse la modalidad culposa siempre que genere ganancias y se considere grave⁹¹, pero ello no acontece *de lege lata* en nuestro sistema que prevé penas de menor trascendencia para los delitos imprudentes que pueden generar beneficios⁹², como es el caso del tipo de disminución culposa del patrimonio concursal (art. 210, privación de libertad de 18 meses a 3 años) o de contaminación ambiental imprudente (art. 304 pf. 2, pena de hasta 3 años de privación de libertad). En cuanto al grado de realización del delito previo, se exige por lo menos la tentativa⁹³, también se aceptan los actos preparatorios punibles, siempre en la medida que de ellos deriven bienes idóneos para ser objeto de blanqueo⁹⁴.

De acuerdo con el art. 2.2 del Código Penal⁹⁵, los Tribunales peruanos tienen competencia para conocer y juzgar el delito de lavado de activos cometido en el extranjero sólo si produce efectos en el territorio nacional, aunque esta regla excepcional no puede extenderse sin más al delito precedente que por definición es autónomo e independiente del ilícito de lavado. Se ha sostenido sin embargo que el delito precedente puede haberse cometido en el territorio nacional o en el extranjero, en éste último caso suele exigirse la doble incriminación como en la extradición, el hecho debe ser punible tanto en el Perú como en el lugar donde se cometió⁹⁶, pero esta solución carece hasta la fecha de soporte en el Derecho nacional, a diferencia de regulaciones como la española (art. 301.4 del CP) y la alemana (§ 261 (8) del StGB) que sí contemplan previsiones expresas en tal sentido. Con ello subsisten las dudas sobre si el carácter grave del delito previo debe determinarse conforme al Derecho peruano o extranjero, o si la acreditación del delito previo debe darse conforme al estándar probatorio local o foráneo.

⁹¹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 189.

⁹² GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 95.

⁹³ Así, el Fundamento Jurídico 11º del Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116 de 6.12.11.

⁹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, cit., p. 486.

⁹⁵ Modificado por el art. 1 del D. Leg. N° 982 de 22.7.07, que amplió el principio real o de defensa, Vid. CARO CORIA, Dino Carlos. "Comentarios sobre el Decreto Legislativo N° 982, que reforma el Código Penal". En: JuS Legislación 7/2007, pp. 274-275.

⁹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, cit., p. 487. GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 96. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., pp. 504-505.

La autonomía del delito de lavado de activos fue esbozada primero por el art. 6 pf 3 de la Ley N° 27765, según el cual *“En los delitos materia de la presente ley, no es necesario que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria”*. Esta fórmula fue objeto de múltiples críticas, en particular porque la no exigencia de investigación del delito previo podía conducir a condenas sin que se haya acreditado el origen ilícito de los bienes⁹⁷, ante lo cual se llegó a proponer, en contra del Derecho positivo pero en base a garantías constitucionales esenciales como la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el debido proceso, que la investigación del delito previo debía al menos haberse iniciado junto con la del lavado de activos y que de no hallarse indicios suficientes sobre el delito fuente entonces la investigación por lavado debía cerrarse⁹⁸. Esta interpretación correctiva fue complementada en nuestro medio con los aportes de la doctrina española⁹⁹, en el sentido de que no era necesario acreditar todos los elementos del delito previo, el injusto culpable (incluso punible), sino y únicamente que la conducta generadora de los bienes es típica y antijurídica, es decir la existencia de un injusto penal¹⁰⁰, lo que ha venido a identificarse como el criterio de la *“accesoriedad limitada”*¹⁰¹, la *“relación de accesoriedad limitada”* entre el delito previo y el blanqueo de capitales¹⁰², o la *“relación de integración”* porque el hecho previo es sólo un elemento que complementa o se integra al tipo de blanqueo¹⁰³. Aunque como veremos luego, la relación entre el delito precedente que dispensa el objeto material y el delito de lavado de activos, no puede ser otra que una de imputación objetiva.

La Corte Suprema adoptó en el año 2010, con carácter vinculante, sólo una parte de estos lineamientos y ha desarrollado algunos postulados sobre la prueba del delito fuente. Se ha establecido *“que la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriedad que pueda condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico también autónomo, afectado por el lavado”*, sin embargo *“El delito fuente, (...)”*

⁹⁷ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. “Alcances de la ley penal contra el lavado de activos”. En: Actualidad Jurídica, T. 105, agosto 2002, p. 64.

⁹⁸ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 308. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 505.

⁹⁹ En base a una norma que no tiene equivalencia en la legislación peruana, el art. 300 del CP español establece que las disposiciones del capítulo sobre lavado de activos y receptación *“se aplicarán aún cuando el autor o el cómplice del hecho del que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera penalmente exento de pena”*. Esto significa que para efectos dogmáticos y de prueba, es suficiente que el delito previo se entienda como comportamiento antijurídico o injusto penal.

¹⁰⁰ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. “Algunas precisiones referentes a la ley penal contra el lavado de activos”, cit., p. 522. GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 95. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., pp. 503-504.

¹⁰¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, cit., p. 486, aunque califica esta denominación de impropia porque el blanqueo no es un delito accesorio del delito previo.

¹⁰² ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 198.

¹⁰³ ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP), cit., pp. 314-315, p. 325 nota 243.

*es un elemento objetivo del tipo legal (...) y su prueba condición asimismo de tipicidad. No es menester como se ha indicado anteriormente, que conste acreditada la comisión mediante sentencia firme, ni siquiera que exista investigación en trámite ni proceso penal abierto. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutiva*¹⁰⁴. Pero ello no enerva la necesidad de que en el mismo proceso por lavado de activo deba ejercerse una mínima actividad probatoria en torno al delito fuente, se señala en ese sentido que *“El tipo penal de lavado de activos sólo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo (...); es suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la infracción grave, de manera general. Ha de constatarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves (...) o con personas o grupos relacionados con la aplicación de este tipo legal*”¹⁰⁵. Así delimitado el objeto de prueba, la Corte Suprema desarrolla con poca novedad los lineamientos básicos de la prueba indiciaria, considerada como idónea y útil en los procesos vinculados a la criminalidad organizada en donde la prueba directa está ausente¹⁰⁶. Ello calza con el propio enunciado de la parte final del pf. 2º del art. 10 del D. Leg. 1106 conforme al cual *“El origen ilícito que conoce o debía conocer el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso”*, norma que reproduce casi con exactitud el contenido del pf. 1 del art. 6 de la derogada Ley N° 27765 y que en gran medida tuvo como fuente el art. 3.3 de la Convención de Viena¹⁰⁷ y del art. 6.2.f de la Convención de Palermo¹⁰⁸ que reconocen la relevancia de la prueba indiciaria¹⁰⁹. Así, y volviendo sobre el Acuerdo Plenario, finalmente la Corte Suprema enuncia y desarrolla, también con escasa novedad, el sentido de algunos indicios que, conforme a la experiencia criminológica, criminalística y jurisprudencial, son recurrentes en los casos de lavado de activos¹¹⁰.

Este desarrollo jurisprudencial mantiene actualidad pese a que el art. 10 pf. 1 del D. Leg. N° 1106 ha radicalizado la noción de *“autonomía”* del delito de lavado de activos. El nuevo dispositivo establece que *“El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o sentencia condenatoria”*. Al igual que la regulación derogada, no es necesario que el delito previo haya sido en el pasado objeto de

¹⁰⁴ Fundamento Jurídico 32º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

¹⁰⁵ Fundamento Jurídico 35º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

¹⁰⁶ Fundamento Jurídico 33º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

¹⁰⁷ *“El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso”*.

¹⁰⁸ *“El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias fácticas objetivas”*.

¹⁰⁹ ABEL SOUTO, Miguel. El blanqueo de dinero en la normativa internacional, cit., pp. 102-103, 251.

¹¹⁰ Fundamento Jurídico 34º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

investigación o fallo alguno, dicha actividad probatoria deberá ejecutarse cuando menos en el proceso penal que se instaure por el delito de lavado de activos. Antes bien, es de destacarse dos novedades, por un lado se ha enfatizado la no necesidad de que el delito fuente haya sido objeto de prueba alguna en cualquier contexto, dentro o fuera de un proceso oficial, lo que parece abrir la puerta a investigaciones o procesos por lavado de activos que pueden iniciarse sin prueba alguna del delito fuente que se postule. En esa misma línea restrictiva de derechos fundamentales, es más grave todavía que la ley acepte la posibilidad de investigar el delito de lavado sin que el delito fuente haya sido descubierto, lo que entendido de modo literal podría justificar la realización de investigaciones por lavado sin la identificación y delimitación del delito precedente, sin una hipótesis, por preliminar o provisional que fuera, sobre el delito fuente. En ese contexto, con simples alertas como el desbalance patrimonial de una persona, podría dictarse una decisión de diligencias preliminares o de formalización de investigación preparatoria en donde la investigación gire en torno al enriquecimiento del particular¹¹¹ y no al presunto delito que lo originó, y simplemente porque no es necesario que éste haya sido descubierto. Principios constitucionales básicos como el de imputación necesaria, el derecho de defensa o el derecho a probar, fundamentan la necesidad de determinación del delito precedente en toda investigación por lavado de activos¹¹² y, en consecuencia, la inaplicación de estos extremos de la nueva norma

III.4 La imputación objetiva en los procesos de contaminación/descontaminación del objeto material

En la medida que el bien a reciclar puede provenir de modo directo o indirecto de cualquier delito previamente cometido, se acepta que el lavado de activos también se configure como delito fuente de un nuevo acto de lavado, con ello se da paso a la sanción del llamado “*lavado sustitutivo o por sustitución*”, en donde el bien se sustituye o se transforma completamente al punto de no quedar nada del bien originario, así como del “*lavado en cadena*” que implica la sucesión de diversos actos de reciclaje en base al mismo bien u otros que deriven del mismo¹¹³. Los procesos de sustitución y blanqueo en cadena pueden corresponder, según cada caso, a supuestos de conversión de activos, específicamente a conductas de transformación, o transferencia de bienes, y en ellos es común que se produzca la mezcla o contaminación de activos de origen lícito con los de procedencia ilícita. La admisión de estas modalidades típicas requiere sin embargo la identificación de límites precisos a

¹¹¹ Como sanciona el art. 327 del CP colombiano al incriminar al que “*de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado de una u otra forma de actividades delictiva*”. Vid., CAMARGO, Pedro Pablo. El delito de enriquecimiento ilícito. 4ª ed. Bogotá, Leyer 2002, pp. 43ss.

¹¹² CASTILLO ALVA, José Luis. “La necesidad de determinación del «delito previo» en el delito de lavado de activos. Una propuesta de interpretación constitucional”, cit., pp. 341ss.

¹¹³ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., pp. 92-93. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte Especial, cit., p. 502. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 193.

fin de evitar una sobrecriminalización *ad infinitum* o la punición de conductas por la simple conexión causal, por lejana que fuera, con bienes que han sido objeto de actos de blanqueo de capitales. El injusto del lavado de activos no puede reducirse “a cualquier contacto con los bienes originarios en la ejecución de conductas delictivas, dado que se termina atribuyendo a los bienes de origen ilícito una capacidad ilimitada de contaminación respecto a los de procedencia lícita, cuando éstos se intercambian o se mezclan”¹¹⁴. Por esa vía, en un corto tiempo podría llegarse a considerar contaminada una parte esencial de la economía legal¹¹⁵.

La necesidad de diferenciar los activos de fuente ilícita de aquéllos de procedencia lícita, tanto en los casos de transformación o conversión total o parcial de bienes, como de mezcla, ha quedado claramente expresada en las Convenciones de Viena¹¹⁶ y de Palermo¹¹⁷. Conforme a esta regulación de Derecho penal internacional, las medidas de coerción reales como el embargo o la incautación, o la consecuencia jurídico-patrimonial del delito que se concreta en el comiso o decomiso, sólo pueden afectar el patrimonio contaminado, dejándose indemnes los activos de fuente lícita. Aunque estas reglas no han sido implementadas en el Derecho interno, debe aceptarse

¹¹⁴ ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP), cit., p. 325.

¹¹⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 288.

¹¹⁶ “Artículo 5.- Decomiso (...)

6. a) Cuando el producto se haya transformado o convertido en otros bienes, éstos podrán ser objeto de las medidas aplicables al producto mencionadas en el presente artículo.

b) Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado.

c) Dichas medidas se aplicarán asimismo a los ingresos u otros beneficios derivados de:

i) el producto.

ii) los bienes en los cuales el producto haya sido transformado o convertido; o

iii) los bienes con los cuales se haya mezclado el producto de la misma manera y en la misma medida que el producto. (...).

8. Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. (...)

¹¹⁷ “Artículo 12. Decomiso e incautación (...)

3. Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.

4. Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.

5. Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito. (...)

7. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.

8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. (...)

su aplicación directa e inmediata porque conforme al art. 55 de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional¹¹⁸, y si versan sobre derechos reconocidos por la Constitución, en este caso el patrimonio que se puede ver afectado por el embargo, la incautación o el comiso, se consideran que tienen rango constitucional conforme a la Cuarta Disposición Final y al contenido de los arts. 2 y 3 de la Ley Fundamental¹¹⁹. Evidentemente las Convenciones de Viena y de Palermo no son tratados sobre Derechos Humanos, pero contemplan reglas que afectan y protegen derechos fundamentales como el patrimonio de la persona, en concreto el derecho a diferenciar y salvaguardar de cualquier medida temporal o definitiva el patrimonio de origen lícito. Acorde con ello, el art. 253 del Código Procesal Penal de 2004 impone que la restricción de estos derechos fundamentales a través de las medidas coercitivas se someta a las garantías y principios esenciales como los de proporcionalidad y razonabilidad¹²⁰ que, aplicados al caso, conllevan la necesidad de que una investigación por lavado de activos, y por ende la sentencia final, sólo puedan afectar los bienes de origen ilícito.

Zanjado lo anterior, la cuestión que se plantea es otra y consiste en establecer las reglas de imputación, o de no imputación, cuando el objeto material del delito es el producto de la mezcla entre activos de origen lícito e ilícito, o cuando dicho objeto ha sido transformado o sustituido. Los planteamientos más difundidos en esa dirección son los de **Barton**¹²¹, expuestos y adaptados para el Derecho español por **Blanco Cordero**¹²², quien propone resolver o establecer los nexos entre los bienes y la conducta delictiva previa aplicando los mismos criterios que sirven para atribuir un determinado resultado a una conducta¹²³, por ello analiza el valor de las teorías de la causalidad, en concreto la equivalencia de las condiciones, de la adecuación y de la imputación objetiva, decantándose por ésta última: *“un bien no procede de un hecho delictivo (...) cuando según la teoría de la imputación objetiva se rompe el nexo causal existente conforme a consideraciones normativas. Se podría decir que la causalidad exigida con un delito previo no se da cuando éste no es jurídicamente significativo para el bien”*¹²⁴. Bajo esa línea, considera por ejemplo que los casos de mezcla de bienes lícitos e ilícitos sobre los cuales se ejecutan conductas de lavado posteriores, y la hipótesis de plusvalía y rendimiento de los bienes mezclados, deben resolverse conforme al criterio de la *“significancia jurídica”*: *“allí donde la correlación entre*

¹¹⁸ NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN. Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos. Lima, PUCP 2000, p. 108. SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho procesal penal. Vol. I. 2ª ed. Lima, Grijley 2003, p. 19.

¹¹⁹ NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN. Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos, cit., p. 123.

¹²⁰ CÁCERES JULCA, Roberto. Las medidas de coerción procesal. Sus exigencias constitucionales, procesales y su aplicación jurisprudencial. Lima, Idemsa 2006, pp. 39ss.

¹²¹ Su conocido trabajo sobre el objeto de la acción en el lavado de dinero, BARTON, Stephan. “Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 I Nr. 1-3 StGB bezeichnet Straftaten her?”. En: Neue Zeitschrift für Strafrecht, vol. 4, 1993, pp. 159ss.

¹²² BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales, cit., pp. 294ss.

¹²³ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 208.

¹²⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 295.

*elementos manchados y no manchados de un bien lleve al resultado de que los primeros no son significativos para el bien, la mezcla no debe considerarse proveniente de un delito previo*¹²⁵, significancia que Barton concreta en base a criterios “socioeconómicos”, o más bien matemáticos, si la parte del bien que se origina en un delito anterior fluctúa entre el 1/1000 y el 5/100, entre 0.1% y 5%, entonces el bien no puede considerarse de procedencia ilícita, si supera el 5% ya se erige como un bien idóneo para el blanqueo¹²⁶. Pero en estricto, Barton apuesta por una teoría de la imputación objetiva que no aplica, identifica una serie de supuestos en los que a su juicio no existe “*significación jurídica*” sin explicar si ello corresponde al criterio de peligrosidad de la acción (riesgo permitido o no creación de un riesgo jurídicamente relevante) o al ámbito de protección de la norma (no realización del riesgo en el resultado)¹²⁷.

Partiendo igualmente del nivel de significancia, **Blanco Cordero** considera que “*el recurso al principio de proporcionalidad y al análisis del caso concreto en relación con el grado de correlación entre la parte legítima y la delictiva, han de ser utilizados por el juez en la decisión de estos supuestos*”¹²⁸. Así, junto a las teorías de la causalidad impone otros correctivos jurídico-civiles, la adecuación social y las reducciones teleológicas¹²⁹, aunque sacrificando la coherencia de su planteamiento, por ejemplo considera en base a la equivalencia de las condiciones que los bienes producidos por una corporación no están contaminados aún cuando el delincuente ha adquirido una participación en la empresa con dinero de origen ilegal¹³⁰, o con base en la teoría de la adecuación también concluye que no está manchado el jugoso premio obtenido mediante un ticket de lotería comprado con dinero de fuente ilícita¹³¹. De esta manera Blanco Cordero “*resuelve cada uno de los supuestos problemáticos en base a una teoría de la causalidad distinta, con lo que su argumentación, aceptable caso por caso, pierde coherencia si es valorada en su conjunto*”¹³².

También en la doctrina española, **Aránguez Sánchez** postula la incapacidad de rendimiento de la teorías de la equivalencia de las condiciones, de la adecuación o de la imputación objetiva para fundamentar la descontaminación del bien, porque se trata de construcciones que por el contrario sirven para fundamentar o afirmar la relación de causalidad entre la conducta y el resultado, y no para romper ese nexo o

¹²⁵ Ibid., p. 297.

¹²⁶ Ibid., p. 297, notas 332 y 335.

¹²⁷ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 208.

¹²⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 300.

¹²⁹ Ibid., pp. 295ss. Le sigue, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial, cit., p. 488.

¹³⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 291.

¹³¹ Ibid., p. 293.

¹³² ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 209, extendiendo tal crítica a DEL CARPIO DELGADO, Juana. El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal, cit., p. 109, quien también ha postulado acudir a la teorías de la equivalencia de las condiciones, de la adecuación y de la imputación objetiva.

vínculo entre el bien y el delito precedente¹³³. Para este autor es necesario en consecuencia recurrir a una interpretación teleológica, es decir al fin de la regulación contra el blanqueo de capitales, *“que no es otro que el aislamiento de los beneficios procedentes de un delito grave del tráfico económico legal”*¹³⁴. Pero la interpretación teleológica que postula Aránguez Sánchez parece jugar un rol meramente secundario o auxiliar, y es que pese a las críticas a Barton e Isidoro Blanco, el autor enfrenta el supuesto básico de mezcla de bienes de procedencia ilícita con los de origen lícito, adoptando los planteamientos del propio Barton, quien *“resuelve el supuesto en base a la significación jurídica de la parte sucia en relación a la limpia”*¹³⁵. Ante el modelo de Barton, el autor español sólo incorpora dos matizaciones, por un lado cuestiona la relevancia del criterio porcentual¹³⁶, plantea que un mejor criterio es *“considerar que siempre que se pueda conocer que una parte de un bien tiene procedencia ilícita, entonces ese bien puede ser objeto material del blanqueo”*¹³⁷. En segundo término, dado que la descontaminación por mezcla solo tiene sentido cuando el bien tenga una unidad, si el bien es divisible –dinero por ejemplo- podrá escindirse la parte de origen delictivo, entonces *“si de un conjunto pueden separarse (antes de la mezcla) los bienes de ilícita procedencia, éstos no pierden tal condición, aunque supongan una parte insignificante del conjunto (luego de la mezcla)”*¹³⁸.

Este mismo tratamiento de los casos de mezcla es extendido por el autor a otros cuatro supuestos generalmente referidos en la doctrina como casos autónomos, pero que en rigor configuran modalidades de aquélla: 1) los beneficios ordinarios producidos por el bien de origen ilícito (los intereses de un depósito bancario, las utilidades de las acciones) también adoptan ese origen ilícito, porque derivan directamente de dicho bien y se mezclan con éste, salvo que el bien originalmente ilícito sea divisible en cuyo caso sólo se contamina el beneficio en la proporción correspondiente¹³⁹; 2) los beneficios extraordinarios (ganar la lotería!) producidos por el bien de origen ilícito (el ticket) no se contaminan porque solo una ínfima parte del capital tiene origen ilegal, careciendo de la significación necesaria para extender el efecto contaminante¹⁴⁰; 3) las transmisiones parciales de un bien parcialmente proveniente de un delito grave (una cuenta bancaria mezcla capitales de origen ilícito y lícito, y se transfiere una parte de dicho capital a otra cuenta), están contaminadas en

¹³³ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 209. Del mismo modo, ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP), cit., p. 325, nota 244.

¹³⁴ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., pp. 209-210.

¹³⁵ Ibid., p. 211.

¹³⁶ Como se explicó antes, para Barton si la parte de origen delictivo no supera el rango de 0.1% a 5%, entonces el bien no se reputará contaminado, si supera el 5% será lo contrario, y *“Entre esos límites la cuestión ha de resolverse atendiendo a cada caso concreto, dependiendo del tipo de objeto que se trate y la forma en la que se mezcló con bienes de ilícita procedencia”*, Ibid., p. 211.

¹³⁷ Ibid., p. 211.

¹³⁸ Ibid., pp. 211-212, textos entre paréntesis añadidos.

¹³⁹ Ibid., pp. 212-213.

¹⁴⁰ Ibid., p. 213.

la proporción que de origen ilícito tenía el bien producto de la mezcla¹⁴¹; y, 4) si se transforma el bien por el trabajo de un tercero, no hay contaminación si dicho bien no tiene un valor significativo frente al trabajo realizado (lienzo/pintura)¹⁴². El autor analiza tres supuestos más distintos a la mezcla: 5) en los casos de devaluación (carro nuevo/carro depreciado o incluso chatarra) y revalorización (un inmueble que multiplica su valor por el cambio de uso o la mayor demanda) del bien de origen ilícito, dicho origen subsiste, porque se trata exactamente del mismo bien, y en el último caso se produce el contagio de la ilicitud originaria a la parte revalorizada; 6) si el bien de origen ilícito se adquiere “*de buena fe*”, sin poder conocerse el origen ilícito, el bien se descontamina, al menos provisionalmente, aunque en su lugar queda contaminado el bien obtenido como contraprestación por la transmisión, el nexo de ilicitud resurge si luego otro adquiere el mismo bien sabiendo de su origen delictivo, por ello se considera en rigor que la adquisición de buena fe es solo un supuesto de “*transacción económica neutra*” incapaz de afectar el bien jurídico¹⁴³; y, 7) si se produce la prescripción o despenalización del hecho delictivo, el origen delictivo del bien desaparece, el bien se descontamina¹⁴⁴.

La conocida vinculación entre contaminación/descontaminación y comiso ha sido defendida en el Derecho penal alemán por **Vogel**¹⁴⁵, y en Suiza por **Graber**¹⁴⁶. Este último sostiene que solamente podría ser bien apto para la confiscación –y, por ende, para el lavado de activos¹⁴⁷–, la parte de origen ilegal y no el resto, conclusión que viene avalada de cierta forma por el art. 5.6.b) de la Convención de Viena y el art. 12.4 de la Convención de Palermo que, en los casos de mezcla, resuelven que sólo podrán decomisarse los bienes hasta el valor estimado del producto de origen delictivo mezclado. En la literatura española, **Palma Herrera** considera que quienes proponen resolver los casos de mezcla conforme a la “*significancia*” o la “*cognoscibilidad*” cometen el yerro de equiparar el objeto material con la totalidad del bien sobre el que recae la conducta típica¹⁴⁸, cuando en estricto “*el objeto material será el bien pero sólo en la proporción en la que el mismo procede de un delito (...) Y sí, como hemos visto, basta con una sola peseta de procedencia delictiva para entender realizado el tipo penal, aunque sólo sea de origen delictivo, el bien, en esa ínfima parte, podrá ser objeto material de un delito de blanqueo*”¹⁴⁹.

En esta línea de ideas, en los casos de revalorización del bien por el trabajo de un tercero, el incremento económico suscitado deberá estimarse de origen lícito¹⁵⁰. En el supuesto de transformación no se pierde el origen ilícito porque el art. 127.1 del

¹⁴¹ Ibid., p. 215.

¹⁴² Ibid., p. 216.

¹⁴³ Ibid. p. 217.

¹⁴⁴ Ibid., pp. 218-219.

¹⁴⁵ Citado por ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 209.

¹⁴⁶ Citado por BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 298.

¹⁴⁷ Ibid., p. 298, vid la nota explicativa 341.

¹⁴⁸ PALMA HERRERA, José Manuel. Los delitos de blanqueo de capitales, cit., pp. 363-364.

¹⁴⁹ Ibid., pp. 363-364.

¹⁵⁰ Ibid., p. 364.

Código Penal español impone que el decomiso procede “*cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*” los bienes¹⁵¹, conclusión compatible con el art. 102 del Código Penal peruano, reformado por el art. 1 del D. Leg. N° 982 de 22.7.07, que extiende el comiso a “*cualquier producto proveniente*” de la infracción. En los casos de sustitución, y concretamente en la adquisición por un tercero de buena fe, Palma Herrera interpreta que el nexo del bien con el delito previo no se pierde nunca, aunque en los casos de buena fe decaiga la pretensión estatal de decomisar para salvaguardar de modo excepcional al adquirente¹⁵², como establece expresamente la parte final del art. 127.1 del texto español, solución que para un sector de la doctrina nacional también contemplaría el texto actual del art. 102 del texto peruano¹⁵³, aunque esto pueda ponerse en duda por la ausencia de una declaración expresa de tutela al adquirente de buena fe, la que sí podía deducirse del texto anterior del art. 102 que excluía el comiso de bienes “*que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción*”¹⁵⁴, y más porque el art. 948 del Código Civil, pese a la buena fe, excluye la adquisición *a non domino* de bienes muebles “*adquiridos con infracción de la ley penal*”. Finalmente, Palma Herrera señala que únicamente la despenalización del hecho previo tiene la aptitud suficiente para descontaminar o desvincular el bien de su origen delictivo, lo que no acontece con la prescripción que “*no niega la existencia de un hecho típico y antijurídico previo*”¹⁵⁵, aunque también aquí se pierda el interés estatal de perseguir el blanqueo de capitales porque no existen bienes decomisables¹⁵⁶.

Arias Holguín adopta los postulados de Palma Herrera, para ella el comiso define el límite para la constitución del objeto material del blanqueo, “*porque justamente éste es el instrumento mediante el cual el ordenamiento jurídico proscribe la circulación por el sistema financiero de los activos que son originados en la ejecución de conductas delictivas. Fuera de estos eventos los bienes son transferibles y disponibles*”¹⁵⁷. Y frente a críticas que inciden en la evidente diferencia de fines entre el blanqueo y el comiso¹⁵⁸, la autora niega que la función del tipo de blanqueo estribe en el aseguramiento del comiso, pues “*tan solo se trata de buscar el recurso para realizar el juicio sobre si los bienes que se han originado en la comisión de conductas delictivas, pero que mediante otras operaciones o transacciones se han sustituido o transformado, reúnen las características requeridas para ser el objeto material de esta*

¹⁵¹ Ibid., p. 364.

¹⁵² Ibid., p. 366.

¹⁵³ GARCÍA CAVERO, Percy. Lecciones de Derecho penal. Parte general. Lima, Grijley 2008, p. 750, “*el decomiso debe tener como límite la adquisición onerosa por un tercero de buena fe, en la medida que, de otro modo, se afectaría sensiblemente la seguridad en el tráfico patrimonial*”.

¹⁵⁴ CASTILLO ALVA, José Luis. Las consecuencias jurídico-económicas del delito. Lima, Idemsa 2001, pp. 230-231.

¹⁵⁵ PALMA HERRERA, José Manuel. Los delitos de blanqueo de capitales, cit., p. 367.

¹⁵⁶ Ibid., pp. 368-369.

¹⁵⁷ ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión dolosa de blanqueo de capitales (art. 301 CP), cit., pp. 325-326.

¹⁵⁸ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 209.

incriminación”¹⁵⁹. Bajo esta perspectiva, la verdadera complicación de los casos de mezcla son, como en el comiso, los problemas de prueba para determinar qué bienes o qué parte de éstos tienen origen ilícito y cuáles no. Por ejemplo, no es aceptable calificar como íntegramente de origen ilegal un bien mezclado respecto del cual sólo se ha probado su ilegalidad en una parte, y cargar al titular de los bienes con la prueba de que si existe una parte de origen legal¹⁶⁰. Aunque, como concluye Arias Holguín, dicho debate no puede afectar el juicio sobre la idoneidad de los límites del comiso para constituir el objeto material del delito de blanqueo de capitales¹⁶¹.

La revisión de todos estos aportes evidencia los esfuerzos de la doctrina de la parte especial por delimitar o acotar la conexión entre el bien y su origen delictivo, o dicho de otro modo por determinar en qué casos el objeto material del delito es un objeto idóneo para la comisión del lavado de activos. No se enfrenta por lo tanto un problema de determinación de la relación o grado de accesoriedad o integración entre el delito precedente y el blanqueo como se ha sostenido, tampoco se trata de un problema de causas equivalentes o de adecuación social, al menos no como ha sido descrito por la doctrina referida. El asunto de la idoneidad o suficiencia del objeto material de la conducta debe enfrentarse desde la perspectiva de la **imputación objetiva**. Definir si el patrimonio que deriva de la mezcla de activos de doble fuente, legal e ilegal, o si el bien adquirido de buena fe son activos en el sentido del tipo de lavado, es determinar la condición de idoneidad del objeto material y, por esa vía, definir el grado de desvaloración o no de la conducta que se ejerce sobre dicho objeto. En otras palabras, la capacidad del objeto material para la comisión del delito de lavado de activos incide directamente en la peligrosidad de la conducta para lesionar el bien jurídico desde una perspectiva *ex-ante*¹⁶², si los actos de conversión o transferencia recaen sobre objetos descontaminados, son tan atípicos como la tentativa inidónea por la *“absoluta impropiedad del objeto”* (art. 17 del CP). En efecto, ésta última se define precisamente recurriendo a *“la peligrosidad de la acción cometida por el agente, mediante la cual es imposible consumir el delito, porque (...) el objeto (es) inapropiado. Estas características indican una falta de capacidad potencial para hacer factible la consumación. La apreciación de esta potencialidad del medio (...) y por consiguiente de la acción, debe hacerse ex ante e in concreto. Dicho de otro modo, el juez debe colocarse, idealmente, en la misma posición en que se encontraba el agente al comenzar la ejecución de su acción y apreciar, según los conocimientos que tenía, si la acción podía, según las circunstancias del caso, desembocar en la realización del tipo*

¹⁵⁹ ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP), cit., p. 326.

¹⁶⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales, cit., p. 298. Precisamente los arts. 5.7 y 12.7 de la Convenciones de Viena y de Palermo, respectivamente, postulan un mecanismo de inversión de la carga de la prueba, el imputado deberá probar el origen lícito de los supuestos bienes blanqueados, regla que no puede adoptarse conforme al Derecho peruano que reconoce a nivel constitucional la presunción de inocencia (art. 2.24.e).

¹⁶¹ ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP), cit., p. 326.

¹⁶² Vid. ampliamente sobre la peligrosidad *ex-ante* de la conducta, CARO CORIA, Dino Carlos. Derecho penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación. Lima, Gráfica Horizonte 1999, pp. 492ss.

*legal. (...) El peligro del que se trata es el que representa la acción realizada para los bienes jurídicos de terceros*¹⁶³.

Si la peligrosidad *ex-ante* de la conducta de lavado depende o deriva, al menos en parte, de la condición del objeto material que, en el caso del blanqueo, es un bien derivado de un delito previo y por ende “contaminado” o “manchado” por su origen, entonces el objeto no puede ser sino un **objeto peligroso**, es decir un objeto respecto del cual cabe predicar su peligrosidad también desde una perspectiva *ex-ante*. La peligrosidad del objeto, o de la “cosa” como solía denominarse en la literatura antigua, no es una categoría nueva en el Derecho penal si tomamos en cuenta la existencia de múltiples tipos de la parte especial que fundan la antijuricidad material, entre otros elementos, con la descripción de una situación o circunstancia en la que un objeto o un bien, de lícito o ilícito comercio, aparece también, para usar la misma expresión que en el lavado de activos, “contaminado” o “manchado” por: 1) una condición intrínseca al objeto, 2) por la propia conducta típica, 3) por su conexión con un hecho del pasado, o 4) por su vinculación a una conducta futura. Ejemplos del primer grupo son el tipo de tráfico ilegal de “residuos o desechos tóxicos o peligrosos” (art. 307 del CP), el delito de manipulación de “armas químicas” (art. 279-A del CP) o la conducta de posesión de “drogas tóxicas” (art. 296 pf. 2 del CP), en estos casos la peligrosidad del objeto es inherente al bien independientemente del tipo de conducta que pueda recaer sobre el mismo. El segundo caso corresponde por ejemplo al delito de hacer en todo o en parte un documento falso o adulterar uno verdadero (art. 427 pf. 1 del CP), en este supuesto la peligrosidad del objeto es producto de la propia actividad delictiva, peligrosidad que en el ejemplo citado estriba en que el documento falso o adulterado “pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho”. En el tercer grupo la peligrosidad deriva de un hecho pasado, como en la receptación (art. 194 del CP) o el lavado de activos, aquí la peligrosidad se profundiza o se proyecta en nuevos cursos peligrosos o lesivos, a través de las conductas típicas que recaen sobre el objeto. Finalmente, el cuarto caso puede ejemplificarse con el tipo de posesión, transporte, adquisición o venta no autorizada de “insumos químicos o productos” (art. 296-B del CP), aquí la peligrosidad de la cosa sólo puede explicarse por su conexión con un futuro hecho ilícito, que para la ley se concreta en “el objeto (el fin) de destinarlos a la producción, extracción o preparación ilícita de drogas”¹⁶⁴.

En varios de estos casos la peligrosidad del objeto material demanda, además de las prohibiciones penales, diferentes grados de inocuización, una serie de reglas previas o coetáneas a la norma penal¹⁶⁵ para la administración eficiente del riesgo de uso, manipulación, transporte, resguardo, tenencia, etc., que pueden ir desde la aplicación de reglas administrativas indicadoras de los niveles de riesgo permitido, para el transporte de residuos peligrosos por ejemplo, hasta el embargo, la incautación, el decomiso, la pérdida de dominio o incluso la destrucción del objeto, como en el caso

¹⁶³ HURTADO POZO, José y VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA. Manual de Derecho penal. Parte general. T. II. 4ª ed. Lima, Idemsa 2011, §19/2176-2178.

¹⁶⁴ Texto entre paréntesis fuera del original.

¹⁶⁵ Propias de la norma penal secundaria, como el comiso.

de las drogas o los billetes falsificados que son de ilícito comercio. En el caso concreto del lavado de activos provenientes de un delito anterior, las reglas de interdicción de los capitales de origen ilegal abarcan: 1) la aplicación de la incautación y/o el comiso como consecuencia del delito anterior; 2) el sistema de prevención que impone obligaciones administrativas o de *compliance* a diferentes sujetos obligados, dentro y fuera del sistema financiero, para la evitación de potenciales conductas de lavado y la identificación del presunto patrimonio ilícito: conocimiento del cliente, debida diligencia, desvinculación del cliente, monitoreo constante de operaciones inusuales, e identificación y reporte de operaciones sospechosas (incluso reforzada penalmente a través del delito del art. 5 del D. Leg. N° 1106); 3) las prohibiciones propiamente penales de negociar con bienes de origen ilegal, las diferentes modalidades del lavado de activos; y, 4) las consecuencias patrimoniales del propio delito de lavado y su tutela cautelar.

Frente a este panorama, la determinación normativa de la peligrosidad *ex-ante* del objeto material deberá obedecer en primer término a criterios teleológicos derivados del ámbito de protección de la norma: no están permitidas las conductas de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia, únicamente si el objeto de origen delictivo es idóneo, desde una perspectiva general *ex-ante*, para insertarse en el tráfico legal o lícito de bienes. En segundo lugar, y como complemento necesario para dicha determinación, deberá atenderse al sistema de reglas previas o coetáneas a la norma penal para el tratamiento de tales objetos, las que se erigen como *ratio cognoscendi* de los niveles de riesgo permitido¹⁶⁶ porque, para decirlo en palabras de Jakobs, “*deja de estar permitido aquél comportamiento que el propio Derecho define como no permitido, prohibiéndolo ya por su peligrosidad concreta o abstracta, incluso bajo amenaza de pena o multa administrativa*”¹⁶⁷.

Desde esta perspectiva de valoración que estimo como dogmáticamente correcta, quedan sin espacio las propuestas que definen la descontaminación del objeto en casos de mezcla con criterios de gran acento cuantitativo como el de Barton de la “*significancia jurídica*”, que incluso acude a fórmulas matemáticas como el límite del 5% que si bien aporta seguridad jurídica, carece de asidero legal y dogmático desde la perspectiva de la imputación objetiva, porque ni siquiera implica una determinación del riesgo permitido conforme a una ya opinable razón de cálculo de costes y beneficios¹⁶⁸. Si bien Blanco Cordero recurre a correctivos cualitativos como el principio de proporcionalidad, que en rigor inspira a todo el Derecho punitivo, finalmente se ciñe a criterios cuantitativos cuando postula el análisis del caso concreto en relación con el grado de correlación entre la parte legítima y la delictiva. La perspectiva de Aránguez Sánchez tampoco es convincente porque sólo se funda en la perspectiva teleológica que conecta el objeto al bien jurídico protegido, sin referencia alguna a la regulación que soporta el tratamiento jurídico del objeto material.

¹⁶⁶ CARO CORIA, Dino Carlos. “El valor de la infracción administrativa en la determinación del riesgo permitido en el Derecho penal económico”. En: ADPE N° 1/2011, pp. 20-21.

¹⁶⁷ JAKOBS, Günther. La imputación objetiva en Derecho penal. Lima, Grijley 1998, p. 48.

¹⁶⁸ Ibid., p. 43.

A su vez, la delimitación del objeto material bajo los mismos límites del comiso, como defienden Palma Herrera y Arias Holguín, tiene la virtud de emparentar dos conceptos con tres elementos comunes: 1) el objeto material del lavado y el objeto del comiso derivan de un injusto penal (conducta típica y antijurídica)¹⁶⁹, que eventualmente puede ser el mismo; 2) dentro de las múltiples posibilidades del tipo alternativo de lavado se tiene el caso en que el objeto material es un bien decomisible –“(…) con la finalidad de evitar (..) su (...) decomiso”–; y, 3) la peligrosidad del objeto del lavado se asemeja a la peligrosidad objetiva de la cosa que fundamenta el comiso y emana del *“pronóstico de probabilidad de que (los objetos peligrosos) pudieran ser utilizados en el futuro para la comisión de nuevos delitos, sin necesidad de que el autor del hecho previo fuera además culpable y sin necesidad asimismo de que los citados instrumentos tuvieran que pertenecer forzosamente a aquél”*¹⁷⁰. Esa última semejanza es de la mayor trascendencia porque abona en la delimitación del objeto material del lavado aquí defendida con base en la imputación objetiva, pues la peligrosidad objetiva de la cosa decomisada sirve también para la fundamentación de las consecuencias accesorias contra la persona jurídica, peligrosidad corporativa que se ha venido construyendo partiendo de la imputación objetiva, bajo conceptos como el riesgo o defecto de organización, o deficiente administración del riesgo¹⁷¹, como ha establecido el Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 de 13.11.09¹⁷². Como señala Feijóo Sánchez, *“La «teoría de la imputación objetiva» es una teoría normativa que pretende averiguar el sentido y fin de las normas con relevancia penal. Por ello para solucionar esta problemática es preciso –una vez más– determinar la finalidad político criminal de las consecuencias accesorias para las personas colectivas. Partiendo, como ya he defendido, de la idea de que estas consecuencias tienen como finalidad combatir la peligrosidad objetiva de la persona jurídica o agrupación basada en un defecto de organización que facilita la comisión de hechos antijurídicos, las ideas desarrolladas por la doctrina alemana, especialmente por TIEDEMANN y SCHÜNEMANN, tienen gran utilidad para resolver esta problemática. La consecuencia para la persona jurídica sólo tiene sentido en aquellos casos en los que la actuación delictiva de la persona física se debe a un defecto de organización o a una gestión empresarial criminógena de la empresa o asociación que se mantiene o que se puede repetir después de la comisión del hecho delictivo por parte de la persona física. En ese momento se muestra necesaria la adopción de una medida preventiva para que no se vuelvan a repetir hechos de esas características”*¹⁷³. Ahora bien, esta gran conexión entre el objeto material del delito de lavado y el comiso no justifica concluir que el objeto material

¹⁶⁹ En relación al comiso, GRACIA MARTÍN, Luis y otros. Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, cit., p. 394. GARCÍA CAVERO, Percy. Lecciones de Derecho penal. Parte general., cit., p. 749.

¹⁷⁰ GRACIA MARTÍN, Luis y otros. Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, cit., p. 394. GARCÍA CAVERO, Percy. Lecciones de Derecho penal. Parte general., cit., p. 747, texto entre paréntesis añadido.

¹⁷¹ CARO CORIA, Dino Carlos. “Responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho penal peruano e iberoamericano”. En: Guzmán Dálbora, José Luis. El penalista liberal. Libro homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Buenos Aires, Hammurabi 2004, p. 1022ss.

¹⁷² Fundamentos Jurídicos 11° y 15° B.

¹⁷³ FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿un medio eficaz de protección del medio ambiente?”. En: RPCP N° 9, p. 283.

equivale a un bien decomisable, con ello se dejaría de lado tanto la perspectiva teleológica ya expuesta, como la extensa regulación que permite configurar sistemáticamente la noción de riesgo permitido conforme a la imputación objetiva y que, conforme se ha visto, trasciende el ámbito del decomiso que en tal contexto sólo puede aceptarse como un criterio más, acaso auxiliar o incluso irrelevante en determinados casos, por ejemplo se puede decomisar los instrumentos del delito conforme al art. 102 del CP, pero estos no conforman el objeto material del tipo de lavado.

En esta perspectiva, el recurso a la imputación objetiva para la concreción de la peligrosidad del objeto material del delito de lavado, implica dejar de lado las no poco comunes soluciones subjetivas, consistentes en bloquear la punición cuando es difícil o imposible probar el dolo del agente más allá de toda duda razonable¹⁷⁴, éstas son insatisfactorias porque no contemplan la exclusión de grupos de conductas en las que el sujeto por ejemplo conoce de modo actual o potencial el origen ilícito del bien, pero sencillamente no tiene el deber de evitar la conducta de traficar con dichos bienes. En el estado actual de la teoría del delito no sólo el dolo es un filtro de la tipicidad, sino y antes que él, el tipo objetivo, de modo que es dogmáticamente incorrecto resolver casos con el filtro subjetivo cuando éstos ni siquiera implican la realización de una conducta no permitida¹⁷⁵. La jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Sala Penal Nacional sigue este derrotero, la Sala Penal Permanente ha establecido por ejemplo que la canalización de una transacción a través del circuito financiero formal elimina la presunción respecto del origen ilícito de los fondos¹⁷⁶, si el dinero proviene del propio canal financiero entonces dichos activos, y el cliente en particular, han tenido que ser sometidos a las reglas de prevención por parte del o los sujetos obligados del sector financiero que han servido de canal previo para su incorporación en dicho mercado. Aunque el imputado desde el punto de vista fáctico o natural haya podido sospechar del origen ilegal, ello es irrelevante porque conforme a la imputación objetiva ha actuado bajo el principio de confianza, no ha realizado una conducta no permitida al operar con activos provenientes del propio circuito financiero y cuyo tránsito a través del mismo, en caso los bienes tuvieran origen ilegal, debió ser bloqueado y reportado oportunamente por el operador financiero competente. La Sala Penal Nacional es más explícita en la tesis de que el circuito financiero es un medio de descontaminación del objeto material, en el caso Duany Pazos señaló que *“es de tenerse en cuenta que la transferencia de las acciones se sustentó en el pago de cheques de gerencia de un Banco como el Atlantic Security Bank, que como es parte del sistema financiero formal estaba en la obligación de realizar los controles por transacciones sospechosas,*

¹⁷⁴ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. El delito de blanqueo de capitales. Madrid, Colex 1998, pp. 300 y 390. CÓRDOBA RODA, Juan y Mercedes GARCÍA ARÁN. Comentarios al Código Penal. Parte especial. T. I. Madrid-Barcelona, Marcial Pons 2004, pp. 1155-1156.

¹⁷⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. “Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva”. En: Estudios de Derecho penal. Lima, Palestra-C&A 2010, p. 148.

¹⁷⁶ Ejecutoria de la Sala Penal Permanente de 26.5.04, Recurso de Nulidad N° 2202-2003/Callao, considerando 8º y 9º, en: SAN MARTÍN CASTRO, César. Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema. Lima, Palestra 2007, pp. 549-550.

debiéndose estimar que la entrega de cheques por parte de quien había contratado sus servicios profesionales generaba confianza sobre su licitud (principio de confianza)”¹⁷⁷.

La capacidad de rendimiento de la imputación objetiva para la delimitación del objeto material del delito en general¹⁷⁸, también puede apreciarse frente a los casos de lavado de activos enunciados por la literatura de la parte especial. Los casos de despenalización y de prescripción del delito previo suponen un cambio del estatus jurídico del objeto material, pasa de ser “*peligroso*” a no serlo, y la inexistencia de un objeto peligroso determina la inidoneidad absoluta de la conducta para cometer lavado de activos, en el caso específico de la prescripción la presunción de inocencia se mantiene incólume ante el decaimiento de la obligación del Estado de investigar y eventualmente sancionar un hecho de relevancia penal¹⁷⁹. En el llamado supuesto de “*adquisición de buena fe*” -el órgano recaudador del tributo (la SUNAT) cobra el impuesto que el lavador paga por la renta de un negocio inexistente con dinero de origen ilegal-, la descontaminación del bien no se debe a la ausencia de dolo sino a la realización de una conducta neutral o habitual en el marco de la prohibición de regreso.

Si se mezclan activos de fuente ilícita y lícita, la contaminación de éstos últimos no dependerá de una cuantía sino de sí, desde una perspectiva *ex-ante*, la conducta del lavador subordina la renta lícita a la ilícita, sometiendo ambas a un proceso de reciclaje, quien deposita dinero sucio en una cuenta con dinero de origen legal mezcla patrimonios sólo en sentido fáctico pero no los arriesga en conjunto, en ese caso la necesidad de diferenciarlos conforme a las Convenciones de Viena y de Palermo es imperativa. Pero si el lavador compra acciones con dinero de origen legal e ilegal entonces el acto de inversión ha subordinado todo el dinero, la colocación se extiende al dinero limpio porque éste ha sido consolidado con el sucio en un nuevo negocio. La comparación con los juegos de azar es ilustrativa, quien apuesta grandes sumas de dinero con la expectativa de enriquecerse lícitamente puede ganar o perder su patrimonio si no acierta en la apuesta, y quien lava bienes –de origen mixto: legal e ilegal- con la expectativa de defraudar el sistema antilavado de activos, igualmente puede “*ganar*” si logra hacerlo sin ser descubierto o perderlo todo porque *ex ante* lo arriesgó en conjunto pese a esa posibilidad. Conforme a este razonamiento, en los casos de transmisiones parciales de un bien parcialmente proveniente de un delito previo -el lavador compra un inmueble y paga el 30% del precio con dinero de origen

¹⁷⁷ Del mismo modo, el Auto de la Sala Penal Nacional de 8.4.09, Expediente N° 945-08-C, caso Juan Duany Pazos y otros, fundamento séptimo.

¹⁷⁸ Vid. por ejemplo, PASTOR MUÑOZ, Nuria. Los delitos de posesión y de estatus: una aproximación político criminal y dogmática. Barcelona, Atelier 2005, pp. 33ss. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “La dimensión temporal del delito y los cambios de «status» jurídico-penal del objeto de acción”. En: Estudios de Derecho penal. Lima, Grijley 2000, pp. 180ss. CARO CORIA, Dino Carlos. “El delito de enriquecimiento ilícito”. En: San Martín Castro, César, Dino Carlos Caro Coria y José Leandro Reaño Peschiera. Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Lima, Jurista Editores 2002, pp. 216-220.

¹⁷⁹ MEINI MÉNDEZ, Iván. “Sobre la prescripción de la acción penal”. En: Imputación y responsabilidad penal. Lima, Ara Editores 2009, pp. 281, 291.

ilegal y el saldo con dinero limpio, luego vende a otro el 60% del bien-, la fusión entre los bienes de origen legal e ilegal justifica el tratamiento de toda la masa o parte de ella como de origen ilegal.

La misma regla debe aplicarse al tratamiento de los beneficios ordinarios y extraordinarios producidos por el bien de origen ilícito, los primeros -las ganancias, los intereses, las rentas, los frutos del bien- forman parte del resultado esperado y perseguido por la conducta, de modo que se integran –se contaminan- al patrimonio ilícito, a diferencia de los beneficios extraordinarios –ganar la lotería!- donde el resultado es obra absoluta del azar o de la casualidad y no es, por ende, objetivamente imputable a una conducta que, desde una perspectiva *ex-ante*, ni siquiera puede entenderse como el inicio o la continuación de un proceso orientado a ocultar el origen ilegal de un bien. Llevada esta concepción al terreno de la transformación de bienes de origen ilícito por el trabajo o la obra de un tercero -el terreno de origen ilegal es edificado con el aporte de fuente lícita, el oro producto de la minería ilegal que es altamente refinado mediante un proceso técnico-, y descontando los supuestos de “buena fe” o conductas neutras como se ha señalado antes, estos casos de mezcla corresponden a actos que subordinan o contaminan ese mayor valor de origen lícito con el bien de fuente ilícita.

Y finalmente en relación a los casos problemáticos para la literatura de la parte especial, pocas dudas cabe albergar en torno a los supuestos de devaluación -el inmueble que pierde valor tras un terremoto o el sometimiento a un proceso judicial de reivindicación con inscripción de la demanda- y revalorización -las acciones de empresas mineras que ganan valor por la extraordinaria subida del precio de los metales- del bien de origen ilícito, se trata de procesos esperados desde una perspectiva *ex-ante*, por ordinarios o extraordinarios que puedan ser. La regla social no varía, así como nadie discutiría si el menor o el mayor valor siguen correspondiendo al mismo bien si éste hubiera sido adquirido con fuentes lícitas, tampoco cabe hacerlo cuando la fuente fue ilícita.

IV. EL TIPO SUBJETIVO DE LAVADO DE ACTIVOS

La faz subjetiva en las primeras versiones del tipo de lavado, entonces limitado a los bienes procedentes del tráfico de drogas, en el contexto del art. 296-A del Código Penal -y sus diversas reformas- que tipificaba el delito de conversión, transferencia y ocultamiento de bienes, vino marcada por la expresión “*siempre que el agente hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado*”, que tuvo como fuente el art. 25 de la Ley argentina N° 23.737 de 21.9.89 que definía el tipo subjetivo de lavado con la misma fórmula: “*siempre que hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado*”. La doctrina nacional interpretó estas elocuciones como referencias al dolo directo (hubiese conocido) y al dolo eventual (hubiera sospechado), respectivamente, y señaló que el tipo no exigía la presencia de un ánimo de lucro a diferencia del delito de

receptación¹⁸⁰. En cuanto al tipo del art. 296-B – y sus modificaciones- de conversión o transferencia de bienes a través del sistema financiero, pese a no usarse la citada elocución también se consideró que recogía tanto el dolo directo como el eventual, aunque en el caso de repatriación se interpretó que era necesario un elemento subjetivo especial diferente del dolo, definido con la expresión “*de tal forma que ocultare su origen, su propiedad u otros factores potencialmente ilícitos*”¹⁸¹, interpretación discutible porque no parecía definir una intención sino el resultado que debía alcanzar el autor.

Durante el corto periodo de vigencia de la Ley N° 25404, entre febrero y abril de 1992, el lavado de activos derivados del tráfico de drogas o del terrorismo era una modalidad agravada (art. 195.2 del CP) del delito de receptación del art. 194, de modo que el tipo subjetivo del lavado era el mismo de la receptación, definido con la expresión “*bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito*”, y que ha sido interpretado doctrinal y jurisprudencialmente como referencias al dolo directo y al dolo eventual¹⁸², manteniéndose con ello la comprensión también mayoritaria de la frase “*debía presumir que provenía de un delito*” del tipo de encubrimiento del art. 243 del Código penal de 1924, a su vez inspirado en el art. 125 del Proyecto suizo de 1918¹⁸³. La actualidad de estos antecedentes no puede ser mayor porque los actuales delitos de lavado de los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N° 1106, vuelven sobre estas mismas expresiones al referirse a los bienes “*cuyo origen ilícito conoce o debía presumir*”.

Son dos las construcciones subjetivas que se conocieron bajo la vigencia de la Ley N° 27765, aunque de modo constante se recurrió a la fórmula “*cuyo origen ilícito conoce o puede presumir*” en los tipos de conversión y transferencia (art. 1), y ocultamiento y tenencia (art. 2), fórmula que ratificaba el art. 6¹⁸⁴, sólo el texto original de la ley incorporó un elemento subjetivo diferente del dolo que definía el delito como uno de tendencia interna trascendente, ello mediante la frase “*con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación y decomiso*”. Esta construcción tuvo como

¹⁸⁰ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú, cit., p. 69.

¹⁸¹ Ibid., p. 75.

¹⁸² PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho penal. Parte Especial. T. II-A. Lima, Ediciones Jurídicas 1995, pp. 259-261. ÁNGELES GONZÁLES, Fernando y otros. Código penal. T. III. Lima, Ediciones Jurídicas s/f, pp. 1276-1277. BRAMONT-ARIAS TÓRRES, Luis Alberto y María del Carmen GARCÍA CANTIZANO. Manual de Derecho penal. Parte especial. 3ª ed. Lima, San Marcos 1997, p. 344. En la doctrina nacional, solo SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra el patrimonio, cit., p. 267-268, defiende que la receptación culpable está prevista bajo la fórmula “*debía presumir que provenía de un delito*”, aunque acepta que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia en general interpretan que solo hay espacio para la punición dolosa.

¹⁸³ ROY FREYRE, Luis E. Derecho penal peruano. T. III. Parte especial. Lima, Instituto Peruano de Ciencias Penales 1983, pp. 143-144, 146. Sin embargo, PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho penal. Vol. III. Parte especial. Lima, Sagitario 1986, pp. 274-275, interpretó que el tipo de receptación sancionaba tanto el dolo eventual como la culpa con representación.

¹⁸⁴ “*El origen ilícito que conoce o puede presumir el agente*” (pf. 1), y “*El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente*” (pf. 2).

fueron inmediatas el ya referido “Anteproyecto de Ley que modifica la legislación penal en materia de tráfico ilícito de drogas y tipifica el delito de lavado de activos”, de la Comisión Encargada de revisar la Legislación Antidrogas creada mediante la Resolución Ministerial N° 021-2001-JUS que contemplaba además como intención alternativa la de evitar el “descubrimiento” de los bienes, la cual fue inexplicablemente eliminada¹⁸⁵. Según la exposición de motivos del Anteproyecto, *“El tipo subjetivo es estructurado, como en el delito patrimonial de receptación, considerando el conocimiento directo o eventual del agente respecto al objeto que transfería o convertía. Sobre la base de las circunstancias en que se adquiere, posee u oculta el bien, el agente sabía o podía conocer el origen irregular del mismo. La finalidad del agente en cualquier circunstancia es evitar el descubrimiento – ubicación física del bien; la identificación de su origen – establecimiento del nexo causal de la procedencia real del mismo; la adopción de una medida cautelar – incautación- o de una consecuencia accesoria – decomiso-”*¹⁸⁶. De esta manera, el tipo de lavado se estructuraba como un delito de peligro¹⁸⁷ abstracto¹⁸⁸, el dolo del lavador debía abarcar tan solo el conocimiento de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia de bienes de origen delictivo, al cual debía sumarse esa especial intención *“de asegurar la ganancia ilícitamente generada”*¹⁸⁹ para completar la tipicidad subjetiva.

El artículo único del D. Leg. N° 982 de 22.7.07 reformó los arts. 1 y 2 de la Ley N° 27765, convirtiendo este elemento subjetivo, la especial intención, en el resultado típico¹⁹⁰, elevando con ello la carga de la prueba para la persecución de estos delitos. Se pasó a exigir, ya en el plano del tipo objetivo, que el autor realice actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia de bienes de origen ilícito y que logre con ello un resultado: dificultar (*“y dificulta”*) la identificación del origen, la incautación o el decomiso de esos bienes. Y todo ello, la conducta y el resultado, debía ser abarcado por el dolo, la tipicidad subjetiva no demandaba la concurrencia de otros elementos subjetivos¹⁹¹.

La vertiente subjetiva de los actuales tipos de lavado de los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N° 1106 es el fruto de esta evolución. Se ha retornado en esencia a la construcción original de la Ley N° 27765, por una parte se incorpora el dolo solo en relación a los actos de conversión o transferencia (art. 1), ocultamiento o tenencia (art. 2), y transporte o traslado (art. 3) de los bienes de origen ilícito, recurriéndose para ello a la fórmula del tipo de receptación del art. 194 del CP, el agente ha de conocer (*“conoce”*)

¹⁸⁵ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., pp. 154-155.

¹⁸⁶ Separata Especial del Diario Oficial El Peruano de 17.6.01, cit., p. 5.

¹⁸⁷ Fundamento Jurídico 21º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

¹⁸⁸ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte especial, cit., p. 512.

¹⁸⁹ Fundamento Jurídico 21º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

¹⁹⁰ Fundamento Jurídico 15º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

¹⁹¹ Fundamento Jurídico 21º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

o “*debía presumir*” ese origen ilícito de los bienes¹⁹². Y de otra parte, se reinstaura la especial intención del autor, “*la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso*”, lo que convierte nuevamente al lavado de activos en un tipo de peligro abstracto e incongruente por exceso subjetivo, en un delito de tendencia interna trascendente de resultado cortado¹⁹³. De esta manera, para efectos del tipo subjetivo se zanja la diferencia entre la receptación y el lavado según concurra o no esa especial intención, o dicho de otra manera, el ánimo de lucro es el elemento subjetivo especial de la receptación, mientras que en el lavado de activos la finalidad especial es impedir la identificación del origen, la incautación o el decomiso del bien, el blanqueo de capitales no precisa del llamado *animus lucrandi*¹⁹⁴.

Ahora bien, en cuanto al dolo el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 señala que el “*sujeto activo debe, pues, ejecutar las distintas actos y modalidades de lavado de activos de manera conciente y voluntaria*” (sic)¹⁹⁵, lo que conllevaría a asumir una concepción voluntarista del dolo que debe ser rechazada por las razones generales que he expuesto en otras ocasiones¹⁹⁶ y que, específicamente en el caso del lavado de activos, no ha sido acogida al menos por una parte de la literatura nacional que concreta el dolo del lavado únicamente en el conocimiento directo o eventual del origen ilícito de los activos y de los actos subsecuentes de conversión, transferencia, etc., sin referencia alguna a una voluntad que ya resulta típicamente irrelevante. Así, bajo la legislación anterior se ha señalado que “*La norma no sólo exige como elemento subjetivo configurador del delito el dolo directo, o conocimiento seguro del origen ilícito de los activos, sino también admite la posibilidad de generar responsabilidad penal a partir del denominado dolo eventual que está presente en el supuesto de poder presumir el origen ilícito del activo. Con el dolo eventual (...) basta con que tenga la probabilidad de saberlo, o lo hubiera podido presumir*”¹⁹⁷, esto es, “*el conocimiento*

¹⁹² El art. 10 del D. Leg. N° 1106 utiliza las mismas elocuciones: “*El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente*” (pf. 2 *ab initio*), “*El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente*” (pf. 2 *in fine*).

¹⁹³ HINOSTROZA PARIACHI, César. El delito de lavado de activos. Delito fuente. Lima, Grijley 2009, p. 128. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. El delito de blanqueo de capitales, cit., pp. 343-344. Por su parte, REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Criminalidad empresarial. Lima, Gaceta Jurídica 2012, p. 212, considera más bien que estamos ante un delito mutilado de dos actos.

¹⁹⁴ Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10, Fundamento Jurídico 27°. Este Fundamento, al igual que otras partes relativas al tipo subjetivo (§ 3 del Acuerdo), ha sido redactado mediante la reproducción casi literal, aunque sin cita o referencia específica, de los aportes de PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., pp. 152ss., autor que a la vez fue el ponente del Acuerdo Plenario, como se lee el Antecedente 6°. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. “*Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, Ley N° 27765, 27-06-02*”, cit., p. 527, también excluye el ánimo de lucro del tipo subjetivo de lavado.

¹⁹⁵ Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10, Fundamento Jurídico 17°.

¹⁹⁶ CARO CORIA, Dino Carlos. “*El delito de enriquecimiento ilícito*”, cit., pp. 221ss. “*Los delitos concursales en el Derecho penal peruano. Alcances de la Ley de Reestructuración Patrimonial y de la nueva Ley General del Sistema Concursal*”. En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N° 3/2002, pp. 159-160.

¹⁹⁷ CARO JOHN, José Antonio. “*Consideraciones sobre el «delito fuente» del lavado de activos y su incidencia para determinación del «riesgo reputacional» de una institución financiera*”, cit., p. 157.

*sobre el delito previo del que provienen los activos no tiene que ser siempre cierto, sino que resultará suficiente la probabilidad sobre dicha procedencia*¹⁹⁸.

Sobre el grado de conocimiento, es suficiente saber que los activos derivan de un hecho delictivo grave¹⁹⁹. El Acuerdo Plenario establece que no se exige del autor conocer qué tipo de delito previo generó los bienes, ni cuando se cometió dicho delito, y menos quiénes intervinieron en su ejecución, tampoco se demanda conocer la situación procesal del delito fuente o de sus autores o partícipes, y en el caso específico de las conductas de ocultamiento o tenencia no es necesario conocer de las acciones anteriores de conversión o transferencia, ni saber quiénes participaron en ellas²⁰⁰. Antes bien, se ha defendido que, en tanto el tipo excluye como delito fuente la receptación, el autor debe al menos conocer que el bien no proviene de dicha infracción²⁰¹, apreciación que no puede estimarse correcta si se entiende que tal exclusión es una simple condición objetiva de punibilidad que, en consecuencia, no necesita ser abarcada por el dolo.

Como ya se puso de relieve, el término *“puede presumir”* de la Ley N° 27765 que en general se ha considerado como inclusivo del dolo eventual, no ha sido reproducido por el D. Leg. N° 1106 que introduce la expresión *“debía presumir”* del tipo de receptación del art. 194 del CP, lo que se viene entendiendo como una ampliación por parte del legislador de los deberes de conocimiento en torno al origen ilícito del bien con el que se trafica. Esto es, *“el término “debía presumir”, en lugar del “puede presumir” (...), expresa una mayor exigencia (...), la norma en vigencia le otorga un deber de presunción en el entendido que, en una valoración paralela en la esfera del profano, es perfectamente factible sospechar la ilicitud de la procedencia de los bienes en cuestión”*²⁰². Así, se afirma que *“se convierte en una exigencia para el ciudadano, pues en una investigación o proceso no se analizará si él podía presumir, esto es, que hubiera contado con algunos datos que le hubieran permitido suponer que el dinero, efectos, bienes y ganancias tenían proveniencia ilícita, sino –sólo- si debía presumirlo. Esto obliga a la ciudadanía a tener un deber de cuidado en relación con activos de dudosa procedencia”*²⁰³.

Dado que luego volveremos sobre esta discusión, es relevante tener en cuenta que pese al menor sentido constrictivo de la fórmula *“puede presumir”* usada en la legislación anterior, la doctrina nacional ha debatido si ésta cubría los supuestos de

¹⁹⁸ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte especial, cit., p. 506.

¹⁹⁹ Ibid., p. 506.

²⁰⁰ Fundamento Jurídico 18º.

²⁰¹ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino. El delito de lavado de activos, cit., pp. 98-99, y nota 124. En contra, PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., p. 153.

²⁰² HERNÁNDEZ MIRANDA, Edith. “Comentarios sobre la regulación sustantiva del delito de lavado de activos: a propósito del Decreto Legislativo N° 1106”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo 35, mayo 2012, p. 82.

²⁰³ SALAS BETETA, Christian. “El delito de lavado de activos y su dificultad probatoria en el CPP de 2004. Comentarios al Decreto Legislativo N° 1106”, cit., p. 23.

culpa²⁰⁴, indiferencia²⁰⁵ e “ignorancia deliberada”²⁰⁶. Sobre el primero, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia niegan de modo rotundo la punición del lavado de activos por imprudencia, porque el art. 12 pf. 2 del Código Penal establece un sistema de *numerus clausus* en materia de delitos culposos y la expresión “*puede presumir*”, semejante a la prevista en el tipo de receptación del art. 194 del Código actual y del encubrimiento del art. 243 del Código de 1924, ha sido en general interpretada sin incluir la culpa, de modo que “*por tradición interpretativa doctrinaria, legislativa y jurisprudencial no se puede asumir la presencia de un supuesto imprudente de lavado de activos a partir de la fórmula asumida por nuestra legislación*”²⁰⁷. El art. 2 del “Reglamento Modelo sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves” de la CICAD-OEA tipifica el lavado de activos incorporando tres modalidades subjetivas: “*a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional*”, y según las notas 2 y 3 del Reglamento, “*debiendo saber*” se interpreta “*como culpa, lo que en el ordenamiento jurídico de algunos estados miembros está por debajo de los estándares mínimos. Se entiende que los estados miembros que lo apliquen lo harán de una forma consistente con su respectivo ordenamiento jurídico*”, mientras que la “*ignorancia intencional*” se interpreta “*como dolo eventual*”. A partir de este precepto de *soft law*, se ha querido defender que la fórmula “*puede presumir*” del Derecho nacional no puede equipararse a la culpa que, en todo caso, debiera ser prevista con la elocución “*debiendo saber*”²⁰⁸, conclusión que a mi juicio no puede aceptarse por algo evidente, la nota explicativa N° 2 del Reglamento de la CICAD-OEA no establece que el único modo de tipificar la culpa es con dicha expresión puesto que cada Estado podrá hacerlo conforme a sus propias reglas y tradición jurídica. En efecto, la asimilación entre “*debiendo saber*” y culpa tiene sentido bajo determinada concepción de negligencia del sistema anglosajón, concretamente la del § 2.02(2)(d) del *Model Penal Code americano*²⁰⁹, que presupone la realización de una conducta y una “*no percepción del riesgo*”, el sujeto “*debía*

²⁰⁴ A favor de esta interpretación minoritaria, GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte especial, cit., p. 507, quien considera que “*podría tratarse de un supuesto de culpa grave que se castiga del mismo modo que un delito doloso*”, culpa grave que no ha terminado de definir (Vid. Derecho penal económico. Parte general. T. I. 2ª ed. Lima, Grijley 2007, pp. 567-568). Admite en general la culpa en el delito de lavado de activos, FRISANCHO APARICIO, Manuel. Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos. Lima, Jurista Editores 2003, pp. 296-297, 307.

²⁰⁵ Así, GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal económico. Parte especial, cit., pp. 507-508.

²⁰⁶ En esa línea, GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., pp. 101-102.

²⁰⁷ Ibid., pp. 105-106.

²⁰⁸ Así, PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de activos y financiación del terrorismo, cit., p. 154, y el Fundamento Jurídico 19º del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

²⁰⁹ “§ 2.02. General Requirements of Culpability (...)

(2) Kinds of Culpability Defined (...)

(d) Negligently.

A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation (...).

conocer el riesgo sustancial e injustificable (lo que implica que no lo conocía)”²¹⁰. En el sistema inglés, la negligencia se concibe de modo similar, aunque no exactamente igual, “Una persona obra negligentemente si su conducta, en relación con un riesgo razonablemente apreciable, se sitúa por debajo del estándar exigible a una persona razonable a la luz de dicho riesgo”²¹¹, estándar de valoración que, como puede deducirse, demanda un “deber saber” o “deber conocer” sobre dicho riesgo. Sin embargo, desde la perspectiva eurocontinental que inspira nuestro sistema jurídico-penal, la elocución “debiendo saber” no puede interpretarse como una característica privativa del comportamiento culposo, la normativización del tipo subjetivo conlleva que múltiples formas de imputación subjetiva, desde la culpa inconciente hasta el dolo eventual e incluso el dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias, pudiera fundarse, entre otras condiciones, en la defraudación de un deber de saber o un deber de conocer.

La no punición de la imprudencia en el marco de los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N° 1106 obedece a razones sistemáticas, la exigencia de una tipificación expresa de la culpa en un sistema de *numerus clausus* se ve confirmada ahora porque la nueva Ley prevé un único caso de imprudencia, el art. 5 pf. 2 sanciona la omisión culposa de comunicar operaciones o transacciones sospechosas e impone sólo una pena de multa que es sustancialmente menor que las consecuencias señaladas para la omisión dolosa (pf. 1). Ello en concordancia con la menor desvaloración que acarrea la conducta negligente de lavado de activos, como puede verse en regulaciones como la alemana²¹², la española²¹³ o la argentina²¹⁴ que, también bajo un sistema taxativo de la culpa, sancionan de modo específico, pero a la vez atenuado frente al tipo doloso, el blanqueo de capitales cometido por “imprudencia grave” y no por culpa leve, sin aceptarse una equiparación entre el comportamiento doloso y la negligencia grave. Como puede verse en el citado auto de la Sala Penal Nacional de 8.4.09 del caso Duany Pazos, la jurisprudencia no alberga dudas sobre la no punición de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia imprudentes, se considera que “La mera afirmación de que se presume que una persona conozca de las actividades ilícitas relacionadas al lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas, no es una conducta típica (...) El sólo conocimiento de actividades de lavado de activos no hace responsable del delito de lavado de activos a una persona. Lo que se reprime no es el conocimiento de una operación de lavado, sino de una conversión, transferencia u ocultación de un activo conociendo o presumiendo su origen ilícito. Por último, aseverar que alguien debía conocer el origen ilícito de un bien o dinero, no es más que

²¹⁰ FLETCHER, George. Conceptos básicos de Derecho penal. Valencia, Tirant lo Blanch 1997, p. 175.

²¹¹ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La estructura del la teoría del delito en el ámbito jurídico del “Common Law”. Granada, Comares 2002, p. 102.

²¹² § 261 (5) del StGB, sanciona el lavado de bienes por “imprudencia grave” con una pena por debajo de la mitad que la prevista para el tipo doloso.

²¹³ Art. 301.4 del Código Penal, penaliza la “imprudencia grave” con una sanción privativa de libertad máxima equivalente a un tercio de la estipulaba para el caso de dolo.

²¹⁴ Art. 278.2º del Código Penal, también criminaliza el lavado por “temeridad o imprudencia grave” y solo con pena de multa.

*la expresión de un proceder culposo, el mismo que en nuestra legislación de lavado de activos no es típico*²¹⁵.

Finalmente en cuanto al tipo subjetivo, la “indiferencia”, la “ceguera”, la “ignorancia deliberada o intencional” o “willful blindness” del sistema anglosajón²¹⁶, que para un sector de la doctrina nacional ya tenían asidero bajo el rótulo “puede presumir” de la Ley N° 27765, pese a la ausencia de una equivalencia material entre estas categorías dogmáticas incluso entre quienes defienden, como aquí, que son compatibles con una concepción cognitiva de dolo, deben aceptarse como manifestaciones subjetivas que también pueden calzar con la expresión “debía presumir” del D. Leg. N° 1106. Esta fórmula parece encerrar una contradicción manifiesta entre un precepto normativo y un requerimiento ontológico, se parte del dato nomológico de que el sujeto tiene un deber, pero el objeto del deber no se expresa en un requerimiento objetivo como el conocimiento (“deber de conocer”) o la información (“deber de informarse”), sino en una circunstancia psicológica, contingente y natural: una presunción, es decir la representación hipotética o “sospecha fundada” del origen ilícito del bien que se lava²¹⁷. Así, el amplio margen de posibilidades que el marco literal de la ley dispensa, con exclusión de la culpa por las razones ya expuestas, otorga cabida a la “ignorancia intencional” recogida en el art. 2 del Reglamento Modelo de la CICAD-OEA y que según la nota 3 del mismo se interpreta “como dolo eventual”, y que corresponde al sujeto “que pudiendo y debiendo conocer determinadas circunstancias penalmente relevantes de su conducta, toma deliberada o conscientemente la decisión de mantenerse en la ignorancia respecto de ellas”²¹⁸. La indiferencia o ceguera también encuentra espacio en el amplio abanico de la cita legal “puede presumir”, hay indiferencia y ésta se entiende como dolo respecto a la realización del tipo si el agente, “de un conjunto de cursos posibles, se guarda de aquéllos en los que ponen en juego sus intereses. Estos intereses por definición, tendrían que ser de importancia para el autor desde un punto de vista subjetivo, pues de lo contrario no se trataría para él de intereses”²¹⁹.

La punición de todos estos casos como conductas dolosas es razonable porque el déficit de representación derivada de la ignorancia, la ceguera o la indiferencia, se ve

²¹⁵ Cit., Fundamento Noveno.

²¹⁶ AMBOS, Kai. La parte general del Derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática. Montevideo, KAS 2005, pp. 331-332, con referencia al § 2.02 (7) del *Model Penal Code*, según el cual: “Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist”.

²¹⁷ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., p. 99.

²¹⁸ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. La ignorancia deliberada en Derecho penal. Barcelona, Atelier 2007, p. 158. Le sigue, GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, cit., pp. 101-102.

²¹⁹ JAKOBS, Günther. “Indiferencia como dolo indirecto”. En: Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Madrid, Tirant lo Blanch 2004, p. 355. Le sigue, CARO JOHN, José Antonio. “Imputación subjetiva y conocimientos especiales”. En: Normativismo e imputación jurídico penal. Estudios de derecho penal funcionalista. Lima, Ara Editores 2010, pp. 178-179, quien interpreta consecuentemente que en el dolo eventual el autor se representa como probable un resultado, pero producto de su indiferencia llega a realizarlo. También asume la perspectiva de Jakobs, GARCÍA CAVERO. Derecho penal económico, T I, cit., p. 517, TII, cit., p. 508.

ciertamente compensado por una determinada motivación especialmente disvaliosa que justifica el tratamiento más severo²²⁰, motivación que en términos del D. Leg. N° 1106 debe cifrarse en la violación deliberada o la huída de ese deber de representación. Pero sí como ha señalado la Sentencia 1034/2005 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español de 14.9.05, *“existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas”*²²¹, o si se quiere ser más estricto o radical, parece estarse construyendo *“un mandato general de sospechar, indagar, conocer, tener especial diligencia, etc., cuando se trata de entablar contactos sociales que tengan por objeto bienes, ganancias o capitales”*²²², entonces la imposición de límites es fundamental porque así lo demanda el principio de certeza. Esta tarea tiene como punto de partida la extensa regulación administrativa que configura el Sistema de Prevención del Lavado de Activos, del cual emanan deberes específicos para los diversos sujetos obligados expuestos al riesgo de efectuar transacciones, incluso anónimas, con potenciales lavadores de activos.

²²⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. “De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico”. En: InDret N° 3/2012, p. 9.

²²¹ Fundamento de Derecho Cuarto.

²²² ARIAS HOLGUÍN, Diana Patricia. Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP), cit., p. 342, de modo crítico.

UNIDAD III: DERECHO PENAL ESPECIAL

- **EL CRIMEN DE LESA HUMANIDAD. BURNEO LABRIN, José. Burneo Labrín. Unidad VI. El crimen de lesa humanidad. Pontificia Universidad Católica del Perú.**

CAPÍTULO IV

EL CRIMEN DE LESA HUMANIDAD.

Unidad IV. El crimen de lesa humanidad según el artículo 7 del Estatuto de Roma.

Origen de la noción crimen de lesa humanidad : el juicio de Nuremberg contra los nazis y sus colaboradores (1945 – 1946). Jurisprudencia de derecho comparado sobre los crímenes de lesa humanidad post Estatuto de Roma (1998). La jurisprudencia peruana post sentencia “Barrios Altos” (2001) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la confluencia entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional (Crímenes de lesa humanidad). Los crímenes de lesa humanidad en el derecho interno de los Estados.

Objetivos de la Unidad IV.

En esta unidad estudiaremos el crimen de lesa humanidad sancionado por el artículo 7 del Estatuto de Roma (1998). Este artículo, se dice, codifica la norma consuetudinaria o de ius cogens pre-existente, toda vez que anteriormente no existía tratado alguno al respecto. Desconocido hasta que hizo su aparición en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg (1945), este tipo penal internacional se aplicó primeramente a los nazis y a sus colaboradores, luego a los criminales de guerra japoneses (Tribunal de Tokio), esto es a los vencidos. Sin embargo, se produjo en esos mismos años, en el seno de las Naciones Unidas, un rápido zanjamiento de posiciones en el sentido que la comunidad internacional afirmó, reiterada y consistentemente, que se trataba de un crimen de derechos internacional y por tanto de alcance universal.

Contemporáneamente, especialmente luego de la aprobación del Estatuto de Roma, la justicia interna de los Estados, en diversas regiones del mundo, viene aplicando de manera creciente este tipo penal internacional. Esta amplísima materia la estudiaremos en sus aspectos centrales según se detalla en el contenido de la presente unidad de trabajo.

4.1. EL CRIMEN DE LESA HUMANIDAD SEGÚN EL ARTÍCULO 7 DEL ESTATUTO DE ROMA.

4.1.1. Estructura y contenido del artículo 7 del Estatuto de Roma.

i) El artículo 7 del Estatuto de Roma consta de tres numerales o párrafos. Veamos a continuación el primero de ellos :

“Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad.

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque :

- a) Asesinato;*
- b) Exterminio;*
- c) Esclavitud;*
- d) Deportación o traslado forzoso de población;*
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;*

f) Tortura;

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen de apartheid;

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.”

ii) La primera lectura que puede hacerse del primer párrafo del artículo 7 deja la impresión de que el crimen de lesa humanidad puede cometerse de muchas maneras, once exactamente. Dicho de manera abreviada, el crimen de lesa humanidad puede cometerse mediante el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelación, tortura, violación/violencia sexual, persecución, desaparición forzada, apartheid, y otros actos inhumanos, actos todos ellos enunciados en los once literales (“a” hasta la letra “k” inclusive) que conforman el párrafo 1 del mismo artículo 7. Ahora bien, en la medida que los enunciados anteriores requieren de un mayor desarrollo para su adecuada comprensión, el mismo artículo 7 en sus dos siguientes párrafos los explica como sigue :

“Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad.

(...).

“2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;

b) El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

c) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

d) Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

e) Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá

por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

f) Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

g) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

h) Por “el crimen de apartheid” se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

i) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede.”

Es de precisar que en los párrafos dos y tres del artículo 7 se desarrollan no todos los actos mencionados en el párrafo uno, faltan algunos. En efecto, no se hace comentario alguno respecto de los actos siguientes y que corresponden a los cuatro literales siguientes : a) sobre asesinato , e) sobre deportación; g) sobre violación (excepto la locución “embarazo forzado” que sí se explica), y k) sobre otros actos inhumanos. Ahora bien, para una mejor comprensión e interpretación de cada uno de estos variados tipos de crímenes, es necesario remitirse al documento elaborado en aplicación del artículo 9¹ del Estatuto de Roma y denominado “*Elementos de los crímenes*”². Es de remarcar además que el común denominador de todos los actos antes enumerados consiste en que, mediante su prohibición, se busca proteger el derecho a la vida, y/o integridad personal y/o libertad de los individuos. No protegen, así, la propiedad u otro tipo de bienes físicos o morales.

4.1.2. Elementos del tipo penal “crimen de lesa humanidad”. La cuestión del umbral.

iii) Pero para que se produzca un crimen de lesa humanidad, según el artículo 7 de Estatuto de Roma, no es suficiente que se haya perpetrado alguno de los once tipos de actos enumerados en el párrafo 1 de dicho artículo. Así por ejemplo, el hecho que miembros de las fuerzas del orden

¹ “Artículo 9. Elementos de los crímenes. 1. Los Elementos de los crímenes, que ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6 [genocidio], 7 [lesa humanidad] y 8 [crímenes de guerra] del presente Estatuto, serán aprobados por una mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes. (...). 3. Los Elementos de los crímenes y sus enmiendas serán compatibles con lo dispuesto en el presente Estatuto.”

² Documento “Elementos de los crímenes” ICC/ASP/1/3, adoptado el 09.09.2002. Disponible en : <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Elements+of+Crimes.htm>, visitado el 25 de enero 2010.

de un país sean responsables de una masacre, de actos de tortura, o de desapariciones forzadas de personas, etc., no significa que se ha producido necesariamente un crimen de lesa humanidad. Sin embargo, es frecuente en los medios de comunicación social, pero también en medios académicos y políticos, que ante un execrable crimen, más aún si el número de víctimas es considerable, se afirme rápidamente que se ha perpetrado un genocidio o un crimen de lesa humanidad. En este error, inclusive, se ha incurrido en el Código Penal peruano vigente y, lamentablemente, en el proyecto elaborado para la reforma de éste en la perspectiva de adecuarlo al Estatuto de Roma –proyecto sometido a estudio por ante la comisión correspondiente del Congreso de la República : Proyecto N° 1707/2007/CR presentado con fecha 11 de octubre de 2007.

iv) Los elementos del tipo penal.

De conformidad con el mismo artículo 7 (párrafo 1 y literal a) del párrafo 2), para que se produzca un crimen de lesa humanidad, es necesario que se realicen determinados elementos materiales y de dolo especial que trascienden la materialidad del acto que se imputa a un justiciable. En este orden de ideas, los actos antes mencionados deben :

- *1) dirigirse contra una población civil,
- *2) ser parte de un “ataque generalizado” o un “ataque sistemático”;
- *3) practicarse de conformidad con la “política de un Estado” o con la “política de una organización” de cometer ese ataque³;
- *4) llevarse al cabo por el justiciable “con conocimiento de dicho ataque”, lo que constituiría una suerte o modalidad de *dolus specialis*.

v) Precisiones sobre los elementos del tipo penal.

En términos materiales, el acto perpetrado, para que pueda calificarse como crimen de lesa humanidad, debe ser parte de un ataque generalizado o de un ataque sistemático, dirigirse contra la población civil, y practicarse de conformidad con la política de un Estado o de conformidad con la política de una organización (esta organización puede ser absolutamente independiente respecto de un Estado, por ejemplo una organización armada rebelde u opositora al gobierno).

En términos morales, el justiciable debe haber tenido la intención de realizar el acto que se le imputa y al mismo tiempo haber estado en conocimiento que dicho acto era parte del “ataque” antes descrito.

No habiendo sido condicionado, en el Estatuto de Roma, a la existencia de un conflicto armado, el crimen de lesa humanidad puede cometerse tanto en tiempo de paz como en el contexto de un conflicto armado internacional o interno (no-internacional).

³ En los “*Elementos de los crímenes*” se precisa que mediante los actos incriminados se trata “*de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que la «política ... de cometer ese ataque» requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil [NOTA EN EL ORIGINAL].*” Según esta nota : “*La política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se ejecutaría mediante la acción del Estado o [la acción] de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apunte conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización.*”. Cf. “*Elementos de los crímenes*” : Numeral 3 en la Introducción del Artículo 7 Crímenes de lesa humanidad.

El autor o justiciable en general de un crimen de lesa humanidad puede ser miembro o funcionario del Estado, pero también puede ser miembro de una organización opositora y/o rebelde al Estado –en el caso del Perú, por ejemplo, miembro de Sendero Luminoso.

A continuación veremos algunos de los diversos elementos constitutivos de los crímenes de lesa humanidad en sus aspectos centrales.

vi) Sobre lo que debe entenderse por ataque generalizado o, alternativamente, por ataque sistemático.

Al respecto, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia nos dice lo siguiente :

“101. Respecto del carácter generalizado o sistemático del ataque, la Sala de Apelación recuerda la jurisprudencia del Tribunal según la cual el adjetivo ‘generalizado’ reenvía al hecho que el acto ha sido realizado en una gran escala y la cantidad de víctimas que ha causado, mientras que el adjetivo ‘sistemático’ connota el carácter organizado de los actos de violencia y que na es probable tenga un carácter fortuito (Sentencia caso Kunarac, pár. 94). Es en el escenario de los crímenes –es decir, a la repetición deliberada y regular de comportamientos criminales similares- que se reconoce su carácter sistemático (Ibidem). Es únicamente el ataque, y no los actos individuales del acusado que deben revestir un carácter generalizado o sistemático (Ibidem, pár. 96). La Sala de Apelaciones señala que es suficiente que los actos del acusado se inscriban en el contexto de este ataque para que, en presencia de todos los otros elementos, un acto o una cantidad relativamente limitada de actos puedan recibir la calificación de crímenes contra la humanidad, a menos que fueran aislados o fortuitos (Sentencia caso Kunarac, pár. 96).”⁴

De este modo, queda en claro que, si los actos en cuestión, no forman parte de un ataque generalizado, o, alternativamente, de un ataque sistemático, no podrán ser calificados como crímenes de lesa humanidad. Este es el umbral que debe sobrepasar todo acto incluido en la lista del artículo 7.1.

vii) La noción de población civil, víctima del ataque.

La noción de la víctima prevista en el artículo 7 del Estatuto de Roma, “población civil”, ha generado cierta confusión, incluso en el seno del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia –lo que impactó en medios académicos. En efecto, la Sala de Primera Instancia del Tribunal, en su sentencia del año 2000 recaída en el caso Blaskic, declaró que debían considerarse como población civil a los combatientes –miembros de las Fuerzas Armadas de un Estado o miembros del grupo rebelde- cuando se rindieran, estuvieran heridos o detenidos⁵. La máxima instancia del Tribunal, la Sala de Apelaciones, conociendo el caso en apelación –sentencia del año 2004–, declaró que la posición de la primera instancia era equivocada y fuente de malentendidos, recurriendo a tal efecto a la noción de “población civil” que se encuentra en el Derecho Internacional Humanitario consuetudinario y convencional :

⁴ Traducción del autor. Texto original en francés : Sala de Apelaciones, Arret Blaski, : Affaire IT-95-14-A, 29 juillet 2004. Disponible en <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/fr/bla-aj040729f.pdf>

⁵ Cf. Sala de Primera Instancia, caso *Le Procureur c/ Tihomir Blaškić*, affaire n° IT-95-14-T (le «Jugement») 03 mars 2000, par. 214. Y en este mismo sentido puede leerse en el siguiente texto editado por la Comisión Andina de Juristas que, en el caso de los crímenes de lesa humanidad, “las víctimas pueden ser tanto civiles como militares siempre y cuando estos hayan depuesto las armas o estén fuera de combate”. Cf. *La Corte Penal Internacional y los países andinos*, Tercera edición, Lima, CAJ, 2007, página 172.

“112. Como lo explica el Comentario de los Protocolos adicionales, son excluidos de la población civil en los términos del artículo 4, letra A, de la IIIa Convención de Ginebra las categorías siguientes :

«1) los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas;

2) los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones (...).”

“113. Leídos conjuntamente, el artículo 50 del Protocolo Adicional I y el artículo 4, letra A, de la IIIa Convención de Ginebra establecen que los miembros de las fuerzas armadas y los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que hacen parte de las fuerzas armadas no pueden prevalerse de la condición de civil. Lo mismo es aplicable a los grupos de resistencia organizados (...).”

“114. (...) la afirmación de la Sala de Primera Instancia, según la cual la situación concreta de la víctima en el momento en que los crímenes han sido cometidos debe tomarse en consideración para determinar si se trata o no de un civil puede ser fuente de malentendidos. A este respecto, el Comentario de los Protocolos adicionales es instructivo :

«Todos los miembros de las fuerzas armadas son combatientes (...). De esta manera, también debería desaparecer cierta noción, la de ‘cuasi combatientes’, que se ha intentado acreditar a veces basándose en actividades en relación más o menos directa con el esfuerzo de guerra. Desaparece igualmente así toda noción de estatuto a tiempo parcial, medio civil y medio militar, combatiente por la noche y apacible ciudadano durante el día. Un civil incorporado a una organización armada de las mencionadas en el párrafo precedente, independientemente de que participe o no en los combates o de que esté o no momentáneamente armado, se convierte en un militar y un combatiente durante toda la duración de las hostilidades (en todo caso, hasta que sea definitivamente desmovilizado por el mando responsable (...). Si resulta herido, está enfermo o ha naufragado, tiene derecho a la protección de los Convenios I y II (artículo 44, párrafo 8) y, si es capturado, a la protección del III Convenio [sobre Prisioneros de Guerra] (artículo 44, párrafo 1).”

En consecuencia, la situación concreta de la víctima en el momento de los hechos no es siempre suficiente para determinar su calidad. Si la víctima es efectivamente miembro de un grupo armado, el hecho de que ella no esté armada o no se encuentre en combate cuando los crímenes han sido perpetrados no le confiere la calidad de civil.”⁶

En consecuencia, de acuerdo con la máxima instancia del Tribunal penal internacional para la ex-Yugoslavia, el combatiente en acción, o herido, detenido, o en situación de no actividad, no puede ser considerado población civil. Estará siempre protegido por el Derecho Internacional Humanitario en tanto combatiente, esto es, de acuerdo con las leyes que rigen los conflictos armados, y, en el caso de un conflicto armado internacional, cuando fuera detenido, será

⁶ Traducción del autor. Texto original en francés : Sala de Apelaciones, Arret Blaski, : Affaire IT-95-14-A, 29 juillet 2004. Disponible en <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/fr/bla-aj040729f.pdf> , visitado el 26 de enero 2010.

considerado prisionero de guerra. La violación de estas normas implicará la comisión de un crimen de guerra pero no la comisión de un crimen de lesa humanidad.

En el caso de los conflictos armados no internacionales o internos, el estudio del CICR sobre el Derecho Internacional consuetudinario, teniendo en consideración el artículo 13 del Protocolo adicional II sobre conflictos armados no internacionales o internos, afirma : *“La norma de que los civiles no están protegidos contra los ataques si toman directamente parte en las hostilidades se incluye en muchos manuales militares que son aplicables o se han aplicado en conflictos armados no internacionales”* ⁷. Según este mismo estudio, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso la Tablada (Argentina), sostuvo que, *“se convierten [tales civiles] en objetivos militares legítimos, pero sólo mientras participen activamente en los combates”* ⁸.

viii) Sobre la relación con la política de un Estado o con la política de una organización opositora y/o rebelde al Estado.

En el artículo 7, numeral 2a, se establece que *“[p]or «ataque contra una población civil» se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”*.

Nótese que el artículo 7.2.a establece que se trata de actos perpetrados *“de conformidad con la política de un Estado o de una organización”*, no estableciendo que la referida organización debe ser parte del Estado, o que actúe con su aquiescencia, apoyo o tolerancia. En consecuencia, y de conformidad con la primera regla general de interpretación de los tratados --se debe respetar *“al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado”* (Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, artículo 31.1)--, nos parece que el sentido del texto es claro : se trata de la política de un Estado o de la política de una organización, la cual puede ser una organización independiente del Estado, opositora y/o rebelde al Estado concernido.⁹

En concordancia con lo anterior, en los Elementos de los Crímenes se afirma que los crímenes de lesa humanidad pueden atribuirse a la política de un Estado o a la política de una organización en general. En efecto, se afirma que mediante los actos incriminados se trata *“de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que la «política ... de cometer ese ataque» requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil [nota en el original]”* Según esta nota : *“La política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se ejecutaría mediante la acción del Estado o [la acción] de la organización. Esa política, en circunstancias*

⁷ J-M. HENCKAERTS y L. DOSWALD-BECK, 2007 (versión al español), *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Volumen I: Normas, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, página 24. Versión en inglés : 2005, Customary International Humanitarian Law, Volume I, Rules, Cambridge University Press, ICEC.

⁸ Ibidem. Los autores reconocen que el enunciado anterior *“parece crear una ambivalencia entre los grupos armados de oposición y las fuerzas armadas gubernamentales (...). La aplicación de esta norma implicaría que un ataque a los miembros de grupos armados de oposición sólo sería lícito «si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación», mientras que un ataque a los miembros de las fuerzas armadas gubernamentales sería lícito en cualquier momento.”* Ibidem. A renglón seguido, de manera poco clara en la versión en español, pareciera que los autores concluyen que esta situación asimétrica podría cambiar si a los miembros de los grupos armados de oposición que toman continuamente parte directa en las hostilidades no se les considera civiles, por tanto, añadimos nosotros, tienen la condición habitual y en todo lugar de combatientes. Nuestra interpretación nos parece conforme al texto original en inglés que se lee como sigue : *“Such imbalance would not exist if members of armed opposition groups were, due to their membership, either considered to be continuously taking a direct part in hostilities or not considered to be civilians.”* (página 21 del texto original en inglés).

⁹ En el mismo sentido interpreta el profesor E.DAVID, 2009, 1249, numeral 16.6.16.

*excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apunte conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización.”*¹⁰. De otro lado, en el mismo texto Elementos de los crímenes, a propósito del “Crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas”, Artículo 7 I) i), se precisa que la negativa a reconocer “la privación de libertad (...) haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización o apoyo [del Estado o de la organización].”

Una tal organización puede ser una organización terrorista, nos dice la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia : “los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos bajo la responsabilidad de entidades que ejercen un control de facto sobre un territorio determinado pero sin el reconocimiento internacional o el estatuto jurídico oficial de un Estado conforme a derecho, o por un grupo o una organización terrorista” (Ch.II, Jugement, *Dusko Tadic*, IT-94-I-T, 7 de mayo 1997, párrafo 654).

Esta interpretación tiene una consecuencia muy clara: el responsable de un crimen de lesa humanidad puede ser un funcionario u órgano de un Estado —o un particular que actúa con la aquiescencia, apoyo o tolerancia del Estado concernido—, o, alternatively, un miembro de una organización opositora y/o rebelde, sin ningún vínculo de dependencia o de complicidad con el Estado concernido. Esta interpretación es la que, en el caso del Perú, realizó la Comisión de la Verdad y Reconciliación al considerar que se habían perpetrado, *inter alia*, en nuestro país crímenes de lesa humanidad imputables al Estado —como los casos Barrios Altos y La Cantuta—, y crímenes de lesa humanidad imputables a la organización subversiva y terrorista Sendero Luminoso.¹¹

De alguna manera la cuestión así resuelta tiene que ver con un asunto conexo, a saber, el crimen de lesa humanidad no es el hecho fortuito u ocasional, es decir, aislado, que perpetra un funcionario estatal o un particular sino que está vinculado a la política de un Estado o a la política de una organización, respectivamente, política que la entidad concernida se propone llevar al cabo mediante la realización del acto incriminado, el cual forma parte de un ataque generalizado o de un ataque sistemático¹².

¹⁰ Cf. “Elementos de los crímenes” : Numeral 3 de la Introducción al comentario del Artículo 7 Crímenes de lesa humanidad.

¹¹ Veamos a continuación lo que afirmó la Comisión de la Verdad y Reconciliación, en sus Conclusiones Generales del Informe Final (Tomo VIII), respecto de la comisión de crímenes de lesa humanidad por Sendero Luminoso o por el Estado. Respecto de Sendero Luminoso : “28. La CVR señala que, por la generalidad y sistematicidad (sic) de estas prácticas, miembros del PCP-SL, y en especial su dirección nacional y su denominada jefatura, tienen directa responsabilidad en la comisión de crímenes de lesa humanidad en el marco de ataques armados contra la población civil, cometidos a gran escala o bien como parte de una estrategia general o planes específicos. Del mismo modo, estas conductas constituyen, a juicio de la CVR, graves infracciones a los Convenios de Ginebra, cuyo respeto era obligatorio para todos los participantes en las hostilidades” Y respecto del Estado : “55. La CVR afirma que en ciertos lugares y momentos del conflicto la actuación de miembros de las Fuerzas Armadas no sólo involucró algunos excesos individuales de oficiales o personal de tropa, sino también prácticas generalizadas y/o sistemáticas de violaciones de los derechos humanos, que constituyen crímenes de lesa humanidad así como transgresiones de normas del Derecho Internacional Humanitario.” Las conclusiones pre-citadas se fundamentan en la Sección Cuarta “Los crímenes y violaciones de los Derechos Humanos”, la cual se desarrolla en el Tomo VI del Informe Final.

¹² El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia afirma en el caso *Nikolic* : “[b]ien que no sea necesario que ellos [los actos incriminados] se vinculen a una política establecida a la escala de un Estado, en el sentido tradicional del término, [tales actos] no pueden ser la obra de únicamente individuos aislados” (Ch.I, Examen de l’acte d’accusation conformément à l’article 61 du Règlement de procédure et de preuve, *Dragan Nikolic*, IT-94-2-R61, 20 octobre 1995, § 21. Traducido al español por el autor.

La Comisión de Derecho Internacional, finalmente, ha sido en nuestra opinión el ente promotor de la concepción en virtud de la cual, los actos incriminados, pueden estar en relación sea con la política de un Estado sea en relación con la política de una organización. En efecto, dejando de lado la posición tradicional, según la cual sólo el Estado puede ser responsable por la comisión de crímenes internacionales --incluidos los crímenes de lesa humanidad--, que había primado en su primer proyecto de Código de crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1954, adoptó en su segundo proyecto concluido el año 1996 una nueva posición. Así, el artículo 18 de este nuevo proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad se lee como sigue :

“Artículo 18. Crímenes contra la humanidad.

Se entiende por crimen contra la humanidad el hecho de cometer, de una manera sistemática o en gran escala y por la instigación o bajo la dirección de un gobierno, de una organización o de un grupo, uno de los actos que se enumeran a continuación (...)”¹³.

La Comisión de Derecho Internacional también había antes afirmado que los individuos “poseyendo un poder de hecho u organizados en bandas o grupos armados, pueden cometer ellos también este tipo de violaciones sistemáticas o masivas”¹⁴.

Esta posición es coherente con lo establecido desde 1948 en la convención sobre genocidio en su artículo IV : “*serán castigadas [las personas responsables] ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares*”. El crimen de genocidio, según la convención, puede imputarse sea al Estado sea a particulares.

En todo caso, resulta actualmente concluyente la jurisprudencia expedida por la Corte Penal Internacional sobre esta materia en los casos que tiene ya en trámite. En efecto, la CPI ha decidido, previa denuncia de la Fiscalía, iniciar proceso penal contra dirigentes de grupos armados no estatales independientes y opuestos al gobierno de sus respectivos países. Es la situación que se ha presentado en Uganda¹⁵ y República Democrática de Congo¹⁶, respectivamente.

4.2. ORIGEN DE LA NOCIÓN «CRIMEN DE LESA HUMANIDAD» : EL JUICIO DE NUREMBERG CONTRA LOS NAZIS Y SUS COLABORADORES (1945 – 1946).

4.2.1. El Tribunal de Nuremberg (1945-1946) y su competencia.

ix) El crimen de lesa humanidad, hasta antes del Estatuto de Roma denominado en realidad “crimen contra la humanidad”, tiene su origen histórico en lo que se conoce como el Derecho de Nuremberg, esto es, las normas jurídicas que crearon el Tribunal internacional de Nuremberg,

¹³ Traducción del autor. Texto original en francés : “Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l’humanité”, in Rapport de la Commission à l’Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-huitième session, *Annuaire ... 1996, Vol II, 2e partie*, Nations Unies, New York et Genève, 1998, p.49.

¹⁴ Traducción del autor. Texto original en francés : M. Bettati. “Le crime contre l’humanité”, in H. Asecensio et alt.(sous la direction), 2000, *Droit International Pénal*, Paris., Pedone, p. 302

¹⁵ Véase el Mandato de detención de fecha 25 de septiembre 2005 dictado por la CPI contra el presunto presidente de la Armada de Resistencia del Señor (ARS), Joseph Kony, en : <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc97188.PDF>, vista el 11 de enero 2010.

¹⁶ Véase el Mandato de detención de fecha 02 de julio 2007 dictado por la CPI contra el presunto comandante de las Fuerzas de Resistencia de Ituri (en República Democrática de Congo), Germain Katanga, en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc344018.PDF>, vista el 12 de enero 2010.

fijaron su competencia y sustentaron el proceso seguido y la sentencia pronunciada (1945-1946) contra los nazis y sus colaboradores, los más altos responsables en ambos casos, al término de la Segunda Guerra Mundial en la ciudad de Nuremberg (Alemania). Como es sabido, el juicio de Nuremberg y el Derecho de Nuremberg en general, al establecer en Derecho Internacional, y efectivamente sancionar, por vez primera, la responsabilidad penal individual, sin excepción alguna, de los más altos responsables de ciertos crímenes internacionales, constituye el hito fundador del Derecho Penal Internacional.

x) El texto fundador del Derecho de Nuremberg es el tratado conocido como el Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, celebrado entre Estado Unidos, Inglaterra, Francia y la entonces existente Unión Soviética ; posteriormente adhirió al tratado otros Estados miembros de la ONU, cuya Carta fundacional entraría en vigor ese mismo año pero algunos meses después. El Acuerdo de Londres crea el Tribunal internacional de Nuremberg, cuyo Estatuto, donde se define su composición y competencias, forma parte del tratado en calidad de anexo ¹⁷.

xi) El Tribunal internacional de Nuremberg tenía, *ratione personae*, una competencia doblemente limitada. En primer lugar, era competente únicamente respecto de los nazis y de sus colaboradores del Eje Europeo –no era competente, por tanto, respecto de los individuos pertenecientes entonces al Imperio Japonés. En segundo lugar, los justiciables ante el Tribunal debían ser únicamente quienes hubieran tenido las más altas responsabilidades en los crímenes imputables al Estado nazi. Los justiciables de menor jerarquía debían ser juzgados por los tribunales militares de los vencedores y/o la justicia nacional de los Estados donde hubieran cometido sus crímenes; es importante destacar que, reconstituido el Estado alemán en los años cincuenta, la justicia alemana también juzgó a ciertos responsables de crímenes perpetrados durante el régimen nazi (1933-1945).

xii) En cuanto a su competencia material, el Tribunal debía juzgar tres tipos de crímenes, a saber, los crímenes denominados contra la paz (guerra de agresión), crímenes de guerra, y crímenes de lesa humanidad (o contra la humanidad). También era competente para juzgar la conspiración que tuviera como finalidad cometer los crímenes anteriores.

xiii) Fueron así juzgados por el Tribunal internacional de Nuremberg 22 (veintidós) de los denominados “grandes criminales de guerra” : doce de ellos fueron condenados a muerte – ejecución que se realizó efectivamente respecto de diez de ellos¹⁸ hacia mediados de noviembre de 1946-; ocho fueron condenados a penas de cárcel (temporal o a perpetuidad); dos de los procesados fueron liberados al no encontrárseles responsabilidad penal. El Tribunal no juzgó a dos acusados originalmente también por el Ministerio Público toda vez que uno de ellos se suicidó y, en el otro caso, el proceso fue sobrepasado por razones humanitarias.

¹⁷ Véase el texto del Acuerdo de Londres de 8 de agosto 1945 y de su anexo, el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, versión en inglés, en : BURNEO, J., 2007, Derecho Penal Internacional. Selección de Textos, Lima, Facultad de Derecho, PUCP, pp.51-53 y 57-63. Véase también el texto en inglés y una traducción al castellano del Estatuto del Tribunal de Nuremberg en : BLASI, REYES, DEL ROSARIO, compiladoras, *Derecho Internacional Humanitario. Instrumentos Internacionales*, Lima, Comisión Nacional de Estudio y Aplicación del Derecho Internacional Humanitario, 2008, pág. 613-628. También puede verse el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg en :

<http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp#art1> ; visto el 21 de enero 2010. Este Estatuto y el Acuerdo de Londres fueron elaborados por Estados Unidos, Inglaterra, Francia y la hoy disuelta URSS.

¹⁸ De los dos condenados a muerte que no fueron ejecutados, uno de ellos, Hermann Goering se suicidó la noche anterior, y Martin Bormann nunca fue habido. La parte de la sentencia relativa a las penas se encuentra en el Tomo XXII, páginas 632 a 635, del *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international. Nuremberg 14 novembre 1945 – 1er octobre 1946*, Édité a Nuremberg par le Secrétariat du Tribunal, 1947.

xiv) Problemática e importancia jurídica para el Derecho Internacional y el Derecho interno de los Estados.

En relación a la norma jurídica sobre los crímenes de lesa humanidad, la objeción formulada por los abogados de la defensa –designados éstos por los acusados- fue que no era conforme a derecho toda vez que no existía, afirmaban, una norma jurídica internacional previa a los hechos: se violaba, en consecuencia, el principio de legalidad *nullum crimen sine lege*. También se objetó la legalidad misma del Tribunal internacional puesto que había sido creado por los vencedores recién al término de la Segunda Guerra Mundial para juzgar a los vencidos. Estos dos temas, así como los relativos a la trascendencia de esta nueva noción jurídica en Derecho Internacional y para el Derecho interno de los Estados --la comunidad internacional sancionará en adelante determinados hechos perpetrados por un Estado contra sus nacionales en su propio territorio--, los veremos luego de presentar y analizar el artículo correspondiente a los crímenes de lesa humanidad en el Derecho de Nuremberg.

4.2.2. Análisis del artículo 6c del Estatuto de Nuremberg en su versión original y modificada.

xv) Las dos versiones del artículo 6c.

El análisis del artículo en cuestión tiene una particular complejidad toda vez que existen dos versiones : la original, y una segunda producto de una controvertida modificación efectuada mediante un tratado conocido como el Protocolo de Berlín. Éste fue celebrado el 6 de octubre 1945, pocas semanas después del Acuerdo de Londres antes mencionado.

xvi) La versión original.

En su versión original, el artículo 6c del Estatuto anexo al Acuerdo de Londres de 8 de agosto 1945- se lee como sigue :

"Artículo 6.

El Tribunal establecido por el Acuerdo [de Londres de 8 de agosto 1945] referido en el artículo primero citado antes, para el juicio y castigo de los mayores criminales de guerra de los países del Eje Europeo será competente para juzgar y sancionar las personas que, actuando en los intereses de los países del Eje Europeo, ya sea como individuos o como miembros de organizaciones, cometieron algunos de los siguientes crímenes.

Los siguientes actos, o cualquiera de ellos, son crímenes comprendidos en la jurisdicción del Tribunal por los que habrá responsabilidad individual :

(a) Crímenes contra la paz (...).

(b) Crímenes de guerra (...).

(c) Crímenes contra la humanidad : es decir el asesinato, el exterminio, el sometimiento a esclavitud, la deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra ; o bien las persecuciones basadas en motivos políticos, raciales o religiosos, cometidas en ejecución de o en conexión con cualquier crimen de la competencia del Tribunal Internacional, que estas persecuciones hayan constituido o no una violación del derecho interno del país donde ellas han sido perpetradas.

Líderes, organizadores, instigadores o cómplices que han tomado parte en la elaboración o ejecución de un plan común o conspiración para cometer

cualquiera de los crímenes mencionados son responsables por todos los actos realizados por cualquier persona en ejecución de dicho plan.”¹⁹

xvi) El texto original del artículo 6c aquí transcrito está dividido gramaticalmente en dos partes; el signo de puntuación “punto y coma” es el mecanismo que opera tal división.

La primera parte (antes del punto y coma) hace una lista de actos que:

aa) se refieren a toda población civil, por tanto incluye los ciudadanos del Estado alemán así como a los extranjeros;

bb) pueden cometerse tanto en tiempo de paz (es decir, antes de la guerra), como durante la guerra ;

cc) tales actos son delitos autónomos, no se requiere que estén en conexión con otros crímenes.

La trascendencia de lo dispuesto en esta primera parte es enorme. En efecto, al incriminar en Derecho Internacional determinados actos perpetrados por el Estado en tiempos de paz contra sus ciudadanos –en el ámbito penal en sentido estricto convierte en justiciables a los gobernantes, altos funcionarios y ejecutores de órdenes-, se derrumbaba el sacrosanto principio del dominio reservado, de la jurisdicción exclusiva, de la inmunidad e impunidad internacionales de ciertos órganos estatales, así como la noción de soberanía absoluta del Estado sobre los asuntos que suceden sobre su territorio y que atañen a sus nacionales.

A partir de Nuremberg, entonces, lo que puede hacer un Estado en su territorio contra sus nacionales incumbe a la comunidad internacional al extremo de que ésta puede sancionar penalmente a los más altos responsables de eventuales atrocidades. En un época en que todavía no existía la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y en que la misma Carta de la ONU con sus breves referencias a los derechos humanos no estaba aún en vigor, el Derecho de Nuremberg introducía una revolución en el mundo del Derecho y en la noción misma del Estado vigente en el Derecho constitucional e internacional.

El ciudadano de un Estado deviene, escribirá dos décadas después el filósofo italiano Norberto Bobbio a propósito de los Derechos Humanos, ciudadano del mundo, ciudadano de una ciudad que no tiene fronteras. Si se derrumba un viejo y secular principio es porque ha emergido uno nuevo, según el cual el ser humano –y consiguientemente los pueblos-, sin distinción alguna, es sujeto de derechos en Derecho Internacional y tiene derechos iguales en todo tiempo y lugar. El Estado, dejando de ser un fin en sí mismo, tiene más bien una finalidad que lo reordena –la protección y promoción de la persona humana- y, así reformulado, integra la comunidad internacional de Estados. El corolario del individuo sujeto de derechos es que deviene igualmente en sujeto de obligaciones, en este caso de carácter penal, en el ámbito internacional.

La segunda parte del artículo 6c original del Derecho de Nuremberg se refiere exclusivamente a las persecuciones, y establece una condicionalidad : para que una persecución pueda ser considerada crimen de lesa humanidad debe estar en conexión con/o realizarse en ejecución de uno de los crímenes mencionados en el artículo 6. De ese modo la persecución no es un delito de lesa humanidad autónomo sino subordinado a que se demuestre la “conexión con” o la “ejecución de”. En términos generales, será difícil que se perpetre en tiempo de paz, toda vez que deberá estar vinculado sea a una guerra de agresión (crimen contra la paz) o sea a crímenes de guerra. En la época, los crímenes de guerra se perpetraban únicamente en el curso de un conflicto armado de carácter internacional. De acuerdo con esta formulación, la soberanía clásica del Estado no sería afectada sino excepcionalmente por cuanto la comunidad

¹⁹ Traducción del autor. Texto original en francés. El texto original del artículo 6c no se encuentra transcrito en la publicación oficial del Juicio de Nuremberg efectuada por la Secretaría del mismo Tribunal de Nuremberg el año 1947. El autor lo ha extraído de la colección publicada en la época por el profesor de la Harvard Law School, profesor Manley O. Hudson, 1950, International Legislation, Volume Nine 1942 – 1945. New York. Carnegie Endowment for International Peace, p. 639-640 (notas omitidas).

internacional no podría intervenir en los asuntos internos de un Estado a menos que se demostrara que las atrocidades están relacionadas con una guerra de agresión o con crímenes de guerra.

xvii) La versión modificada del artículo 6c.

El Protocolo de Berlín, celebrado el 6 de octubre de 1945 por los mismos cuatro Estados que elaboraron el Acuerdo de Londres, tiene como único asunto la modificación del artículo 6c original sobre crímenes contra la humanidad establecido en el Estatuto anexo al Acuerdo precitado. Se justifica la modificación, dice el mismo Protocolo, en el hecho de que, siendo la versión en francés y en inglés idénticas en su contenido, ambas discrepan del texto en ruso. Ante esta situación, los cuatro Estados deciden que el texto correcto es la versión en ruso. La discrepancia radica en el signo de puntuación “punto y coma”, existente en las versiones francesa e inglesa, respectivamente, mas no en la rusa : en ésta sólo hay una “coma”. El Protocolo entonces declara que, siendo únicamente correcta la versión en ruso, en adelante, en la versión en inglés deberá suprimirse el “punto y coma” y en su lugar deberá ponerse una “coma”. Declara también que en adelante habrá una versión corregida de la versión en francés. Esta versión corregida del texto en francés es la que se ha divulgado generalmente desde entonces a nivel mundial y será la que adoptará en última instancia el Tribunal Internacional de Nuremberg.

¿Cuál es la finalidad de imponer la versión en ruso? La finalidad del Protocolo de Berlín es modificar los alcances del crimen contra la humanidad previsto en el texto original de la Carta del Tribunal de Nuremberg. Se trata de restablecer en tiempo de paz, como regla general, el dominio reservado del Estado sobre sus ciudadanos. A este efecto, se manipula el texto original de manera que la primera parte del artículo 6c original deje de ser un delito autónomo y se convierta, como las persecuciones previstas en la segunda parte, en un delito subordinado, condicionado a que se demuestre que se ha perpetrado en “ejecución de” o en “conexión con”. De esta manera, los crímenes de lesa humanidad, tanto los comprendidos en la primera parte como en la segunda parte, por lo general, no afectarán la soberanía clásica de los Estados. En otras palabras, según el Protocolo de Berlín, la comunidad internacional frente a las atrocidades que se cometan al interior de un Estado, sólo podrá intervenir si dichas atrocidades tienen relación con una guerra de agresión (crimen contra la paz) o con crímenes de guerra que se perpetraran sólo durante una guerra internacional.

Leamos ahora con atención el artículo 6c modificado por el Protocolo de Berlín según la versión en francés :

*“c) Los Crímenes contra la humanidad : es decir el asesinato, el exterminio, el sometimiento a esclavitud, la deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o bien las persecuciones basadas en motivos políticos, raciales o religiosos, cuando estos actos o persecuciones, que ellos hayan constituido o no una violación del derecho interno del país donde ellos han sido perpetrados, han sido cometidos en ejecución o en relación con cualquier crimen de la competencia del Tribunal Internacional.”*²⁰

4.2.3. La posición del Tribunal de Nuremberg sobre los crímenes de lesa humanidad.

²⁰ Traducción del autor. Texto original en francés : Protocol Rectifyin Discrepancy in the Charter, done in Berlin, 6th day of October, 1945. Texto disponible en : <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtprot.asp>, visitado el 27 de enero 2010.

xviii) El tribunal de Nuremberg paradójicamente dijo muy poco sobre los crímenes de lesa humanidad.

Conociendo ahora lo que estaba en juego con la formulación, por el Derecho de Nuremberg, de la noción “crimen de lesa humanidad”, y la regresión que significó el Protocolo de Berlín – regresión que fue muy pronto subsanada en el marco de las Naciones Unidas particularmente al adoptarse la convención sobre genocidio el año 1948-, examinemos el pronunciamiento del Tribunal Internacional de Nuremberg sobre los crímenes contra la humanidad imputados a los justiciables.

Aunque parezca extraño, el Tribunal internacional de Nuremberg dedicó en su sentencia, a los crímenes contra la humanidad, un único y breve párrafo al interior de una sección que consagró más bien íntegramente a los crímenes de guerra y denominada “Crímenes de guerra y Crímenes contra la Humanidad”²¹. En efecto, salvo el párrafo en cuestión no se dijo más sobre los crímenes contra la humanidad en la sentencia de Nuremberg. Este comportamiento aparentemente extraño tiene que ver con los problemas que había ocasionado entre los vencedores el artículo 6c original precitado : se habían suscitado opiniones temerosas en el sentido que se trataba de “una copa envenenada” que se daba a beber en Nuremberg a los vencidos pero de la cual, ulteriormente, tendrían que beber también los vencedores. Tiene que ver, además, con otros dos hechos. De un lado, con los problemas que generaba el Protocolo de Berlín modificatorio de la noción original, entre los cuales debe mencionarse la controversia que generaba el texto en inglés modificado por dicho Protocolo²². De otro lado, deben mencionarse las objeciones de los abogados de los acusados, quienes argumentaban que se violaba el principio de legalidad. Así es como, en vez de dedicar una sección autónoma a los crímenes contra la humanidad, hizo una amalgama con los crímenes de guerra refundiéndolos en una única sección que denominó “Crímenes de guerra y Crímenes contra la Humanidad”.

La declaración única del Tribunal Internacional sobre los crímenes contra la humanidad se lee como sigue :

“Con respecto a los crímenes contra la humanidad, no hay duda que los opositores políticos eran asesinados en Alemania antes de la guerra, y que muchos de ellos fueron mantenidos en campos de concentración en circunstancias de gran horror y crueldad. La política de terror fue realizada ciertamente en amplia escala, y en muchos casos fue organizada anteladamente y sistemática. La política de persecución, represión, y asesinato de los civiles en Alemania antes de la guerra de 1939, contra los probablemente hostiles al Gobierno, fue realizada lo más despiadadamente posible. La persecución de los judíos durante el mismo período ha sido establecida más allá de toda duda. Sin embargo, para constituir crímenes contra la humanidad, los actos cometidos antes del inicio de la guerra [1939], deben estar en ejecución de, o en conexión con, cualquier crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal. En la opinión del Tribunal, aunque muchos de estos crímenes indignan y fueron horribles, no ha sido probado satisfactoriamente [por el Ministerio Público] que ellos fueron

²¹ Al interior de esta sección “Crímenes de guerra y Crímenes contra la Humanidad”, existe una sub-sección intitulada a su vez “(F) La Ley relativa a Crímenes de Guerra y Crímenes contra la Humanidad”. El párrafo único dedicado a los crímenes contra la humanidad se encuentra en esta sub-sección “F”. Véase texto de la sentencia en BURNEO, José 2007 *Derecho Penal Internacional. Selección de textos*. Lima, Facultad de Derecho, PUCP. pp. 104-106.

²² Según algunas opiniones, la supresión del “punto y coma” y su reemplazo por una “coma” en el texto en inglés, no cambiaba el sentido original del artículo 6c sobre crímenes contra la humanidad, lo cual suscitaba la cuestión de la versión que debiera aplicar el Tribunal Internacional toda vez que, según el Acuerdo de Londres y el mismo Protocolo de Berlín, las versiones en inglés, francés y ruso tenían igual valor. Ver ambos textos en : <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp#arti>, y en <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtprot.asp>, visitados el 27 de enero 2010.

hechos en ejecución de, o en conexión con, cualquier otro crimen. El Tribunal por lo tanto no puede hacer una declaración general en el sentido que los actos realizados antes de 1939 fueran crímenes contra la humanidad de acuerdo con la Carta [Estatuto del Tribunal], pero a partir del inicio de la guerra en 1939 los crímenes de guerra fueron cometidos en una amplia escala, los cuales eran también crímenes contra la humanidad ; y en lo que concierne a ciertos actos inhumanos imputados [a los justiciables] en la acusación [del Ministerio Público], y cometidos después del inicio de la guerra, aunque no constituyeron crímenes de guerra, todos ellos fueron cometidos en ejecución de, o en conexión con, la guerra de agresión, en consecuencia sí constituyeron crímenes contra la humanidad.”²³

De este modo, queda en claro que el Tribunal de Nuremberg en su sentencia asume lo dispuesto en el Protocolo de Berlín en el sentido que para constituirse en crímenes contra la humanidad, los actos en cuestión deberán cometerse “en ejecución de, o en conexión con, cualquier otro crimen”.

xix) El principio de legalidad y los crímenes de lesa humanidad en la sentencia de Nuremberg. La cuestión del principio de legalidad en el caso de los crímenes de lesa humanidad no fue abordado de manera expresa en el único párrafo de la sentencia de Nuremberg que venimos analizando. Lo que nos obliga a remitirnos a lo afirmado por el Tribunal, en la misma sentencia, en la sub-sección “La Ley según la Carta [Estatuto del Tribunal]”. Afirmó entonces el Tribunal : *“La redacción del Estatuto fue el ejercicio de la soberanía del poder legislativo de los países que sometieron incondicionalmente al Reich Alemán, y el indudable derecho de estos países a legislar en los territorios ocupados ha sido reconocido por el mundo civilizado.”²⁴*

Se refiere de esta manera al Poder Constituyente que ejercieron los vencedores en las circunstancias excepcionales en que, luego de rendirse sin condiciones, colapsó el año 1945 el Estado nazi en todos sus niveles. En la medida que se ejerció entonces un poder constituyente, el Estatuto del Tribunal de Nuremberg no era violatorio sino conforme a lo dispuesto por el Derecho Internacional e, inclusive, conforme al derecho constitucional de los Estados en la época.

De otro lado, argumenta el Tribunal a propósito de la guerra de agresión pero que es válido respecto de los crímenes de lesa humanidad,, lo dispuesto por su Estatuto no sólo era formalmente acorde con el Derecho Internacional y constitucional en la época, sino conforme al principio de justicia que está a la base del principio de legalidad. En palabras del Tribunal, la regla *nullum crimen sine lege* “es en general un principio de justicia”. Siendo esto así, prosigue el Tribunal, “[a]firmar que es injusto sancionar aquellos que desafiando tratados y acuerdos internacionales han atacado los Estados vecinos es obviamente falso, porque en tales circunstancias el agresor debía saber que estaba obrando injustamente, y, lejos de ser injusto sancionarlo, sería un proceder injusto si le otorga impunidad por tales hechos”. Es decir, concluye el Tribunal, “ellos debían haber sabido que estaban actuando en violación de todo el derecho internacional cuando actuaron en forma deliberada desarrollaron sus designios de invasión y de agresión.”²⁵

En este orden de ideas, la doctrina afirma que este principio “no es en modo alguno violado si se organiza a nivel internacional un sistema represivo aplicable respecto de acciones u

²³ Traducción del autor. Texto original en inglés : véase “(F) The Law relating to War Crimes and Crimes Against Humanity”, loc. cit.

²⁴ Traducción del autor. Texto original en inglés : véase, en la sección “Violations of International Treaties”, la sub – sección “E.- The Law of the Charter”. Cf. Sentencia del Tribunal de Nuremberg, en loc. cit. Tomo I, pág. 45 y 46.

²⁵ Ibidem.

omisiones de las cuales el autor no podía de ninguna manera ignorar el carácter delictivo, debido que ellas estaban claramente y analíticamente definidas en tanto crímenes por el derecho interno al cual el justiciable estaba sometido en el momento de su realización. En otras palabras, para que el principio *nulum crimen sea* escrupulosamente observado (...) es suficiente de constatar, a este efecto, que el autor del acto en cuestión estaba sometido, durante el *tempus commissi delicti*, a normas jurídicas claras y accesibles –sean internas y/o internacionales- que establecían ante factum tal definición”²⁶.

4.3. LA POSICIÓN DE LA ONU Y DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL SOBRE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN EL POST-NUREMBERG.

xx) La ONU afirmó una posición divergente respecto de lo establecido en el Protocolo de Berlín de 1945.

La posición del Tribunal de Nuremberg respecto de los crímenes de lesa humanidad, en los extremos relativos a su carácter subordinado en virtud del Protocolo de Berlín, empero, fue por las Naciones Unidas dejada de lado tempranamente con la adopción por consenso de la convención sobre genocidio el año 1948, según vimos en el Capítulo III sobre genocidio ; también fue dejada de lado el año 1954 por la Comisión de Derecho Internacional al formular el primer Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad²⁷; igualmente hará lo mismo la convención sobre imprescriptibilidad de 1968. Es de remarcar que esta convención declara expresamente imprescriptibles “[l]os crímenes de lesa humanidad cometidos en tiempo de guerra como en tiempo de paz”, “cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido” (artículo I). Años más tarde, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia corroboró la toma de posición ocurrida en las Naciones Unidas desde 1948 : “140. (...) el nexo entre crímenes contra la humanidad y, ya sea, crímenes contra la paz o crímenes de guerra, requerido por la Carta de Nuremberg, fue peculiar a la jurisdicción del Tribunal de Nuremberg (...) no hay una base lógica o jurídica para este requisito y ha sido abandonado en la subsecuente práctica estatal con respecto a los crímenes contra la humanidad.” (Traducción no oficial. Prosecutor v. Tadic, IT-94-I-AR72, de 2 de octubre 1995)²⁸. En esta línea de concordancia no es de extrañar entonces que el artículo 7 sobre Crímenes de lesa humanidad de Estatuto de Roma, según vimos al principio de esta unidad, así como el Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad (1996),

²⁶ Cf. L. Condorelli, “Présentation de la IIème Partie”, in ASCENSIO, H., et alt. (sous la direction), 2000, *Droit International Pénal*, p. 246. Sobre la relación, de una parte, de los “principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional” (artículo 15.2 del Pacto Internacional (ONU) de derechos civiles y políticos), y, de otra parte, el derecho consuetudinario internacional, véase B. Simma et alt. (“Le rôle relatif des différentes sources du droit international pénal -dont les principes généraux de droit-”, Ibidem, p. 60 y 61). En el mismo sentido véase TPIY, D. Tadic, IT-94-I-AR72, 02.10.95, par. 125. A manera de resumen, podemos decir con H. Folgueiro : “la afirmación de que se afectaron los derechos derivados del principio de legalidad puede ser controvertida si consideramos que el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, etc. eran considerados crímenes por las normas penales internas de los Estados en los que fueron cometidos los hechos y, prácticamente, en la totalidad de las naciones civilizadas. De este modo, puede afirmarse que la prohibición de tales conductas constituía, incluso antes de iniciada la Segunda Guerra Mundial, un principio general del derecho. Así mismo, dichas conductas estaban prohibidas por normas consuetudinarias de derecho internacional principalmente derivadas del derecho internacional humanitario.”. Cf. FOLGUEIRO, H., “El crimen de genocidio. Análisis del art. 6 del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional”, en P. PARENTI, P. et alt., *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional*, 2007, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 135.

²⁷ El requisito de cometerse “en ejecución de” o “en conexión con” no fue incluido en el numeral 10 (diez) sobre genocidio y tampoco fue incluido en el numeral 11 (once) sobre crímenes contra la humanidad. Véase “Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, 1954, in Yearbook of the International Law Commission, 1954, vol. 11.

²⁸ En el mismo sentido, véase en el mismo caso Tadic la sentencia de 15 de julio de 1999, par. 251.

elaborado previamente por la Comisión de Derecho Internacional, establecieran que estos crímenes son autónomos y no dependen, *inter alia*, de la existencia de un conflicto armado.

xxi) La ONU afirma que los crímenes de lesa humanidad existen en virtud de normas jurídicas internacionales no-convencionales que obligan a todos los Estados del mundo.

El debate sobre el principio de legalidad trascendió la sentencia de Nuremberg (30 de septiembre-1ro de octubre 1946), dando lugar en esos años a diversas posiciones atinentes al crimen de lesa humanidad y al crimen de agresión. En este contexto, la Asamblea General de las Naciones Unidas, tres semanas después de la ejecución de los condenados a muerte por el Tribunal de Nuremberg, aprobó por unanimidad el 11 de diciembre de 1946 dos resoluciones de gran importancia para el Derecho Penal Internacional y, en particular, respecto del principio de legalidad. Se trata de las Resoluciones No. 95 (I) denominada “Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el estatuto del Tribunal de Nuremberg” y No. 96 (I) denominada “El crimen de genocidio” -téngase presente que, en la época, al crimen de genocidio se le consideraba como una modalidad del crimen de lesa humanidad²⁹.

Mediante las resoluciones 95 (I)³⁰ y 96 (I)³¹ del año 1946, precitadas, la Asamblea General de las Naciones se pronuncia claramente al aprobarlas por unanimidad en el sentido que el derecho de Nuremberg forma parte de los principios del Derecho Internacional y que el crimen de genocidio constituye un crimen de derecho internacional. De esta manera, la Comunidad internacional reconocía la existencia de normas jurídicas internacionales que obligaban a todos los Estados al margen de todo vínculo convencional.³²

Esta posición fue reiterada al año siguiente mediante otras dos resoluciones. En primer lugar, mediante la resolución 177 (II) de 21 de noviembre 1947 –la Asamblea General encargó a la Comisión de Derecho Internacional la formulación de los “*principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto [de Nuremberg]*”. En segundo lugar, mediante la Resolución 180 (II) de 21 de noviembre 1947 –la Asamblea General dispuso la preparación de un proyecto de convención sobre el crimen de genocidio, reafirmó su resolución 96 (I), y sostuvo además lo

²⁹ Esta inclusión del crimen de genocidio como una modalidad del crimen de lesa humanidad la sostiene hasta la actualidad un sector de la doctrina y encuentra su expresión en diversos instrumentos internacionales, según el profesor Eric David de la Universidad Libre de Bruselas. Así, expone el profesor que, “*el Protocolo de 15 de octubre 1975, adicional a la Convención europea de extradición de fecha 13 de diciembre 1957 (M.B. 22 nov. 1997), dispone en su artículo 1ro que «no serán considerados como infracciones políticas» según el art. 3 de la convención, «a. los crímenes contra la humanidad previstos por la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio [...]».*” Y el mismo profesor concluye . “*Esta redacción confirma que los actos de genocidio son crímenes contra la humanidad.*”. DAVID, E., 2009, 1284-1285, numeral 16.6.52.

³⁰ En la resolución 95 (I) la Asamblea General afirmó : “Toma nota del Acuerdo para el establecimiento de un Tribunal Militar Internacional encargado del juicio y castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, firmado en Londres el 8 de agosto de 1945, y del Estatuto anexo al mismo, así como del hecho de que principios similares han sido adoptados en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el juicio de los principales criminales de guerra en el Lejano Oriente, promulgados en Tokio el 19 de enero de 1946; Por lo tanto, Confirma los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal”. Texto disponible en : http://www.cicr.org/Web/spa/sitespa0.nsf/html/section_ihl_ad_hoc_tribunals!Open , visto el 02 de marzo 2011. Véase también supra las notas correspondientes al párrafo iii) en la sección 3.2.

³¹ Véase el texto de la resolución 96 (I) en el capítulo III, supra, sección 3.2., párrafo iii).

³² La expresión “*al margen de todo vínculo convencional*” fue acuñada por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre el crimen de genocidio el año 1951 –véase supra, en el capítulo III sobre el crimen de genocidio, la sección “3.3.2. La posición de la Corte Internacional de Justicia”, en especial el párrafo viii).

siguiente : “Declara que el crimen de genocidio es un crimen internacional que comporta responsabilidades de orden nacional e internacional para los individuos y para los Estados”.³³

Tres años después, al recibir el texto sobre los mencionados principios de Nuremberg, la Asamblea General se manifestó en el sentido que, ya en 1946, “ella ha unánimemente confirmado los principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto del tribunal Nuremberg y por la sentencia de este tribunal” (Resolución 488 (V) de 12 de diciembre 1950).³⁴

La Comunidad internacional, habiendo reconocido tempranamente luego del juicio de Nuremberg, mediante las resoluciones antes mencionadas, la existencia de normas jurídicas internacionales no – convencionales de alcance universal y, por tanto, no únicamente aplicables a los vencidos de la Segunda Guerra Mundial,, no ha cesado de reafirmar esta posición en las décadas siguientes. Además de los tratados sobre imprescriptibilidad (1968) y el crimen de apartheid (1973), que comentaremos luego, deben mencionarse :

--la Resolución 3074 (XXVIII) aprobada por la Asamblea General con fecha 3 de diciembre de 1973, en la que ella declara : “[L]os crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas” (parte resolutive, numeral 1)³⁵ ;

--los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex – Yugoslavia y para Ruanda, respectivamente, la jurisprudencia de ambos TPI, adoptados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sobre la base del reconocimiento de normas jurídicas internacionales consuetudinarias, de manera que no existiera colisión entre dichos Estatutos y el principio de legalidad *nullum crimen sine lege* --véase supra la sección 3.3.1., en especial el párrafo vii).

xxii) La Comunidad internacional afirma la existencia no-convencional del crimen de lesa humanidad al aprobar la convención sobre imprescriptibilidad (1968).

La Comunidad internacional no sólo adoptó resoluciones como las antes reseñadas sino también dos tratados --sobre imprescriptibilidad (1968) y el crimen de aparthei (1973) en los que reconoció la existencia de una norma jurídica internacional no convencional relativa a los crímenes de lesa humanidad. La importancia de estos tratados radica además en el hecho que ellos fueron adoptados gracias a la activa participación de los países conocidos entonces como del Tercer Mundo.

El primero de los tratados mencionados, cuya denominación completa es “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad”³⁶, fue adoptado en 1968 y entró en vigor al año siguiente --el Perú se convirtió en Estado parte recién en el 2003 (Resolución Legislativa N° 27998 de fecha 12 de junio 2003). Este tratado es, juntamente con el de genocidio, de la máxima importancia para la consolidación jurídica no sólo de los crímenes de lesa humanidad sino del derecho penal internacional en general, como

³³ Traducción del autor. Texto de la Resolución 180 (II), de fecha 21 de noviembre 1947, denominada “Proyecto de convención sobre el genocidio”, en *Nations Unies Documents officiels de la Deuxième session de l'Assemblée générale, Résolutions 16 septembre – 29 novembre 1947*, Lake Success, New York, pp. 129-130.

³⁴ Cf. DAVID, E., 2009, 1303, numeral 16.6.76.

³⁵ Véase el texto de la resolución 3084 (XXVIII) en BURNEO, J., 2007, *Derecho Penal Internacional. Selección de textos*, Lima, Facultad de Derecho, PUCP, p.138-139.

³⁶ La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución No 2391 (XXIII) de fecha 26 de noviembre 1968 ; entró en vigor el 11 de noviembre de 1970, de conformidad con su artículo VIII.

cuerpo normativo del derecho internacional contemporáneo y, por tanto, de aplicación universal. A continuación, reseñaremos cuatro aspectos.

Uno: este tratado es producto de la decisiva intervención de los países del Tercer Mundo, los cuales impusieron sus puntos de vista a los países del entonces bloque occidental, cuyos integrantes, disconformes entonces con algunos de los extremos aprobados, se rehusaron ulteriormente a ratificarlo; en este sentido, marca el compromiso de los países menos desarrollados, “tercermundistas”, con el derecho penal internacional de alcance universal.³⁷

Dos: reafirmó la existencia jurídica de crímenes internacionales, materia del tratado, en un época en la que no existía ninguna norma convencional vigente sobre los crímenes de lesa humanidad, los mismos que, juntamente con los crímenes de guerra, se declaran imprescriptibles “*cualquiera sea la fecha en que se hubieran cometido*”;

Tres: se reafirmó, durante su elaboración, el consenso de la comunidad internacional sobre la noción de lesa humanidad contenida en las normas aplicadas en el Juicio de Nuremberg ; como es sabido, la discrepancia surgió respecto de los nuevos contenidos incluidos en el tratado por los países del Tercer Mundo³⁸.

Cuatro: instituye la responsabilidad penal imprescriptible de todo individuo, sin importar su nacionalidad, sea gobernante o particular, que fuera responsable o cómplice de los crímenes materia del tratado³⁹.

xxiii) Los crímenes de lesa humanidad se reafirman mediante la Convención de las Naciones Unidas sobre el crimen de apartheid (1973).

³⁷ Los estados árabes lograron, al mismo tiempo que reconocían la validez de la noción sobre lesa humanidad aplicada en Nuremberg, ampliar su contenido a fin de incluir expresamente la ocupación y expulsión que afectaba a Palestina. A su vez, los otros estados africanos lograron ampliar el contenido de la noción de Nuremberg e incluyeron expresamente como crimen de lesa humanidad la política de *apartheid* que practicaba el régimen racista de la minoría blanca entonces gobernante en África del Sur. Veamos a continuación el artículo 1 de la Convención :

“Artículo 1. Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido :

- a) Los crímenes de guerra (...);
- b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de *apartheid* y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la sanción del Delito de genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.”

Ver, al respecto, el texto del artículo 1, literal b), del tratado sobre imprescriptibilidad.

³⁸ Sobre las discrepancias relativas al contenido ampliado de la noción crimen de lesa humanidad, durante la elaboración de la convención sobre imprescriptibilidad, véase Doc. des Nations Unies A/C.3/L.1503 du 7 décembre 1967. “Rapport du Groupe de travail mixte des Troisième et Sixième Commissions chargé du projet de convention sur l’imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l’humanité”, pp. 3-9, para.9, 22, 53, in *Documents officiels de l’Assemblée générale, vingt-deuxième session, Annexes, New York, 1967*, New York, Nations Unies, 1970.

³⁹ Sobre la responsabilidad penal individual la Convención sobre imprescriptibilidad establece :
 “Artículo II. Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo 1, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración.”

La *Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid*⁴⁰, del cual el Perú es Parte—según aprobación efectuada mediante el Decreto Ley No. 22280 de fecha 5 de septiembre de 1978—establece en su artículo I.1. que “*el apartheid es un crimen de lesa humanidad*”, siendo los actos incriminados una violación de “*los principios del derecho internacional, en particular los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas*” así como “*una amenaza seria para la paz y la seguridad internacionales*”. La calificación del apartheid como crimen de lesa humanidad, se recuerda en el Preámbulo (sexto párrafo), es “*conforme a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, [según la cual] los actos inhumanos debidos a la política de apartheid están calificados de crímenes de lesa humanidad*”.

Asimismo, el tratado establece, *inter alia*: la responsabilidad de todo individuo, sin distinción de nacionalidad, que cometa dicho crimen (artículo III); la obligación del Estado, en cuyo territorio se comete dicho crimen, de sancionar a los responsables, y la potestad de todo Estado parte para ejercer la jurisdicción universal.

xxiv) En síntesis.

La Comunidad internacional, desde el año 1946 en que se expidió la sentencia de Nuremberg, ha declarado consistente y reiteradamente en el marco de las Naciones Unidas, la existencia de normas jurídicas internacionales no-convencionales de alcance universal, respecto de los crímenes sancionados por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg. Nos encontramos desde entonces, más allá del debate que tuvo lugar durante el proceso mismo y que se refleja en la sentencia expedida por dicho Tribunal, ante crímenes internacionales reconocidos por la Comunidad internacional toda vez son sancionados por Principios generales de derecho internacional, por normas jurídicas consuetudinarias e incluso por normas de *jus cogens* que están a la base del Orden Público Internacional contemporáneo. En el mismo sentido encontraremos jurisprudencia emitida ulteriormente por las Cortes de derechos humanos en el marco de la Comunidad europea y de la Organización de Estados Americanos, e incluso en derecho penal comparado, especialmente luego de la aprobación del Estatuto de Roma (1998).

4.4. JURISPRUDENCIA DE DERECHO COMPARADO SOBRE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD POST ESTATUTO DE ROMA (1998) EN LA POST-GUERRA FRÍA.

4.4.1. El resurgimiento del Derecho Penal Internacional en la post-Guerra Fría.

xxv) Durante medio siglo, luego del juicio de Nuremberg (1945-1946) y de Tokio (1946-1948), no existió nueva jurisprudencia emitida por un tribunal penal internacional sobre crímenes internacionales : la comunidad internacional no creó, disueltos dichos tribunales, ningún tipo de tribunal penal internacional.. Tampoco existió jurisprudencia, sobre la misma materia, que fuera emitida por la justicia interna de los Estados, salvo la referida a ex-nazis y a sus colaboradores. Ello ocurrió a pesar de que, durante dicho medio siglo, se produjeron crímenes internacionales gravísimos en muchas partes del mundo. Esta ausencia de jurisprudencia concuerda y tiene relación con otro hecho : la comunidad internacional, la sociedad civil, los sistemas de protección internacional de derechos humanos –mundial de la ONU, y europeo e interamericano- se referían, cuando era el caso, a graves violaciones de derechos humanos pero no calificaban tales violaciones como crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de

⁴⁰ La *Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid* fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución No. 3068 (XXVIII) de fecha 30 de noviembre 1973 ; entró en vigor el 18 de julio de 1976, de conformidad con su artículo XV.

guerra. Se utilizaba pues un lenguaje desprovisto en general de las categorías propias del Derecho Penal Internacional.

xxvi) La situación cambió drásticamente a partir de la última década del siglo XX. En efecto, en el nuevo contexto mundial que produce el fin de la Guerra Fría con la disolución de la Unión Soviética (1992), se producen tres hechos de gran importancia mundial.

En primer lugar, se constituyeron los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia (1993) y para Ruanda (1994), los cuales han expedido desde 1995 una abundante jurisprudencia. Esta se refiere a los crímenes de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, y se encuentra en las dos lenguas de trabajo –inglés y francés- de ambos tribunales.

En segundo lugar, se aprobó el Estatuto de Roma (1998) mediante el cual se establecen los tipos penales de los crímenes internacionales más graves y se acuerda crear la Corte Penal Internacional de carácter permanente y de alcance universal.

En tercer lugar, se aplicó por vez primera la jurisdicción universal respecto de crímenes internacionales cometidos por un ex - Jefe de Estado (caso Pinochet, octubre de 1998), anunciando de alguna manera el despertar de la justicia interna de los Estados al Derecho Penal Internacional.

xxvii) En el plano de la justicia interna de los Estados, como lo anunció de alguna manera el caso Pinochet, ha sucedido pues un fenómeno similar al que encontramos en el plano internacional, especialmente luego de la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en 1998. No sin dificultades, debido a que se trata de categorías provenientes del Derecho Internacional que antaño no eran conocidas ni estudiadas en las universidades, la magistratura de los países del mundo, la sociedad civil en cada país, las ONGs internacionales y nacionales, utilizan crecientemente tales categorías penales internacionales para calificar hechos actuales y del pasado reciente que constituyen, a su vez, graves violaciones de los derechos humanos. Así es como existe una creciente jurisprudencia emitida por la justicia interna de los Estados en diversos países, particularmente en América Latina, jurisprudencia que tiene ciertamente una gran importancia ética, social pero también indudablemente política. Por ello, en esta sección, nos vamos a referir a esta jurisprudencia conforme precisaremos luego.

xxviii) Una precisión final. Los sistemas de protección internacional de derechos humanos, en el nuevo contexto mundial, vienen utilizando también, en lo pertinente, las categorías propias del Derecho Penal Internacional para referirse a hechos tradicionalmente denominados violaciones de derechos humanos. Esto lo podemos apreciar en ciertos casos conocidos por órganos jurisdiccionales regionales como el Tribunal europeo de Derechos Humanos o la Corte interamericana de Derechos Humanos. Del mismo modo, se hace un uso cada vez más frecuente del DPI en los pronunciamientos emitidos por los órganos políticos de la ONU –Asamblea General, Consejo de Seguridad, Consejo de Derechos Humanos-, así como por órganos no jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales que conforman los sistemas internacionales de protección de derechos humanos. En la medida que la jurisprudencia supranacional de derechos humanos tiene carácter vinculante para los Estados concernidos, la tendremos en consideración en la sección que sigue a continuación.

4.4.2. La jurisprudencia penal emitida por la justicia interna de los Estados. Tres modalidades.

xxix) Las tres modalidades.

La magistratura de los diversos Estados del mundo ha venido resolviendo, a veces contradictoriamente al interior del mismo Estado, los casos susceptibles de calificarse como

crímenes internacionales –generalmente de lesa humanidad– a la luz de los tipos penales adoptados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998). Podemos reconocer tres modalidades : una primera de desconocimiento de la normatividad internacional, una segunda en la que se aplican directamente los tipos penales internacionales contenidos en normas consuetudinarias o de *ius cogens*, y, finalmente, una tercera modalidad que compatibiliza el principio *nullum crimen sine lege* del derecho interno a las exigencias del Derecho Penal Internacional no-convencional. Como veremos luego, esta tercera modalidad es la que se viene imponiendo en casos recientemente vistos por la justicia de algunos Estados.

xxx) Modalidad 1 : desconocimiento de la normatividad internacional en general.

Según esta modalidad, los hechos materia de juzgamiento se analizan y tipifican exclusivamente desde las categorías del derecho penal nacional, aun cuando pudieran ser concurrentemente consideradas como graves violaciones de los derechos humanos y/o crímenes internacionales. Un claro ejemplo de esta modalidad lo constituyen las sentencias nacionales –Sala Penal Nacional (2006) y Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (2007) sobre el caso Lucanamarca (asesinato de 69 campesinos, 1983) seguido contra el líder principal de “Sendero Luminoso” Abimael Guzmán y otros. Este último, Guzmán, fue condenado no por crímenes contra la humanidad sino por homicidio calificado.⁴¹

xxxi) Modalidad 2: aplicación directa de tipos penales contenidos en normas internacionales consuetudinarias o de *ius cogens*.

En esta segunda modalidad se realiza una interpretación del Principio de legalidad desde la normatividad consuetudinaria o de *ius cogens* existente en Derecho Internacional; en consecuencia, se aplican de manera directa los tipos penales contenidos en normas internacionales consuetudinarias o de *ius cogens* para efectos de la calificación de las conductas como crímenes internacionales. En este sentido se encuentra la siguiente jurisprudencia comparada emitida por las cortes de justicia de Estonia (2004) y por la Audiencia Nacional de España (2005).

*Sentencia, de fecha 27 de enero de 2004, expedida por la Corte de Apelaciones de Tallin, Estonia. En este caso, relativo a hechos ocurridos el año 1949, se aplicó de manera directa el derecho internacional consuetudinario para determinar el momento a partir del cual la conducta en cuestión era sancionada como crimen de lesa humanidad. Más aún, se reconoció que la norma internacional consuetudinaria primaba sobre el derecho interno, toda vez que el justiciable alegaba haber actuado de conformidad con normas jurídicas internas entonces vigentes. La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema (*Riigikohus*) de Estonia con fecha 21 de abril de 2004. Cabe mencionar que los condenados en esta Sentencia por crímenes de lesa humanidad presentaron una demanda contra Estado de Estonia ante la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) como consecuencia de la supuesta vulneración del artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales [que reconoce el principio de legalidad]. Como resultado de esta demanda, la CEDH indicó que “*el artículo 7.2 de la Convención, expresamente prevé que este artículo no debe impedir el juicio o la condena de una persona que al momento de la comisión de los actos era considerada como criminal según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones*

⁴¹ Es de remarcar que, la Comisión de la Verdad y Reconciliación, en su Informe Final (2003), reporta “por lo menos 215 [dos cientos quince] masacres perpetradas por el PCP-SL”, entre las cuales se considera como “{U}no de los ejemplos más terribles de tal tipo de eventos [es] la masacre de Lucanamarca” (Informe Final, tomo VI, p. 33). Luego de analizar la práctica de “Sendero Luminoso, la CVR concluye que esta organización y en particular “su líder principal, Abimael Guzmán Reinazo, así como sus principales dirigentes nacionales y regionales son responsables de la comisión de miles de asesinatos en contra de población civil”, y que vista la intención así como “el carácter sistemática y generalizado de los mismos, violaron las leyes nacionales, normas penales internacionales humanitarias, y constituyen por ello delito de terrorismo, crímenes de lesa humanidad y graves transgresiones del Derecho Internacional Humanitario”(Informe Final, tomo VI, p. 68).

civilizadas. Esto resulta ser verdad respecto de los crímenes contra la humanidad sobre los cuales la regla de imprescriptibilidad no puede ser aplicada”⁴².

*Sentencia de la Audiencia Nacional de España de fecha 19 de abril de 2005 (Caso Adolfo Scilingo). En esta Sentencia, la Audiencia Nacional condenó a Adolfo Scilingo por “delitos de lesa humanidad” tipificados en el art. 607 bis del Código Penal Español, vigente en el derecho español con fecha posterior a la comisión de los hechos imputados. Para justificar la aplicación retroactiva de este tipo penal (art. 607 del Código Penal Español), la Audiencia Nacional indicó que los crímenes de lesa humanidad ya existían en el Derecho internacional consuetudinario en el momento de la perpetración de los hechos. Con ello se observa que la Audiencia Nacional hace una aplicación directa del derecho internacional consuetudinario. En relación a la aplicación del principio de legalidad, la Audiencia indicó lo siguiente:

“En el análisis del problema de la tipicidad, es de destacar que la formulación del principio de legalidad penal (criminal y penal) nullum crimen nulla poena sine lege, en el Derecho Internacional se articula como de nullum crime sine iure, lo que permite una interpretación mucho más amplia de las exigencias derivadas de este principio, en cuanto que sería suficiente la consideración como tal en derecho internacional, aunque no estuviera tipificado en derecho interno. A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos internos, la tipicidad de los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad no está determinada en el orden internacional por su incorporación en textos escritos (...)”⁴³.

Para justificar esta interpretación del Principio de legalidad, la Audiencia Española argumentó en el sentido que :

“el derecho interno español (...) no solo puede limitarse a recibir la descripción del tipo penal y a asignarle una pena factible en derecho interno, sino que estimamos que también debe recoger o asumir el ámbito de aplicación de dicha norma, incluido el espacio-temporal de la misma.” Lo contrario “significaría negar cualquier clase de internacionalidad a esta clase de delitos lo que representa una absoluta contradicción, además de no ajustarse siquiera a la ubicación sistemática dada a estos delitos”⁴⁴.

(Como veremos luego, en la tercera modalidad, esta posición de la Audiencia Nacional de España no fue retenida por el Tribunal Supremo de España en el mismo caso.)

xxxii) Modalidad 3: se compatibiliza el principio *nullum crimen sine lege* del derecho interno a las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional no-convencional (normas consuetudinarias o de *ius cogens*).

En esta modalidad, se califican los hechos con los tipos penales del derecho interno vigentes en el momento en que tales hechos se cometieron, imponiéndose en consecuencia las penas

⁴² Traducción no oficial. En Corte Europea de Derechos Humanos, caso de Kolk y Kislyiy contra Estonia (Sección Cuarta, Decisión sobre admisibilidad relativa a Demanda No. 23052/04 interpuesta por August KOLK y a Demanda No. 24018/04 interpuesta por Petr KISLYIY contra Estonia, de 17 de enero de 2006. Una sentencia similar ha sido expedida ulteriormente por la misma Corte Europea de Derechos Humanos : sentencia de fecha 17 de mayo 2010 : *Grand Chamber, Case of Kononov v. Latvia (Application no. 36376/04), Judgment, Strasbourg* ; en este caso, empero, la Corte considera la existencia concurrente de normas jurídicas internacionales consuetudinarias y de normas penales internas respecto de hechos ocurridos el año 1944, hechos que se califican como crímenes de guerra.

⁴³ Sentencia de la Audiencia Nacional de España de fecha 19 de abril de 2005, (Caso Adolfo Scilingo). Disponible en la página web del Equipo Nizkor: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicioral/#sent> [revisada con fecha 4 de noviembre de 2006].

⁴⁴ Ibidem.

previstas con antelación. Al mismo tiempo, se reconoce que los hechos en cuestión, cuando fuere pertinente, constituyeron también graves violaciones de los derechos humanos y/o crímenes internacionales según las normas vigentes de los Derechos Humanos y/o del Derecho Penal Internacional –en este caso en virtud de normas que pueden ser consuetudinarias o de *ius cogens*. Este reconocimiento tiene efectos internos e internacionales, toda vez que los crímenes internacionales tales como lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra: (aa) no prescriben (son imprescriptibles), (bb) no son susceptibles de ser amnistiados, (cc) no pueden ser objeto de indulto con fines de otorgar impunidad, y (dd) activan la jurisdicción universal (todos los Estados del mundo pueden en caso necesario mediante sus órganos de justicia conocer los hechos en cuestión en caso estuvieran impunes).

Esta tercera modalidad es la que se viene paulatinamente imponiendo en los países latinoamericanos, incluido ciertamente el Perú, luego de la sentencia “Barrios Altos” expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 14 de marzo 2001, en un caso relativo al Perú. La Corte declaró en esta sentencia la invalidez de las leyes de amnistía, de prescripción y de excluyentes de responsabilidad, en relación a violaciones graves de los derechos humanos en los términos siguientes :

“son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”⁴⁵.

El impacto de esta sentencia, era la primera vez a nivel mundial que un ente jurisdiccional internacional emitía una tal declaración, trasciende el ámbito interamericano, toda vez que “las graves violaciones de los derechos humanos” establecidas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituyen en muchos casos crímenes internacionales de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el Derecho Penal Internacional. De alguna manera es lo que podemos reconocer en una importante jurisprudencia del Tribunal Supremo de España. A fin de ilustrar el desarrollo de esta tercera modalidad, veremos a continuación brevemente jurisprudencia nacional perteneciente a España, Chile, Argentina y Uruguay. En la sección siguiente presentaremos la jurisprudencia nacional peruana post sentencia “Barrios Altos” de la Corte Interamericana.

***Jurisprudencia de España :** sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Español, de fecha 1 de octubre de 2007, mediante la cual se ampara en parte el recurso de Casación interpuesto por Adolfo Scilingo. Esta sentencia reforma lo señalado por la Audiencia Nacional antes citada en relación a la aplicación del tipo “delitos de lesa humanidad” (artículo 607 bis) como norma penal sustantiva interna, por ser posterior a los hechos y no más favorable. En relación a la aplicación del principio de legalidad señala:

“la vigencia del principio de legalidad (...) impide, pues, la aplicación directa del derecho Internacional Penal consuetudinario como única norma aplicable al caso. También impide la aplicación del artículo 607 bis como norma penal sustantiva interna por ser posterior a los hechos y no más favorable”⁴⁶. No obstante, el Tribunal Supremo indicó seguidamente que “De lo expuesto no puede deducirse, sin embargo, que las normas de Derecho Internacional Penal

⁴⁵ Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001, párr 41.

⁴⁶ Sentencia disponible en la página web del Equipo Nizkor: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/juicialal/#sent> [revisada con fecha 20 de noviembre de 2007], considerando sexto.

consuetudinario, en cuanto se refieren a los delitos contra el núcleo duro de los Derechos Humanos esenciales, puedan ser ignoradas en la interpretación y aplicación de las leyes internas. El artículo 10.2 de la Constitución impone la interpretación de las normas que se refieren a los derechos fundamentales conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España, entre los que se encuentra el CEDH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). De esta forma, los principios contenidos en el Derecho internacional, deben ser tenidos en cuenta al proceder a la interpretación y aplicación del Derecho nacional, con mayor motivo cuando aquellos revisten naturaleza de ius cogens. Consiguientemente, tanto las normas de derecho Penal sustantivo como las de orden orgánico o procesal, deben ser interpretadas teleológicamente en coherencia con la necesidad de protección eficaz y con la efectividad de la prohibición de lesión de los Derechos Humanos”⁴⁷.

En este orden de ideas, el Tribunal Supremo condenó A. Scilingo por los delitos de asesinato y detención ilegal (tipos penales vigentes en el momento de la comisión de los hechos), afirmando a la vez que tales delitos constituyen crímenes contra la humanidad según el Derecho Internacional : “...el elemento que justifica la extensión extraterritorial de la jurisdicción de los Tribunales españoles es precisamente la concurrencia en los hechos perseguidos de una serie de circunstancias ajenas al tipo, pero claramente relevantes a estos efectos en cuanto que son las propias de los crímenes contra la Humanidad según el Derecho Internacional Penal consuetudinario...”⁴⁸. En conclusión, el Tribunal resuelve el caso condenando al acusado “...como autor de (...) delitos de asesinato previstos y penados en el artículo 139.1º; como autor de un delito de detención ilegal previsto y penado en el artículo 163, y como cómplice (...) de delitos de detención ilegal previstos y penados en el artículo 163, todos ellos del Código Penal vigente, los cuales constituyen crímenes contra la Humanidad según el derecho internacional...”⁴⁹.

***Jurisprudencia de Chile :**

Sentencia de fecha 10 de enero de 2008, expedida por la Cuarta Sala de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago de Chile. En esta sentencia se califican los hechos (ocurridos en el año 1973) con los tipos penales del Código Penal chileno vigentes al momento de su comisión y, a la vez, se indica que tales conductas constituyeron crímenes de guerra, rechazando por tal motivo la excepción de prescripción alegada. En este sentido, la Corte de Apelaciones señala: “...respecto de la prescripción alegada en el proceso, es preciso tener presente (...) que tanto el delito de secuestro como el de homicidio calificado materia de la acusación, perpetrados contra de personas que tenían en común la calidad de ser opositores al régimen militar de facto instalado en Chile en 1973, a la luz de los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por nuestro país, (...) constituyen ejecuciones llevadas a cabo en forma extrajudicial, al margen de la juricidad, y por ende, se trata de crímenes internacionales inamnistiables e imprescriptibles”⁵⁰. Además, esta Corte de Apelaciones establece como parte del derecho aplicable –considera que ha devenido norma consuetudinaria- la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, pese a que dicho tratado no ha sido ratificado por Chile, y los Convenios de Ginebra de 1949.

La propia Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia expedida el 18 de enero 2007, en el caso del homicidio perpetrado el 31 de octubre de 1973 en contra de ciudadano mapuche José

⁴⁷ Ibíd. considerando sexto, punto 5.

⁴⁸ Ibíd. considerando séptimo.

⁴⁹ Ibíd. SEGUNDA SENTENCIA Nº: 798/2007.

⁵⁰ Sentencia de fecha 10 de enero de 2008, expedida por la Cuarta Sala de la Ilma. de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, punto 5.

Matías Nanco, declaró que tratándose de un crimen de guerra y de lesa humanidad, era imprescriptible e inadmisible :

“DECIMO NOVENO.- Que habiéndose resuelto la excepción de prescripción señalada y negado su procedencia, este Tribunal deberá pronunciarse sobre la excepción de amnistía que fue hecha valer por los recurridos en lo principal de fojas 522. (...) De acuerdo al análisis de las circunstancias fácticas que rodearon la comisión del delito de autos, hemos concluido que se trata de un delito de guerra o de lesa humanidad y, como tal, también tiene el carácter de inadmisible” (Sentencia : parte relativa a la casación).

“Cuarto. (...) la propia Corte Interamericana en el "Caso Barrios Altos", expresa que: "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos"" (sentencia de 14.03.2.001, Serie C, N° 75, pár. 41);” (Sentencia parte relativa al fallo condenatorio).

“QUINTO.- Que, estos crímenes de guerra y los de lesa humanidad, se han elevado, por el derecho internacional al carácter de principio la imprescriptibilidad, como lo indica el artículo 1 de los Convenios de Ginebra, declaración expresamente formulada en la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1.968 y en vigor desde 1.970, pero no ratificada por Chile;” (Sentencia parte relativa al fallo condenatorio).

La condena de los responsables, sin embargo, se efectúa por la comisión del delito de homicidio, contemplado en el artículo 391 N° 2 d el Código Penal de Chile y vigente en el momento de los hechos.

***Jurisprudencia de Argentina: Corte Suprema de Justicia de la Nación.**

En Argentina, luego de la sentencia “Barrios Altos” expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001), se generó un intenso debate sobre la validez y efectos jurídicos de sus propias leyes de amnistía conocidas como de “Punto final” y de “Obediencia debida” – Leyes 23492 y 23521, respectivamente—vigentes desde el año 1986. La cuestión fue zanjada en última instancia por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante sentencia expedida el 14 de junio de 2005. La Corte Suprema, tomando como precedente la sentencia precitada de la Corte Interamericana así como lo dispuesto en el ordenamiento jurídico argentino⁵¹, resolvió finalmente en su Fallo :

⁵¹ La Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) declaró así : “24) Que la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en "Barrios Altos" al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales... la situación que generó las leyes peruanas y su texto no son, por cierto, "exactamente" iguales a las de punto final y obediencia debida. Sin embargo, a los fines de determinar la compatibilidad de dichas leyes con el derecho internacional de los derechos humanos, no es esto lo que importa. Lo decisivo aquí es, en cambio, que las leyes de punto final y de obediencia debida presentan los mismos vicios que llevaron a la Corte Interamericana a rechazar las leyes peruanas de "autoamnistía" (...) cuya finalidad es la de evitar la persecución de lesiones graves a los derechos humanos (...).” “25) (...) la circunstancia de que leyes de estas características puedan ser calificadas como "amnistías" ha perdido toda relevancia en cuanto a su legitimidad. Pues, en la medida en que dichas normas obstaculizan el esclarecimiento y la efectiva sanción de actos contrarios a los derechos reconocidos en los tratados mencionados, impiden el cumplimiento del deber de garantía a que se ha comprometido el Estado

“1.-...declarar la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521, y confirmar las resoluciones apeladas.

(...)

“3.- Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina.”

Dos años después, mediante sentencia expedida el 13 de julio 2007, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ocupó de los indultos que se habían otorgado a responsables de graves violaciones de derechos humanos que esta vez calificó expresamente como crímenes de lesa humanidad. Afirmó entonces :

“28) Que las consideraciones expuestas, derivadas de los tratados internacionales, de la jurisprudencia y recomendaciones de sus organismos interpretativos y de monitoreo, han llevado a este Tribunal, a través de diversos pronunciamientos, a reconocer el carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad (“Arancibia Clavel”, Fallos: 327:3312); a declarar la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final (“Simón”, Fallos: 328:2056); a reconocer el derecho a la verdad sobre los hechos que implicaron graves violaciones de los derechos humanos (“Urteaga”, Fallos: 321:2767); a otorgar rol protagónico de la víctima en este tipo de procesos (“Hagelin”, Fallos: 326:3268); y también a replantear el alcance de la garantía de cosa juzgada compatible con los delitos investigados (“Videla” Fallos: 326:2805).”

“29) Que ahora, en esa misma senda y en base al mismo plexo normativo antes expuesto, producto de una hermenéutica de normas y jurisprudencia nacional e internacional, le corresponde a esta Corte declarar la imposibilidad constitucional de indultar a autores y partícipes de esa clase de delitos, pues dicho acto de gobierno conlleva de modo inescindible la renuncia a la verdad, a la investigación, a la comprobación de los hechos, a la identificación de sus autores y a la desarticulación de los medios y recursos eficaces para evitar la impunidad.”

argentino, y resultan inadmisibles.” “31) Que, desde ese punto de vista, a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen el objeto de la presente causa. Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues, de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana en los casos citados, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca. En otras palabras, la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de “irretroactividad” de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos.”

“Por tales razones esta Corte declara inconstitucional el decreto del Poder Ejecutivo 1002/89 que dispuso el indulto del aquí recurrente (arts. 18, 31, 75, inc. 22, 99, inc. 5, 118 de la Constitución Nacional; 12, 8.4 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).” (Sentencia recaída en M. 2333. XLII. y otros. Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. De casación e inconstitucionalidad.)

Teniendo como marco de referencia las sentencias anteriores, imprescriptibilidad e improcedencia de las leyes de amnistía (y disposiciones de indulto) respecto de violaciones graves de derechos y/o crímenes de lesa humanidad, se han dictado importantes sentencias en Argentina en las que la condena se efectúa siempre en aplicación del Código Penal vigente en la época de los hechos. Así, en la sentencia No 22/08 expedida por la Cámara Federal de Córdoba, de fecha 24 de julio 2008, en el caso del general del ejército Luciano Menéndez se afirma :

“Concluyendo, cabe consignar entonces, sin mayor esfuerzo argumental, que las leyes de punto final y obediencia debida dirigidas a procurar la impunidad de crímenes contra la humanidad, resultaron “ineficaces” al momento de su sanción frente al derecho internacional al que el Estado se encontraba vinculado”. por lo que procede considerarlas inconstitucionales conforme a todas las consideraciones expuestas. “Esto es así en tanto y en cuanto resulta violatorio de este deber de punición constitucional, cualquier ley interna de impunidad o de impedimento de juzgamiento por el mero transcurso del tiempo -prescripción- de todas aquellas conductas delictivas que por su modalidad comisiva puedan considerarse de lesa humanidad, de este modo es que, los planteos de nulidad del presente juicio, articulados por las partes defensoras, fundados en el instituto de la prescripción como así también en las leyes de impunidad –Nº 23.492 y Nº 23.521- devienen inadmisibles frente a las perspectivas del derecho interno e internacional.”

Y el fallo condenatorio se lee como sigue :

“9) Declarar a **LUCIANO BENJAMÍN MENENDEZ**, ya filiado, coautor mediato penalmente responsable, de los delitos de privación ilegítima de la libertad calificada por tratarse de un funcionario público, agravada por el uso de violencia, por la duración (más de un mes) y por haberse cometido para compeler a la víctima a hacer, no hacer o tolerar algo a lo que no estuviese obligada (tres hechos en concurso real); imposición de tormentos agravada por la condición de perseguido político de la víctima (cuatro hechos en concurso real) y homicidio doblemente calificado por alevosía y por el concurso de una pluralidad de partícipes (cuatro hechos en concurso real); todo en concurso real (arts. 45, 55, 144 bis inc. 1º, con las agravantes contempladas por el 142, incs. 1º, 5º y 6º, en función de lo dispuesto por el último párrafo del 144 bis; 144 ter., primer párrafo, con la agravante prevista por el segundo párrafo del mismo precepto y 80 incs. 2º y 6º del Código Penal texto conforme ley 11.179 vigente al tiempo de comisión de los hechos, con las modificaciones introducidas por las leyes 14.616, 20.509, 20.642 y 21.338, e imponerle en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de **PRISIÓN PERPETUA E INHABILITACIÓN ABSOLUTA PERPETUA**, accesorias legales y costas (arts. 19 del Código Penal y 398, 403 primer párrafo, 530 y conc. del Código Procesal Penal de la Nación); en consecuencia revocar su prisión domiciliaria y

ordenar su inmediata detención y alojamiento en una unidad carcelaria dependiente del Servicio Penitenciario de la Provincia de Córdoba.”

***Jurisprudencia de Uruguay : Suprema Corte de Justicia.**

En Uruguay, mediante Sentencia No. 365 de 19 de octubre 2009, la Suprema Corte de Justicia declaró la inconstitucionalidad de su ley de amnistía --Ley 15848 1986 Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, de 22 diciembre— por considerarla violatoria del ordenamiento jurídico nacional e internacional, teniendo en consideración expresamente en este contexto la sentencia “Barrios Altos” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos así como la jurisprudencia argentina, en los siguientes términos :

“A modo de síntesis, la ilegitimidad de una ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron delitos de esta naturaleza, gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de constitucionalidad de la Ley N° 15.848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación para dictar el presente fallo.”

“Por los fundamentos expuestos y las normas citadas, la Suprema Corte de Justicia

“FALLA:

DECLÁRANSE INCONSTITUCIONALES E INAPLICABLES EN EL CASO CONCRETO LOS ARTS. 1º, 3º Y 4º DE LA LEY N° 15.848, SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.”⁵²

4.4. La jurisprudencia peruana post sentencia “Barrios Altos” (2001) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁵² Suprema Corte de Justicia (Uruguay), sentencia No. 365 de 19 de octubre 2009 : sección III.8 de la Parte III. . A continuación algunos párrafos relevantes de la sentencia contenidos en la misma sección III.8: “Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.” “En el ámbito jurisdiccional, cabe recordar algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declaran nulas leyes de amnistía dictadas para impedir el castigo de los responsables de violaciones graves de derechos humanos y que establecen el deber de los jueces y tribunales nacionales de velar por la aplicación de las normas internacionales frente a “leyes contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos” (sentencia dictada el 14 de marzo de 2001 en el *Caso Barrios Altos*, interpretada por sentencia de 3 de setiembre de 2001; sentencia dictada el 26 de setiembre de 2006 en el *Caso Almonacid Arellano y otros*; y sentencia del 29 de diciembre de 2006 en el *Caso La Cantuta*).” “En Argentina, la Corte Suprema de la Nación ha dictado sentencias relevantes, como la que el 14 de junio de 2005 resolvió el *Caso Simón (Caso Poblete)*, que constituye un auténtico “*leading case*”; y, más recientemente, la que el 4 de mayo de 2007 resolvió el *Caso Mezzoe (Caso Riveros)*. Allí, sostuvo que las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida (Leyes Nos. 23.492 y 23.521) son inválidas e inconstitucionales. A su vez, se pronunció sobre la validez de la Ley N° 25.779, aprobada por el Congreso de la Nación en 2003, por la cual se había declarado la nulidad de estas leyes.”

xxiv) En cumplimiento de sus obligaciones internacionales y de una interpretación sistemática de la Constitución Política, la jurisprudencia peruana post sentencia “Barrios Altos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001), viene pronunciándose en el sentido que las violaciones graves de derechos humanos, y que constituyen además crímenes en determinados casos crímenes de lesa humanidad, esto es crímenes internacionales, son imprescriptibles y no pueden beneficiar de una amnistía.

El punto más alto de esta jurisprudencia lo hallamos en la sentencia expedida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 7 de abril 2009, en el caso Alberto Fujimori. Se lee así en la sentencia (“§ 4. Delitos contra la Humanidad : Barrios Altos y La Cantuta”, del Capítulo I: Delitos cometidos, Parte Tercera. Fundamentos Jurídico Penales) :

“717º. Ahora bien, a partir de lo expuesto resulta evidente que los actos de asesinato y lesiones graves, objeto de juzgamiento, trascienden su ámbito estrictamente individual o común al adecuarse, plenamente, a los presupuestos que identifican a los delitos contra la humanidad. Los asesinatos y lesiones graves de Barrios Altos y La Cantuta son también delitos contra la humanidad. Fundamentalmente, porque ellos se cometieron en el marco de una política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos. Esta política, de un lado, fue diseñada, planificada y controlada desde los más altos niveles de poder del Estado, y ejecutada por agentes públicos –efectivos de inteligencia militar– que se sirvieron del aparato castrense para hacerlo; y, de otro lado, conforme a sus objetivos, afectó a un número importante de personas indefensas de la población civil. Esta conclusión es absolutamente compatible con lo establecido en la Parte II de esta Sentencia. Está probado que fue una decisión de Estado ordenada o aprobada por el Jefe de Estado, que se ejecutó por los organismos de inteligencia militar –Destacamento Especial de Inteligencia Colina y DINTE– dirigidos finalmente por el SIN, y que contó con todo el apoyo oficial concebible, cuyo objetivo final fue la desaparición forzada y/o ejecución arbitraria o extrajudicial de presuntos subversivos, de los que dos hechos significativos –que no los únicos– fueron precisamente Barrios Altos y La Cantuta. Con ello no se hace sino coincidir, a partir del cúmulo de pruebas ya analizadas, con las decisiones de la CIDH y el Tribunal Constitucional que, igualmente, calificaron estos actos de crímenes contra la humanidad según el Derecho Internacional Penal.⁵³”

En coherencia con los fundamentos jurídicos, el Fallo condena al justiciable A. Fujimori por la comisión de los delitos de homicidio calificado – asesinato y lesiones graves establecidos en el Código Penal peruano en el momento en que ocurrieron los hechos imputados, y añade : “823. (...) Los mencionados delitos de homicidio calificado y lesiones graves constituyen crímenes contra la Humanidad según el Derecho Internacional Penal” (Parte Cuarta de la sentencia).

Veamos ahora, las sentencias nacionales que precedieron el fallo de la Corte Suprema de Justicia.

*Tribunal Constitucional : sentencia de fecha 14 de marzo de 2004, expedida en la causa de Genaro Villegas Namuche (EXP. N° 2488-2002-HC/TC), que señala lo siguiente:

⁵³ En el texto original de la sentencia se incluye la siguiente nota que corre con el número 1040 : “1040. SCIDH La Cantuta v. Perú, del veintinueve de noviembre de dos mil seis, párrafo 225. SSTC Vera Navarrete del nueve de diciembre de dos mil cuatro, párrafo 25 (número 2798-2004- HC/TC); y, Martín Rivas del veintinueve de noviembre de dos mil cinco, párrafo 81 (número 4587-2004-AA/TC).”

“...corresponde al Estado el enjuiciamiento de los responsables de crímenes de lesa humanidad y, si es necesario, la adopción de normas restrictivas (...). El objetivo, evidentemente, es impedir que ciertos mecanismos del ordenamiento penal se apliquen con el fin repulsivo de lograr la impunidad. Ésta debe ser siempre prevenida y evitada, puesto que anima a los criminales a la reiteración de sus conductas, sirve de caldo de cultivo a la venganza y corroe dos valores fundamentales de la sociedad democrática: la verdad y la justicia”⁵⁴ [el resaltado es agregado].

*Tribunal Constitucional : sentencia de fecha 21 de junio de 2004, expedida en la causa de Carlos Portella Núñez (Exp. N.º 2310-2004-HC/TC), que señala lo siguiente:

“Como “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” (art. 55º de la Constitución), es del caso recordar que la jurisdicción internacional establece plantear expresamente que no pueden oponerse obstáculos procesales que tengan por propósito eximir a una persona de sus responsabilidades en graves crímenes y violaciones del derecho internacional humanitario y los derechos humanos. Esta afirmación se deriva, como ha sido señalado, de la obligación del Estado de investigar y sancionar las violaciones que hubiesen sido cometidas y que estuviesen pendientes de juzgar”⁵⁵.

*Tribunal Constitucional : sentencia recaída en el Expediente N° 2798-04-HC/TC, por la cual el Tribunal Constitucional señaló, refiriéndose a las graves vulneraciones a los derechos humanos, que:

“la gravedad de estas conductas ha llevado a la comunidad internacional a plantear expresamente que no pueden oponerse obstáculos procesales que tengan por propósito eximir a una persona de sus responsabilidades en graves crímenes y violaciones del derecho internacional humanitario y los derechos humanos”⁵⁶. Esta afirmación se deriva, como ha sido señalado, de la obligación del Estado de investigar y sancionar las violaciones producidas. (...) La investigación que desarrolle el Estado, por medio de sus autoridades jurisdiccionales, debe ser asumida como un deber jurídico propio y no como una gestión procesal cualquiera. El derecho a la tutela judicial, tal cual queda establecido en la presente sentencia, exige que los jueces dirijan el proceso de modo de evitar dilaciones y entorpecimientos indebidos que provoquen situaciones de impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos (caso Bulacio versus Argentina, Sentencia del 18 de septiembre del 2003)”⁵⁷.

*Tribunal Constitucional : sentencia de fecha 2 de marzo de 2007, recaída en el Exp. N° 679-2005-PA/TC LIMA, en la cual se señala lo siguiente:

“Las obligaciones asumidas por el Estado peruano con la ratificación de los tratados sobre derechos humanos comprenden el deber de garantizar aquellos

⁵⁴ Tribunal Constitucional. Sentencia de fecha 14 de marzo de 2004, en la causa de Genaro Villegas Namuche, EXP. N° 2488-2002-HC/TC, Punto 10 de los fundamentos.

⁵⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia de fecha 21 de junio de 2004, expedida en la causa de Carlos Portella Núñez, Exp. N° 2310-2004-HC/TC, párr. 4.

⁵⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2004, expedida en la Causa Gabriel Orlando Vera Navarrete, párr. 18.

⁵⁷ Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente N° 2798-04-HC/TC, párrafos 18 y 19.

derechos que, de conformidad con el Derecho Internacional, son inderogables y respecto de los cuales el Estado se ha obligado internacionalmente a sancionar su afectación”⁵⁸.

*Tribunal Constitucional : sentencia de fecha 29 de abril de 2005 (expedida en la Causa de Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, Exp. N° 1805-2005-HC/TC), en la cual se indicó que la resolución judicial que declaró improcedente la excepción de prescripción no vulnera ninguno de los derechos del señor Cáceda Pedemonte⁵⁹, señalando además que:

“dada la trascendencia de los procesos penales que actualmente se siguen por los hechos atribuidos al Grupo Colina, este Tribunal considera que es necesario continuar con la tramitación del proceso tendiente a determinar las responsabilidades a que hubiere lugar. Es por ello que resulta importante recordar, conforme se hiciera en anterior jurisprudencia, que: “[l]os hechos que son materia de los procesos penales seguidos contra el recurrente forman parte de un conjunto atribuido al autodenominado Grupo Colina, todos ellos cometidos bajo una modalidad delictiva que ha motivado el rechazo y la condena de la Comunidad Nacional e Internacional. El Estado Peruano no debe tolerar la impunidad de éstos y otros graves crímenes y violaciones a los derechos humanos, tanto por una obligación ética fundamental derivada del Estado de Derecho, como por el debido cumplimiento de compromisos expresos adquiridos por el Perú ante la Comunidad Internacional”⁶⁰.

*Resolución emitida por la Sala Superior Anticorrupción “A” de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 9 de mayo de 2005, que declaró infundada la excepción de prescripción⁶¹, señalando lo siguiente:

“TERCERO.- Establecida la naturaleza de los delitos [violación de derechos fundamentales] por los cuales se ha decidido instruir a la excepcionante (...) esta Sala declara que no es oponible la prescripción al ejercicio de esta acción penal, dado que como señaló la Corte Interamericana en la ya glosada sentencia de fondo [caso Barrios Altos]: Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de *amnistía*, *las disposiciones de prescripción* y *el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos (...)*”

“SÉTIMO.- (...) de lo que se sigue que si bien el instituto de la prescripción se funda en la primacía del valor seguridad jurídica frente al valor justicia, en el caso de los delitos como los instruidos (por su especial gravedad y naturaleza) tal primacía se invierte a favor de la justicia y por ende el Estado se halla obligado a ejercer los mecanismos y procedimientos legales destinados a la

⁵⁸ Tribunal Constitucional. Sentencia de fecha 2 de marzo de 2007, recaída en el Exp. N° 679-2005-PA/TC, Santiago Enrique Martín Rivas (vista la causa: 8-03-2005), párr 30.

⁵⁹ Ello, en principio, debido a que no había transcurrido el plazo ordinario de prescripción por el delito de asociación ilícita. Véase párr. 22 y 23 de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de abril de 2005 (expedida en la Causa de Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, Exp. N° 1805-2005-HC/TC).

⁶⁰ *Ibíd.* Párr. 23 y 24.

⁶¹ La excepción de prescripción fue presentada por la procesada Shirley Sandra Rojas Castro, en el proceso que se le sigue por los delitos de homicidio calificado, lesiones graves y asociación ilícita para delinquir en agravio de Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre y otros. En: Informe Defensorial N° 97 “A dos años del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación”. págs. 126 y 127.

investigación y sanción de los que resultaren responsables de tales delitos (...)"⁶².

*Resolución emitida por la Sala Penal Nacional de la Corte Superior de Lima de fecha 2 de marzo de 2007, expedida en la causa "Ejecuciones arbitrarias en Accomarca", señalando lo siguiente:

"Cuarto: El hecho de procesar los actos antes reseñados como delito de asesinato, previsto y penado por el Código Penal (...), no implica en modo alguno negarle la condición de violaciones a los derechos humanos, como tampoco impugnar las consecuencias que ello acarrea. Esta subsunción en los tipos penales locales de ningún modo contraría ni elimina el carácter de crímenes contra la humanidad de la conducta en análisis ni impide aplicarles las reglas y las consecuencias jurídicas que les caben por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes...."⁶³.

*Resolución emitida por la Segunda Sala Penal de Huancayo con fecha 8 de septiembre de 2006, en la Causa Luis Augusto Pérez Documet, por el delito de secuestro en agravio de Luis Alberto Ramírez Hinostroza (Exp. N° 2004-1639):

"El Sistema Normativo Universal (...) ha establecido que cierta clase de acciones u omisiones tienen la calificación jurídica de Actos Contra la Humanidad, por lo tanto, por razones históricas, morales y jurídicas, la acción para su juzgamiento resulta imprescriptible, por la sencilla razón de que la sociedad en su conjunto tiene permanentemente vigente el derecho a la Verdad para evitar la desnaturalización de la vida colectiva"⁶⁴.

4.5. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la confluencia entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional (Crímenes de lesa humanidad).⁶⁵

xxv) La Corte interamericana de derechos humanos (en adelante, también, Corte o Corte interamericana), desde que inició sus funciones en 1980, no había utilizado para resolver los casos que se le sometían las categorías propias del Derecho penal internacional (en adelante, también, DPI). La situación cambió desde el año 2006. La Corte expidió entonces diversas sentencias en las cuales utilizó ampliamente el tipo penal denominado "crimen de lesa humanidad" —antes conocido en español como «crimen contra la humanidad». Esta utilización del tipo penal en cuestión tiene, además, una particular importancia porque refuerza la argumentación de la Corte interamericana, antes sólo basada en el Derecho internacional de los derechos humanos, sobre la invalidez jurídica de las leyes de amnistía, o de prescripción, cuando se refieren a ciertos crímenes internacionales.

⁶² Informe Defensorial N° 112, "El difícil camino de la reconciliación. Justicia y reparación para las víctimas" pág. 141 y 142.

⁶³ La Sala Penal Nacional revocó el auto que declaró fundada la excepción de prescripción. En: Informe Defensorial N° 112, "El difícil camino de la reconciliación. Justicia y reparación para las víctimas" pág. 141.

⁶⁴ *Ibid.*, pág. 142.

⁶⁵ Sobre este tema véase nuestro artículo : Burneo, José 2009, "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos : confluencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional", en Revista de Estudos Universitários. Direitos humanos, v. 35 n. 1 junho 2009, sofoaba, SP, UNISO, Universidad de Sorocaba, Sorocaba, Basil. A continuación, en esta sección, se insertan algunos párrafos del artículo precitado.

En este contexto, la sentencia más importante es la recaída en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de fecha 26 de septiembre 2006. Si bien esta sentencia se inscribe en la línea de lo sentenciado por la misma Corte interamericana en el caso “Barrios Altos” (2001) concerniente al Estado peruano, existe una importante diferencia entre ambas. En el caso “Barrios Altos” la Corte no hace referencia alguna a que la ejecución extrajudicial de 15 (quince) personas, incluido un niño de 8 (ocho) años, ocurrida en horas de la noche al interior de un domicilio particular el año 1991, a pocos metros de la sede del Congreso de la República en la ciudad de Lima, constituye un crimen de lesa humanidad de acuerdo con el Derecho penal internacional. Ulteriormente sí utilizará la Corte complementariamente esta calificación propia del DPI en casos relativos también al Perú ocurridos en esos mismos años, como es el caso “La Cantuta” (desaparición y ejecución de nueve estudiantes universitarios y de un catedrático de la Universidad pedagógica conocidas como “La Cantuta”, Lima 2002, hechos perpetrados por el mismo «escuadrón de la muerte» responsable del caso “Barrios Altos”).

El caso *Almonacid Arellano* resuelto por la Corte Interamericana se refiere al asesinato del que fuera éste víctima el año 1973, Rancagua (Chile) poco después de ocurrido el golpe de Estado : “carabineros” le dispararon en la puerta de su domicilio en presencia de su familia. Debido a la vigencia de la ley de amnistía, y habiendo la Corte suprema de justicia de la República de Chile decidido (1996) que el caso fuera resuelto por la justicia militar y no por la justicia común como solicitaba la familia de la víctima, la justicia militar dictó (1998) el sobreseimiento total y definitivo en aplicación de la ley de amnistía No. 2.191 promulgada y en vigor desde 1978⁶⁶.

xxvi) La Corte interamericana considera el crimen contra *Almonacid Arellano*, perpetrado en el marco de un ataque generalizado o sistemático, dada la situación existente en Chile el año 1973 bajo la dictadura militar, como un crimen de lesa humanidad.⁶⁷ Precisa entonces que, constituyendo esta grave violación del derecho a la vida un crimen internacional :

«129. (...). El Estado [de Chile] incumplió su obligación de adecuar su derecho interno a efectos de garantizar los derechos establecidos en la Convención Americana, porque mantuvo y mantiene en vigencia el Decreto Ley No. 2.191, el que no excluye a los crímenes de lesa humanidad de la amnistía general que otorga. Finalmente, el Estado violó el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, e incumplió con su deber de garantía, en perjuicio de los familiares del señor *Almonacid Arellano*, porque aplicó el Decreto Ley no. 2.191 al presente caso»⁶⁸.

Concluye finalmente que, no siendo conforme a derecho la adopción de leyes que otorgan amnistía por crímenes de lesa humanidad, tal como lo ha señalado el Secretario General de la ONU en el caso de Sierra Leona el año 2000, y conforme al precedente de la sentencia “Barrios Altos”, el Estado de Chile debe asegurarse que el Decreto Ley de amnistía no debe ser un obstáculo para la sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del señor *Almonacid*

⁶⁶ Sentencia de la Corte marcial de 25 de marzo de 1998, considerando 6 (expediente de anexos a la demanda, Anexo 3, folio 42), en sentencia de la Corte interamericana de derechos humanos, caso *Almonacid Arellano y otros*, *op. cit.*, párr. 82.17, 82.21 y 82.23.

⁶⁷ «99. Basándose en los párrafos anteriores, la Corte encuentra que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor *Almonacid Arellano*, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *jus cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general». *Ibidem*, párr. 99.

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 129.

Arellano así como para “[la] sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile”.⁶⁹

4.6. Los crímenes de lesa humanidad en el derecho interno de los Estados.

xxvii) Si bien antes de 1998 muy pocos eran los Estados que tipificaban en sus respectivos ordenamientos jurídicos el delito de lesa humanidad, la situación viene cambiando gradualmente luego que se aprobara dicho año el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Así, para los 110 (ciento diez) Estados Parte, se plantea la cuestión de la adecuación de su derecho interno al Estatuto de Roma. La cuestión se plantea aún cuando es un hecho objetivo que, en el Estatuto de Roma, no existe un artículo que expresamente exija a los Estados que cumplan con la tipificación de los crímenes internacionales por él sancionados. ¿La ausencia de un tal artículo significa que los Estados no tienen la obligación de efectuar la tipificación en cuestión? Nos parece que de acuerdo con el Estatuto de Roma, pese a la ausencia de un artículo expreso, sí existe la obligación de tipificar los crímenes internacionales en términos compatibles con el tratado. La no adecuación del derecho interno de los Estados Parte hace inviable y desnaturaliza el Estatuto de Roma, cuya estructura reposa en el principio de complementariedad que supone la acción preferente y primaria, como regla general, de los Estados. Éstos, según vimos al inicio de este curso, han expresado en el Preámbulo que “es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales” y han creado y diseñado en consecuencia una Corte Penal Internacional que “tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales” según reza el primer artículo. De otro lado, en la eventualidad de una solicitud de cooperación que pudiera efectuar la Corte Penal Internacional a los Estados Partes, éstos tienen la obligación de cooperar; empero, de no existir los tipos penales en el ordenamiento jurídico interno, esta cooperación deviene en una quimera o se dificultará su realización en los términos previstos en el Título IX, del Estatuto de Roma, sobre cooperación internacional y asistencia judicial. Esta obligación se enuncia claramente en el artículo 86 : “Los Estados Partes, de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto, cooperarán plenamente con la Corte en relación con la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia”. En este orden de ideas, es aplicable lo establecido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena”, artículo 26, y “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, artículo 27).⁷⁰

xxviii) En el ámbito interamericano son 25 (veinticinco) los Estados Partes en el Estatuto de Roma, pudiéndose constatar que se trata de todos los Estados latinoamericanos excepto Cuba, El Salvador y Guatemala. Sin embargo, sólo cuatro Estados Partes han expedido leyes de adecuación al tratado. Se trata de Costa Rica (2002), Uruguay (2006), Argentina (2007) y Chile (2009). Los tres primeros han adoptado un modelo común, con pequeñas diferencias, en lo que se refiere a la incorporación del tipo penal sobre crímenes de lesa humanidad : reenvían expresamente al artículo 7 del Estatuto de Roma y se abstienen de cualquier otra precisión sobre el tipo penal. En cuanto a Chile, su opción ha sido la de incorporar los crímenes de lesa humanidad sin hacer el reenvío expreso estableciendo en sus propios términos lo elementos del tipo penal. Veamos seguidamente lo que se ha establecido al respecto en estos cuatro países..

En el caso de Costa Rica en su Código Penal vigente leemos :

“Artículo 379.

⁶⁹ Ibidem, pár. 129.

⁷⁰ Cf. HERENCIA, Salvador, coordinador, *La Corte Penal Internacional y los países andinos*, Lima, CAJ, 2007, 3era edición, p. 49, y HERNÁNDEZ, Paul, 2005, “Aplicación directa de los tipos penales del ECPI en el derecho interno [de Costa Rica]”, en AMBOS, K., et alt. (editores), *Temas actuales del Derecho Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, p. 170.

“Se impondrá prisión de diez a veinticinco años a quien cometa u ordene cometer, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, actos que puedan calificarse como crímenes de lesa humanidad, de conformidad con las prescripciones de los tratados internacional de de los cuales Costa Rica sea parte, relativos a la protección de los Derechos Humanos y del Estatuto de Roma.”⁷¹

En el caso de Uruguay, mediante ley especial – Ley No. 18.026 promulgada con fecha 25 de septiembre 2006-- se regula todo lo relativo a la implementación del Estatuto de Roma en sus 77 artículos. En relación a los crímenes de lesa humanidad se lee como sigue :

“Parte II
Crímenes y Penas.
(...)”

“Título II.
Crímenes de Lesa Humanidad.

“Capítulo I
Crímenes de Lesa Humanidad – Estatuto de Roma.

“Artículo 18. (Crimen internacional de lesa humanidad).- El que cometiera cualquiera de los crímenes de lesa humanidad previstos en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado por Ley No. 17.510, de 27 de junio de 2002, será castigado con quince a treinta años de penitenciaría.”

En el caso de Argentina, la Ley No. 26.200 -promulgada el 5 de enero 2007- se regula en sus 52 artículos igualmente todo lo relativo a la implementación del Estatuto de Roma y establece respecto de los crímenes internacionales allí previstos, incluido el crimen de lesa humanidad :

“Título I
Disposiciones generales
(...)”

Alcance

ARTICULO 2º — El sistema penal previsto en el Estatuto de Roma y la presente ley sólo son de aplicación para los crímenes y delitos respecto de los cuales la Corte Penal Internacional es competente.

Las conductas descriptas en los artículos 6º, 7º, 8º y 70 del Estatuto de Roma y todos aquellos delitos y crímenes que en lo sucesivo sean de competencia de la Corte Penal Internacional, serán punibles para la República Argentina en la forma que esta ley prevé.

Toda vez que el Estatuto de Roma hace referencia a "crímenes" debe entenderse como "delitos".

“Título II
Penas y principios generales

Penas aplicables en los casos de crímenes de lesa humanidad

⁷¹ Cf. HERNÁNDEZ, Paul, 2005. “Aplicación directa de los tipos penales del ECPI en el derecho interno [de Costa Rica]”, loc. cit. p. 166.

“ARTICULO 9º — En los casos previstos en el artículo 7º del Estatuto de Roma la pena aplicable es de 3 a 25 años de prisión. Si ocurre la muerte, la pena será de prisión perpetua”

En el caso de Chile, como mencionamos antes, no se efectúa ningún reenvío al artículo 7 sobre crímenes de lesa humanidad del Estatuto de Roma sino que se legisla al respecto en los términos que la ley establece expresamente. Así, mediante Ley No. 20.357 intitulada “Tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra”, se regula la materia que nos ocupa en diez artículos.

TÍTULO I

Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio

1. Crímenes de lesa humanidad

“Artículo 1º.- Constituyen crímenes de lesa humanidad los actos señalados en el presente párrafo, cuando en su comisión concurren las siguientes circunstancias:

1º. Que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

2º. Que el ataque a que se refiere el numerando precedente responda a una política del Estado o de sus agentes ; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos.”

En los siguientes artículos se precisa la noción de “ataque generalizado” y de “ataque sistemático”, así como la pena que deberá aplicarse en las diversas modalidades del crimen de lesa humanidad (asesinato, exterminio, tortura, desaparición forzada, violencia sexual, etc.), efectuando además precisiones sobre las características mismas de esas modalidades.

Es importante destacar en relación al agente perpetrador, la precisión que realiza la ley 22.357 de Chile en el artículo 1. Tratándose de la “organización” a la que se hace referencia en el Estatuto de Roma (artículo 7.2a), esta noción comprende dos acepciones. La primera, “grupos armados organizados” siempre y cuando estos grupos (aa) tengan “un mando responsable” (bb) ejerzan un *control territorial* suficiente para “realizar operaciones militares”, lo que nos remite sea a la existencia de un conflicto armado interno (no internacional) en los términos descritos en el artículo I (numeral 2) del Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra, sea a la existencia de una guerra civil. La segunda acepción de “organización” nos remite a “grupos organizados” cuyo “poder de hecho” es tal que le permite “la impunidad de sus actos”.

xix) Nos parece necesario hacer un comentario especial a la ley uruguaya No. 18.026 (2006) antes mencionada. Lo novedoso de esta ley es que establece dos tipos de crímenes de lesa humanidad. Si leemos con atención, el artículo 18 de la ley forma parte del Capítulo 1 intitulado “Crímenes de Lesa Humanidad – Estatuto de Roma”, y sigue luego un Capítulo 2 intitulado “Crímenes de Lesa Humanidad – Actos aislados” cuyo artículo 19 reza así :

“Capítulo 2

Crímenes de lesa humanidad – Actos aislados

“Artículo 19.

Se considerarán crímenes de lesa humanidad los delitos que se tipifican en el presente Capítulo 2 y será de aplicación lo dispuesto en la Parte I de esta ley. A los efectos de lo dispuesto en los artículos siguientes [20 a 25] se entenderá por «agente del Estado» a una persona que actúa en ejercicio de una función pública, revista o no la calidad de funcionario público.”

Estos crímenes de lesa humanidad perpetrados mediante “Actos aislados” del capítulo 2 se diferencian de los establecidos en el Estatuto de Roma, considerados en el capítulo 1 de la misma ley, en cuatro aspectos muy importantes. En primer lugar, en el capítulo 2, el justiciable debe ser en todo caso un “agente del Estado” o similar ; se excluye en consecuencia al justiciable miembro de una organización independiente u opositora del Estado. En segundo lugar, los actos incriminados en el capítulo 2 no son parte de un ataque generalizado o de un ataque sistemático, se trata en todo caso de actos aislados. En tercer lugar, la lista de actos incriminados en el capítulo 2 se reduce a seis (homicidio político, art. 20 ; desaparición forzada de personas, art. 21 ; tortura, artículo 22 ; detención arbitraria, art. 23 ; agresión sexual de persona detenida, art. 24 ; asociación para cometer un crimen internacional, art. 25) frente a los once que encontramos en el Estatuto de Roma. En cuarto lugar, la víctima puede ser cualquier persona, no se exige que sea “población civil”.

Cabe preguntarse sobre la utilidad e importancia del capítulo 2 de la ley uruguaya 18.026. Nos parece que el legislador uruguayo está cumpliendo mediante este capítulo 2 obligaciones y/o recomendaciones derivadas de tratados y otros instrumentos internacionales adoptados en el marco de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, sistemas existentes en las Naciones Unidas y a nivel regional. En efecto, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y por consiguiente en los sistemas internacionales de protección de estos derechos : (aa) el único sujeto que viola los derechos humanos, por acción u omisión imputable a sus agentes u órganos, es el Estado, y (bb) la violación de los derechos humanos se produce a partir de un caso aislado, no se requiere que sea parte de un ataque generalizado o sistemático. Sin dudas alguna que, en el marco de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, un único caso aislado de ejecución extrajudicial, o una masacre o matanza aislada, o un único caso de tortura, de violación sexual, de desaparición forzada de personas, de detención arbitraria, constituyen otros tantos crímenes internacionales. Y en el caso que se realicen los hechos mencionados como parte del ataque generalizado o sistemático previsto en el Estatuto de Roma, además de constituir una violación de derechos humanos, constituyen al mismo tiempo un crimen internacional de lesa humanidad en sentido estricto.⁷²

xxx). El Código penal peruano y los crímenes de lesa humanidad.

En el Código Penal 1991, actualmente vigente, se incorporaron por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico los delitos de genocidio (artículo 129, en tanto delito contra la vida) y de desaparición forzada de personas (artículo 323, en tanto delito de terrorismo). Ulteriormente, en virtud de la Ley 26.926 (de fecha 21 de febrero 1998), ambos delitos se reubicaron como los artículos 319 –“Capítulo I Genocidio”-- y 320 –“Capítulo II Desaparición forzada”--, y pasaron

⁷² La Convención internacional de las Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada el 20 de diciembre de 2006, ilustra lo que venimos diciendo. Así, el artículo 2 establece que en el marco de esta Convención, siendo un tratado de derechos humanos, sólo el Estado o quien actúa con su autorización-apoyo-aquiescencia puede perpetrar este crimen internacional, incluso basta que se realice un acto aislado, esto es, no requiere que exista un ataque generalizado o sistemático. Este crimen internacional empero no es denominado “crimen de lesa humanidad”. Pero luego, en el artículo 5 advierte que la desaparición forzada sí puede constituir un crimen de lesa humanidad cuando es parte de un ataque generalizado o sistemático en los términos definidos en el derecho internacional aplicable. Veamos a continuación el texto de ambos artículos.

“Artículo 2.

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.

“Artículo 5. La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable.”

a formar parte de lo que se denominó “Título XIV – A. Delitos contra la Humanidad”. La misma ley introdujo por vez primera el delito de tortura –art. 320 y 321, “Capítulo II Tortura”–. Finalmente, mediante las Leyes 27.270 –de fecha 29 de mayo 2000– y 27.636 –de fecha 16 de enero 2002– se incorporaron al título XIV-A precitado los delitos sobre Discriminación de personas –artículo 323, “Capítulo IV Discriminación”– y de Manipulación genética –artículo 324, “Capítulo V Manipulación genética”–, respectivamente.

No nos parece pertinente efectuar ahora un análisis detallado de los delitos que forman parte del Título XIV – A. Delitos contra la Humanidad, del Código Penal peruano vigente. Pero si nos parece necesario efectuar un balance general sobre tales delitos desde el punto de vista del Derecho Penal Internacional y en particular a la luz del Estatuto de Roma.

En primer lugar, no nos parece adecuado que se incluya al delito de genocidio como parte del Título III intitulado éste Delitos de lesa humanidad. Si bien en sus orígenes la doctrina consideró el delito de genocidio como una especie al interior de un género mayor constituido por los delitos contra la humanidad, paulatinamente aquél fue adquiriendo una total autonomía respecto de éstos últimos. Así es como en el Estatuto de Roma (1998) se institucionalizó a nivel universal la diferenciación entre el delito de genocidio y los delitos de lesa humanidad, teniendo como antecedentes inmediatos los trabajos (1982-1996) de la Comisión de Derecho Internacional que culminaron en su segundo Proyecto de Código de crímenes contra la Paz y la seguridad de la humanidad, trabajos que influyeron en la adopción de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia (1993) y para Ruanda (1994). En este contexto, la jurisprudencia de estos dos Tribunales Penales Internacionales ha confirmado la diferenciación en cuestión.

En cuanto a los delitos de desaparición forzada (art. 319) y tortura (arts. 320 y 321), la formulación del Código Penal :

*(aa) no hace referencia alguna a que deban los hechos ser parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil en los términos establecidos en el Estatuto de Roma, y

*(bb) no incluye entre los posibles justiciables a miembros de una organización que actúe de manera autónoma e incluso hostil respecto del Estado. En otros términos, excluye a los “senderistas”. Estos dos tipos penales en consecuencia no constituyen crímenes de lesa humanidad en los términos establecidos por el Estatuto de Roma.

En cuanto a los delitos de discriminación de personas (artículo 322) y manipulación genética (art. 323), tampoco constituyen crímenes de lesa humanidad en los términos del Estatuto de Roma. En efecto, tales delitos, de una parte, no han sido expresamente enunciados en el Estatuto de Roma y, de otra parte, adolecen de los mismos defectos que reseñamos a propósito de los delitos de desaparición forzada y tortura.

xxxii) El proyecto de adecuación al Estatuto de Roma.

Por las anteriores consideraciones, y siendo el Perú uno de los Estados Partes en el Estatuto de Roma, mediante la Ley 27837 del año 2002 se creó la Comisión especial revisora del Código penal (en adelante, también, CERCP), autorizada a formular una propuesta de “adecuación [del Código Penal] a los delitos previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ratificado por el Perú, y demás instrumentos internacionales” (art. 1 de la Ley 27837).⁷³ La CERCP habiendo concluido una propuesta concerniente a la Adecuación al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, decidió remitirla a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos mediante oficio de fecha 6 de febrero 2006. Esta Comisión congresal acordó por unanimidad hacer suya la propuesta recibida, dando lugar a su denominación como Proyecto de Ley No.

⁷³ El mandato de la CERCP fue prorrogado mediante leyes 28116, 28361 y 28891, de fechas 6 de diciembre 2003, 20 de octubre 2004 y 12 de octubre 2006, respectivamente.

14659/2005-CR. Este proyecto ha sido reactivado luego por un grupo de parlamentarios, deviniendo entonces en el Proyecto de Ley No. 1707/2007/CR desde el 11 de octubre 2007 denominado “Ley de los delitos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario” (en adelante, también, Proyecto de Ley No. 1707/2007/CR, o el Proyecto)⁷⁴.

El Proyecto de Ley antes mencionado, en lo que se refiere a los delitos de lesa humanidad, adopta un esquema similar al plasmado en la ley de Uruguay 18.026 (2006) que comentamos en los párrafos precedentes. Así es como en los artículos 10 a 12 inclusive, tipifica los delitos de Ejecución extrajudicial, Tortura y Desaparición forzada de personas, respectivamente, los mismos que, tal como están redactados, no constituyen crímenes de lesa humanidad en los términos previstos en el Estatuto de Roma. En efecto, estos tres delitos no exigen el requisito de que sean parte de un ataque generalizado o de un ataque sistemático contra una población civil, y no incluyen como justiciable a miembros de una organización independiente u hostil al Estado. En otros términos, el delito se realiza únicamente cuando el agente perpetrador es un agente o funcionario estatal, o alguien que actúa con su consentimiento o aquiescencia, y basta que se perpetre un acto aislado. Como dijimos antes a propósito de la ley uruguaya, nos encontramos aquí frente a violaciones de derechos humanos previstas en tratados o instrumentos internacionales adoptados en el marco de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos. De esta manera se estaría cumpliendo con las exigencias derivadas de los tratados de derechos humanos sobre Tortura (ONU, 1984, y OEA, 1985) y Desaparición forzada de personas (OEA, 1994) de los que el Perú es Estado Parte.⁷⁵

La situación cambia, empero, en los artículos restantes del mismo título.

En efecto, el artículo 13, cuyo texto está precedido de la frase “Ejecuciones extrajudiciales, tortura y desapariciones forzadas en el contexto de un plan sistemático o ataque generalizado”, reza así :

“Artículo 13. El funcionario o servidor público o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel o los miembros de grupos armados organizados que cometan los delitos de tortura, ejecuciones extrajudiciales o desapariciones forzadas, siempre que se hayan realizado en el contexto de un ataque generalizado o plan sistemático y estén dirigidos contra la población civil, será reprimido con pena de cadena perpetua, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 del Código Penal.”

Podríamos afirmar que el artículo 13 del Proyecto in comento nos sitúa frente a crímenes de lesa humanidad en los términos previstos en el Estatuto de Roma. Esto en sus aspectos sustanciales. Se requiere así que los delitos sean parte de un “ataque generalizado” o “plan sistemático” contra una población civil, y amplía la identidad del justiciable toda vez que se incluye, además del funcionario o servidor público etc., a las “miembros de grupos armados organizados”. En estos casos se ha agravado la pena porque se sanciona los tres delitos con cadena perpetua, mientras que en los casos de los artículos 10 a 12 del mismo Proyecto, la pena varía entre seis y treinta años de privación de libertad.

⁷⁴ El Proyecto de Ley No. 1707/2007/CR está estructurado como sigue : Título I Disposiciones generales (arts. 1-7) ; Título II Delito de genocidio (arts. 8-9) ; Título III Delitos de Lesa Humanidad (arts. 10-15) ; Título IV Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario (arts. 16-30) ; Título V Disposición común (art. 31), y, finalmente, Disposiciones Finales (tres). Véase el texto en : <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf> , visitado el 28 de enero 2010.

⁷⁵ El Perú no ha ratificado el tratado de la ONU sobre desaparición forzada : Convención internacional de las Naciones Unidas para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada el 20 de diciembre de 2006,

De otro lado, el mismo título III sobre delitos de lesa humanidad establece, luego del artículo 13, una suerte de tercera parte o tercera modalidad de crímenes de lesa humanidad en el artículo 14, el cual a su vez está precedido del enunciado “Otros delitos de lesa humanidad en el contexto de un plan sistemático o ataque generalizado” :

“Artículo 14. Será reprimido con pena privativa de libertad de veinte a treinta y cinco años el que, en el contexto de un ataque generalizado o plan sistemático contra una población civil realice cualquiera de las siguientes conductas :

1. Exterminio (...).
2. Esclavitud (...).
3. Persecución (...).
4. Violación sexual (...).
5. Deportación o traslado forzoso de población (...).
6. Detención arbitraria (...).”

El artículo 14 tiene en común con el artículo 13 lo siguiente : ambos artículos se refieren a delitos perpetrados “en el contexto de un plan sistemático o ataque generalizado”. Y se diferencia en cuanto, en el artículo 14 el justiciable puede ser cualquier individuo –“el que ... realice ...”--, mientras que según el artículo 13 el justiciable debe ser necesariamente sea un funcionario o servidor público –o quien actué con el consentimiento o aquiescencia de éste-, sea un miembro de “un grupo armado organizado”.

Finalmente, el crimen de Apartheid, enunciado en el artículo 14 y último de este título, pareciera constituir por sí mismo, según el Proyecto, una cuarta modalidad o clase entre los crímenes de lesa humanidad ; no está precedido sino de la palabra “Apartheid” y se ha enunciado así :

“Artículo 15. El que con la intención de mantener un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial o étnico sobre uno o más grupos raciales o étnicos comete alguno de los delitos mencionados en el presente título, será reprimido con cadena perpetua, de acuerdo con el artículo 29 del Código Penal.”

Si bien no se hace referencia en este artículo 15 al ataque generalizado o sistemático, ni a la calidad especial del justiciable, la cuestión del ataque estaría incluido en la expresión “régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemática”, y, en cuanto al justiciable, no habría colisión con el Estatuto de Roma toda vez que se amplía su espectro al sancionarse de manera general a “el que ... comete ...”.

En líneas generales, el Proyecto 1707/2007-CR de adecuación del Código Penal peruano a los tipos penales sancionados por el Estatuto de Roma y otros instrumentos internacionales, es sin dudas alguna un paso adelante respecto de lo actualmente vigente en el mismo código. Podría pensarse empero, en introducir algunos cambios para perfeccionarlo. Así, en relación a los artículos 10 (Ejecución extrajudicial), 11 (Tortura) y 12 (Desaparición forzada de personas), no debieran formar parte del título III Crímenes de lesa humanidad toda vez que de acuerdo con el Estatuto de Roma y otros instrumentos internacionales, el derecho comparado y la doctrina mayoritaria, no constituyen crímenes de lesa humanidad en sentido estricto. Debieran necesariamente conservarse esos tres artículos pero conformando un nuevo título que se refiera a los tipos penales que constituyen graves violaciones de derechos humanos sin que por ello constituyan crímenes de lesa humanidad, tal como se establecen en los instrumentos correspondientes de la ONU (artículos 2 y 5 de la Convención 2006 sobre Desaparición forzada, citados antes) y de la OEA. En los que se refiere al resto de artículos, su redacción nos parece conforme con lo establecido en el Estatuto de Roma en sus aspectos centrales.

Nos parece pertinente citar como referencia también la ley alemana de adecuación al Estatuto de Roma, la cual se ciñe estrictamente a lo dispuesto en el Estatuto de Roma, particularmente en cuanto, por ejemplo, de una parte, no denomina a los actos aislados crímenes de lesa humanidad, y, de otra parte, no excluye a los miembros de grupos no estatales (terroristas) de los alcances de este crimen internacional.⁷⁶

Profesor José A. Burneo L.
Departamento Académico de Derecho. PUCP.

⁷⁶ Véase la Ley alemana de 26 de junio de 2002 : Ley de introducción del Código penal internacional. Texto disponible en castellano en : <http://www.iccnw.org/documents/vstgblspan1.pdf>, visto el 12 de enero 2010

UNIDAD III: DERECHO PENAL ESPECIAL

- **Cuestiones básicas de Política y Dogmática penal. en Delitos contra la Administración Pública- Fidel Rojas Vargas. Editorial Jurídica Grijley. 4ta Edición enero 2007. Pág. 63 - 113**

tes: a) cuando el hecho reúna las características de delito, por su gravedad, no cabe apreciar la infracción administrativa; b) la infracción administrativa se sitúa como figura de aplicación subsidiaria respecto al ilícito penal.

En el presente trabajo sólo será estudiada la tipicidad de los actos de funcionarios y servidores públicos que amerita responsabilidad penal, así como de los particulares que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico genérico «administración pública».

TÍTULO II CUESTIONES BÁSICAS DE POLÍTICA Y DOGMÁTICA PENAL

SUMARIO: I. Objetivos y bibliografía. II. La política penal peruana en relación a los delitos contra la administración pública. III. Aspectos de técnica legislativa: 1. *Sistematicidad y ubicación*. 2. *Delitos especiales (de infracción de deber) y comunes (de dominio o de organización)*. 3. *Naturaleza de los tipos penales: abiertos-cerrados, simples-complejos, complementarios, de lesión o peligro, instantáneos, permanentes, activos u omisivos*. 4. *Agravantes-Atenuantes*. IV. Dolo y culpa. V. Autoría y participación en los delitos cometidos por funcionarios públicos. VI. La teoría analítica del delito: 1. *Planteamiento del tema*. A. *Ser típico (tipicidad penal)*. B. *Ser antijurídico (antijuricidad)*. C. *Ser culpable (culpabilidad)*. VII. Las fases negativas del delito en los delitos contra la administración pública (la teoría analítica de afirmación): 1. *Importancia*. 2. *Falta de tipicidad o atipicidad*. 3. *Causas de justificación de la antijuricidad*. 4. *Causas de inculpabilidad*. VIII. Tentativa y consumación en los delitos contra la administración pública. IX. Concurso de delitos. X. Consecuencias jurídicas. XI. Prescripción. XII. La jurisprudencia peruana.

I. OBJETIVOS Y BIBLIOGRAFÍA

En este título serán abordados algunos temas de importancia que ofrecen ciertos rangos de dificultad y que nos permitirán estar en mejores condiciones teóricas y metodológicas para el análisis y comprensión de las figuras delictivas objeto propiamente de estudio del presente trabajo.

Se recomienda, para obtener mayor información conceptual sobre la parte dogmática penal:

De los autores nacionales la consulta de: HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general*, Lima, Grijley, 2005; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Derecho penal. Parte general*, Lima, Grijley, 2006; PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Lima, Grijley, 1996; VILLA STEIN, Javier: *Derecho penal. Parte general*, Lima, Editorial San Marcos, 1998, BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Lima, Eddili, 2005.

De autores europeos se pueden leer con mucho provecho a los siguientes penalistas alemanes e italianos cuyas obras se hallan traducidas al idioma español: JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Granada, Editorial Comares, 2002; JAKOBS, Günther: *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, Madrid, Marcial Pons, 1997; MAURACH, Reinhart – HEINZ GOSSEL, Karl – ZIPF, Heinz. *Derecho penal parte general* (Tomo I y II), Buenos Aires, Astrea 1994-1995; JAKOBS, Günther: *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997; ROXIN, Claus: *Derecho penal. Parte general*, T. I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito), Madrid, Civitas, 1997; WELZEL, HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1984; WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale. Parte generale*. Padova, Cedam, 2001; MARINUCCI, Giorgio – DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale 1. Nozione, struttura e sistematica del reato*, Milano, Giuffré editore, PAGLIARO, *Principi di Diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffré editore, 1993; PADOVANI, Tulio, *Diritto penale*, Milano, Giuffré editore, 1995. Son igualmente de mucho interés los útiles manuales de Derecho penal de autores españoles como COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN, MUÑOZ CONDE, BACIGALUPO, BUSTOS RAMÍREZ, CEREZO MIR, MIR PUIG, entre otros.

De autores sudamericanos son valiosos los trabajos de: ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5 vols., México, Editorial Cárdenas, 1988; *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2000; CURY URZÚA, Enrique: *Derecho penal. Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1995; BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal español*, Barce-

II. LA POLÍTICA PENAL PERUANA EN RELACIÓN A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ⁽⁹⁵⁾

La respuesta del Estado frente a la diversidad de comportamientos lesivos cometidos por los agentes públicos (funcionarios y servidores) contra los valores e intereses agrupados en el bien jurídico «administración pública» ha estado caracterizada por una especial política de control penal que se ha mantenido relativamente constante desde la dación del primer código punitivo nacional (1863) hasta el presente: escasa criminalización y baja penalidad con tendencia a un leve endurecimiento represivo en los *quantums* de penas para determinados delitos, produciéndose así una rara propensión a respetar principios político-criminales de mínima intervención, subsidiaridad y carácter preventivo de la pena, si es que lo comparamos con lo sucedido en el tratamiento político-criminal dado a una serie de delitos comunes. Este endurecimiento se ha registrado sobre todo en los delitos de cohecho con la dación de la Ley N° 28355 del 6/10 del 2004 que ha incrementado los extremos mínimos y máximos de la pena privativa de libertad y en otros casos ha agregado circunstancias de mayor injusto a los tipos penales.

En efecto, se observa por una parte una marcada tendencia minimalista en los procesos de criminalización de los comportamientos funcionales de los agentes públicos. Así, en el Código penal de 1863, nueve títulos con 37 artículos daban cuenta propiamente de los «Delitos peculiares a los empleados públicos» ⁽⁹⁶⁾, de los cuales destaca por su excesivo casuismo el art. 168 con 18 incisos (referido al abuso

⁽⁹⁵⁾ La política penal o –peyorativamente denominada– “criminal” es parte de la política general del Estado y constituye una práctica al servicio de la seguridad jurídica, que tiene como objeto la ordenación y orientación legislativa, proporcionando diseños normativos para regular y controlar la problemática social e interindividual de naturaleza conflictiva penal. Existe diversidad de políticas criminales, arbitrarias y meramente represoras o racionales y argumentativas, autoritarias o democráticas, maximalistas o minimalistas. Lo ideal es que la política criminal, a la vez que orienta a la ciencia penal o dogmática penal (es decir, a las conceptualizaciones de alto nivel y rigurosidad), se base en ella para el logro de sus diseños normativos.

⁽⁹⁶⁾ *Nomen iuris* empleado en el Código de 1863 para agrupar a los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública.

de autoridad). En el Código de 1924 el nuevo diseño normativo de la política criminal de entonces nos presenta a través de sus 7 títulos y 25 artículos los denominados «Delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales» ⁽⁹⁷⁾. Uno de los artículos referidos a los abusos específicos de autoridad disminuye sus incisos a diez (art. 340). En 1991, los delitos atribuidos a funcionarios y servidores contra la administración pública, agrupados bajo una técnica legislativa distinta ⁽⁹⁸⁾, son ahora estructurados en seis secciones con 31 artículos en total ⁽⁹⁹⁾. El rubro «abuso de autoridad» es sistematizado al igual que en el Código de 1924 en base a dos factores de ordenamiento. Por un lado se establece un tipo genérico y por otro se describen otros tipos penales específicos de abuso de autoridad, diferenciándose, en este último extremo, del Código de 1924 en la notable reducción de las modalidades casuísticas.

CODIGO DE 1863
De los delitos peculiares a los
empleados públicos

TITULO	RUBRO DELICTIVO	ARTICULOS
II	Abuso de autoridad	168 – 169
III	Prevaricato	170 – 174
IV	Cohecho	175 – 176
V	Insubordinación	177 – 181
VI	Infidelidad–Custodia presos	182 – 184
VII	Infidelidad–Custodia documentos	185 – 189
VIII	Revelación de secretos	190 – 193
IX	Malversación	194 – 199
X	Fraudes y exacciones	200 – 205

⁽⁹⁷⁾ Posteriormente, en 1987, la Ley N° 24653 agregaría otros tipos penales, aumentando las penalidades.

⁽⁹⁸⁾ Véase *infra* la Segunda y Tercera Partes de esta obra.

⁽⁹⁹⁾ Al que se agregarán posteriormente cuatro artículos complementarios.

CODIGO DE 1924
Delitos contra los deberes de función y
los deberes profesionales

TITULO	RUBRO DELICTIVO	ARTICULOS
I	Abuso de autoridad	337 – 342
II	Concusión	343 – 345
III	Peculado	346 – 348
IV	Corrupción de funcionarios	349 – 353
V	Prevaricato	354 – 357
VI	Denegación y retardo de justicia	358 – 361
VII	Delitos de empleados postales	362

CODIGO DE 1991
De los delitos cometidos por funcionarios públicos

Capítulo II		
SECCION	RUBRO DELICTIVO	ARTICULOS
I	Abuso de autoridad	376 – 381
II	Concusión	382 – 386
III	Peculado	387 – 392
IV	Corrupción	393 – 401 (+5 bis)
Capítulo III		
II	Prevaricato	418 – 421
III	Denegación y retardo de justicia	422 – 424

Como es fácil observar, el Código penal vigente ha reducido los rubros de delitos imputables a los funcionarios públicos, ha descriminalizado una serie de conductas contenidas en los códigos de 1863 y 1924, a la vez que, bajo la presión de los acontecimientos de crisis y extrema corrupción de los agentes de la burocracia y funcionariado público, se ha visto impulsado a partir de 1987 a agregar tipos complementarios y subsidiarios en el rubro *corrupción de*

funcionarios, elevando las penas. Pero lo realmente sintomático y demostrativo de la hipótesis sostenida, sobre la orientación y tendencia minimalista, se patentiza en la cada vez menor criminalización de los actos abusivos cometidos por los funcionarios y servidores públicos en perjuicio de los ciudadanos, la colectividad y de la misma administración pública. En parte se ha corregido esta orientación con la incorporación en el tipo penal de abuso genérico de autoridad de la agravante cuando la conducta típica se halla en relación a un procedimiento de cobranza coactiva.

Por otro lado, el sistema de penas de los diseños normativos de 1863 y 1924 estuvo marcado por su benignidad, salvo contadas excepciones. Para el Código de 1863 la pena más alta fue la de reclusión de tercer grado ⁽¹⁰⁰⁾ que implicaba un máximo de 3 años de encierro en una cárcel pública y aplicable solamente para el delito de concertación para defraudar al Estado (art. 200). En el Código de 1924 ⁽¹⁰¹⁾ luego de reformas posteriores los únicos delitos que son castigados con severidad son el peculado doloso (art. 346) ⁽¹⁰²⁾ y el de corrupción activa del Juez (art. 353), con 10 y 15 años, respectivamente. Este notable incremento del *quantum* máximo de pena se produjo a partir de 1968 en circunstancias políticas especiales. El resto de delitos observan por lo general márgenes mínimos de penas.

⁽¹⁰⁰⁾ El sistema de penas del Código de 1863 contemplaba las siguientes medidas punitivas (art. 23):

- *Penas graves:* Muerte, penitenciaría, cárcel, reclusión, arresto mayor, expatriación, confinamiento, inhabilitación absoluta, inhabilitación especial, destitución de empleo o cargo, suspensión de empleo o cargo, y multa.

- *Penas leves:* Arresto menor, multa.

⁽¹⁰¹⁾ Las penas en este código eran las siguientes: internamiento, penitenciaría, relegación, prisión, expatriación, multa e inhabilitación. El internamiento era pena absolutamente indeterminada más allá de un *minimun* de 25 años. La penitenciaría se extendía de 1 a 20 años. La relegación era de dos tipos, a tiempo fijo (de 1 a 20 años) o indeterminada. La prisión se extendía de dos (2) días a 20 años (véase los arts. 10, 11, 12, 13 y 14 del referido cuerpo de normas).

⁽¹⁰²⁾ Nos estamos refiriendo a la reforma producida por el Decreto Ley N° 17016 (de 8 de noviembre de 1968) que aumentó la inicial penalidad que contemplaba el texto original.

1863. SISTEMA DE PENAS

DELITOS	PENAS
1. Abuso de autoridad ⁽¹⁰³⁾ (art. 168)	. Suspensión de empleo . Multa . Destitución
2. Prevaricato de Juez (art. 170)	. Suspensión de empleo de 6 meses a 1 año.
3. Cohecho impropio (art. 175)	. Multa
4. Desobediencia (art. 177)	. Suspensión de 3 a 6 meses
5. Malversación de caudales públicos (art. 194)	. Suspensión de 2 a 6 meses . Multa
6. Peculado doloso (art. 196)	. Reclusión de 1 año e inhabilitación
7. Concertación para defraudar al Estado (art. 200)	. Reclusión de 3 años
8. Exacción ilegal (art. 204)	. Multa

1924. SISTEMA DE PENAS (Reformado por Ley N° 17106)

DELITOS	PENAS
1. Abuso de autoridad (art. 337)	. Prisión no mayor de 2 años e inhabilitación
2. Concusión (art. 343)	. Prisión no mayor de 6 años con multa
3. Concertación para defraudar al Estado (art. 345)	. Prisión de 6 años e inhabilitación
4. Peculado doloso (art. 346)	. Penitenciaría no mayor de 10 años e inhabilitación absoluta perpetua
5. Malversación de caudales (art. 348)	. Inhabilitación y multa
6. Cohecho pasivo propio (art. 349) impropio (art. 390)	. Prisión no mayor de 2 años con multa e inhabilitación . Prisión no mayor de 6 meses o multa
7. Corrupción de Juez (art. 351)	. Prisión hasta de 15 años con multa e inhabilitación
8. Prevaricato (art. 354)	. Multa e inhabilitación absoluta perpetua
9. Negativa a administrar justicia (art. 358)	. Multa e inhabilitación

⁽¹⁰³⁾ De las diversas modalidades de abuso de autoridad en el Código de 1863, sólo era penada con cárcel de segundo grado (hasta 2 años) el caso del Alcaide que seducía a la sentenciada o detenida y con inhabilitación para el caso del juez que seducía a la mujer que litigaba.

1991. RÉGIMEN DE PENAS
(TEXTO ORIGINAL) ⁽¹⁰⁴⁾

DELITOS	PENAS
1. Abuso de autoridad (art. 376)	. Pena privativa de libertad no mayor de 2 años
2. Concusión (art. 383)	. De 1 a 4 años
3. Exacción ilegal (art. 382)	. De 2 a 8 años
4. Concertación para defraudar al Estado (art. 384)	. De 3 a 15 años
5. Peculado doloso (art. 346)	. De 2 a 8 años
6. Malversación (art. 388)	. Hasta 4 años
7. Cohecho pasivo propio (art. 393)	. De 3 a 6 años
impropio (art. 394)	. De 2 a 4 años
8. Corrupción de Juez, Fiscal y otros (art. 395)	. De 4 a 10 años
9. Prevaricato (art. 418)	. De 3 a 5 años
10. Denegación y retardo de justicia (art. 422)	. De 1 a 4 años

CONCLUSIÓN:

Si comparamos a través del tiempo los procesos de criminalización y de penalización producidos en relación a los delitos comunes y a los especiales por infracción del deber (contra la administración pública), podemos sacar algunas conclusiones de importancia. *Primero*, no hay duda que ha existido de 1863 hasta ahora un incremento en la dureza de la respuesta del Estado frente a los ilícitos penales cometidos por sus propios agentes, sobre todo en lo concerniente a los delitos de corrupción. *Segundo*, la política estatal mantiene su extremada benignidad frente a los delitos de abuso de autoridad, cometidos desde el poder que da el cargo o función, contra los ciudadanos y la sociedad civil. *Tercero*, se han mantenido estables con tendencia a disminuir los procesos de criminalización de comportamientos lesivos al bien jurídico *administración pública*, tomando como referencia las variables 1863-1924-1991 (años de entrada en vigencia

⁽¹⁰⁴⁾ El Código de 1991 eliminó el sistema múltiple de penas privativas de libertad contenidas en el anterior Código, creando una sola: la pena privativa de libertad.

de los códigos); es decir, no se han incrementado nuevas conductas delictivas de trascendencia imputables a los actos cometidos por funcionarios y servidores públicos, con excepción del enriquecimiento ilícito en 1987. *Cuarto*, a nivel de delitos comunes, es donde los diseños político-criminales han observado una extrema severidad que contrasta notoriamente con las respuestas tenuemente retributivas para con los delitos especiales que afectan al bien «administración pública». Así, por poner sólo algunos ejemplos, los casos de robo agravado en la redacción original del Código fueron sancionados hasta con un máximo de 8 años; merced al Decreto Legislativo N° 896 del 24 de mayo de 1998, se aumentó la penalidad a cadena perpetua. En cambio el peculado doloso en la redacción original tenía un máximo de 8 años de pena; actualmente ha sido elevado a 10 años. Situaciones parecidas de uso arbitrario e irracional de las penas se observa en los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo y otros que fijan sanciones desprovistas de toda finalidad resocializadora y humanista, lo que igualmente sucede con la presencia aberrante de la atemorizante prevención general negativa o intimidatoria impuesta hace algunos años por la política penal estatal a la delincuencia común y de menores.

En resumen, la política de control penal a través de las penas conminadas a los agentes públicos en el rubro «Delitos contra la Administración Pública», vista con anterioridad a la reforma efectuada de los delitos de corrupción (Arts. 393 al 401) por Ley N° 28355 de octubre de 2004, a diferencia de lo que ocurre con los delitos comunes, está marcada por su serenidad, proporcionalidad (a veces cuestionable) y humanidad, lo que posibilita incluso, según lo establecido en el art. 68 del Código penal, exceptuar de pena al agente si el delito está previsto en la ley con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con las otras penas (limitación de derechos y multa) de ser la responsabilidad penal mínima (quedan exceptuadas las figuras de cohecho). Naturalmente que las razones son obvias, el Estado se trata a sí mismo con guantes de seda; explica esto, en parte, la existencia de otros medios de control que fijan sanciones (procesos administrativo-civiles y políticos), así como el carácter de clase del derecho penal que privilegia y protege a los agentes del Estado, incluso cuando éstos delinquen, sea a nivel de alto funcionariado (gobernantes y autoridades) o de funcionariado técnico o burocrático.

III. ASPECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA

1. Sistemática y ubicación

Los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos pueden afectar diversos bienes jurídicos tutelados por el derecho penal. Razón por la cual son mencionados en diferentes títulos y capítulos del Código (véase, por ejemplo, los arts. 141, 153-A, 155, 297 (inc. 1), 306, 312, 352, etc.), así como y específicamente en el capítulo concerniente a delitos cometidos por funcionarios públicos (arts. 376 al 401) y en las secciones II y III del capítulo sobre Delitos contra la Administración de Justicia.

La técnica legislativa empleada para comprender los delitos susceptibles de ser cometidos por los agentes públicos, observa así dos variantes:

- A. Por un lado se encierra sistemáticamente en dos capítulos del Código penal todas las infracciones delictivas imputables a funcionarios y servidores y que afectan el bien jurídico «administración pública y administración de justicia». Estos son: el Capítulo II del Título XVIII con 4 secciones y 25 artículos + 4 artículos complementarios (arts. 376 al 401-B) y el Capítulo III del Título XVIII con 2 secciones y 7 artículos (arts. 418 al 424).
- B. Por otro lado se establece un sistema difuso de relevancia penal de los comportamientos de funcionarios y servidores en numerosas figuras delictivas a lo largo del Código penal. Empleándose para dar cuenta de este sector de la delincuencia funcional tanto de delitos especiales propios (celebración ilegal de matrimonio y allanamiento de domicilio que afectan los bienes jurídicos de la familia y libertad domiciliaria respectivamente), como de delitos comunes a través de la técnica legislativa de los delitos especiales impropios (intervención telefónica y tráfico ilícito de drogas cometidos por funcionario público); lesionando en ambos casos bienes jurídicos distintos al de la Administración Pública. En este segundo ámbito no se trata de delitos especiales propios, sino de delitos comunes en los que por diversidad de circunstancias intervienen dichos agentes, por lo mismo, no es el bien jurídico «administración pública» el afectado, sino otros de diferente naturaleza.

El Código penal de 1991, usando una peculiar técnica legislativa a la usanza italiana, ha desdoblado el bien jurídico «administración pública» en otro más específico, la «administración de justicia», ubicando en su interior figuras delictivas atribuibles a particulares y agentes públicos al igual que en el rubro «delitos contra la administración pública». Se debe señalar que tal división no implica que las infracciones contra la administración de justicia dejen de ser delitos contra la administración pública, pues ésta es la matriz genérica. Han sido razones estrictamente técnicas las que explican tal presentación sistemático-normativa, argumentadas en función a destacar la especificidad y relevancia de los delitos contra la administración de justicia. Igualmente, el incluir tanto comportamientos atribuibles a particulares y a funcionarios-servidores públicos dentro de los respectivos rubros genéricos es una opción técnico legislativa que no necesariamente se observa en otras legislaciones de derecho penal comparado ⁽¹⁰⁵⁾.

2. Delitos especiales (de infracción de deber) y comunes (de dominio o de organización)

Es usual que los códigos penales clasifiquen los delitos en atención a la calidad de los agentes que cometen el ilícito penal y a la naturaleza de los deberes que estos infringen con su comportamiento comisivo u omisivo. En la medida que el tipo penal exija singulares cualidades en el autor o coautores, quien comete (ejecuta actos de tentativa o de consumación) la conducta típica, estaremos frente a delitos especiales. En cambio, y generalmente, cuando el tipo penal de la parte especial del Código se halla redactado de modo impersonal, con las palabras «el que», «quien», «cualquiera que» nos encontraremos frente a delitos comunes ⁽¹⁰⁶⁾. En el primer caso la norma penal está circunscrita al ámbito del quebrantamiento de

⁽¹⁰⁵⁾ Así, véase los códigos penales argentino, francés (de 1993), español (de 1973 y el vigente de 1995), alemán, cubano, entre otros.

⁽¹⁰⁶⁾ No obstante caben aquí algunas excepciones, que se dan por ejemplo en el delito de apropiación ilícita que pese a ser un delito especial, por infringir el sujeto activo un marco de deberes que le son previos a la conducta típica, sin embargo el legislador para construir la figura penal ha hecho uso del impersonal «El que».

deberes especiales que el agente mantiene en su relación con el bien jurídico; en el segundo caso viola roles generales que por igual volucran al común de las personas físicas.

En los *delitos comunes* o de *dominio* el agente del delito no posee deberes de salvaguarda y fomento para con el bien objeto de tutela penal ni se halla expresamente exigido por relaciones previas de vinculación que no sean los mandatos generales que se dirigen al total de la población (no mates, no robes, no violes sexualmente, etc.). El hecho que el delito común (a modo de ejemplos: hurto, estafa, incendio, falsificación de documentos, etc.) sea cometido por un sujeto especial, por ejemplo un funcionario, un administrador de empresas o un militar no convierte en especial al ilícito penal, salvo raras excepciones en las que la norma penal ha agregado expresamente una circunstancia gravante en razón a la calidad del agente, con lo que da vida legal a los denominados delitos especiales impropios.

Estos delitos de naturaleza común son conocidos en la dogmática penal contemporánea como delitos de dominio o por competencia u organización). Tales denominaciones hacen referencia al modo de efectuarse, para las expectativas sociales y normativas, como el sujeto controla u organiza su comportamiento en las interacciones sociales que terminan vulnerando o poniendo en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados. En los delitos de dominio o comunes el sujeto activo, cualquier persona, configura personalmente («organiza») mediante su comportamiento un acto penalmente lesivo al bien jurídico, sin estar ligado institucionalmente con él, en otras palabras no está obligado a preservar el bien jurídico que vulnera. Lo que no sucede en los delitos de infracción de deber pues aquí el sujeto activo no puede organizar a su modo las vinculaciones con el bien jurídico, al encontrarse con reglas preestablecidas que le imponen comportamientos funcionales de aseguramiento y fomento del bien objeto de tutela penal.

Las consecuencias que se obtienen de los delitos de dominio pueden ser resumidas del siguiente modo: a) Cualquier persona que domine el hecho puede ser autor directo o mediato, o coautor (se incluye aquí a particulares, funcionarios servidores, nacionales o extranjeros; se excluye a las personas jurídicas); b) Carece de significación penal la calidad del sujeto activo, dado que aquí no se infringen deberes espe-

ciales, da igual que él sea particular o funcionario; salvo cuando el legislador crea una circunstancia de agravación para configurar los denominados delitos especiales impropios c) Cualquiera puede ser partícipe, determinador o cómplice.

Los *delitos especiales*, llamados actualmente de «infracción de deber», frase incorporada por Claus Roxin en la dogmática penal⁽¹⁰⁷⁾ son aquellos en los que concurren los siguientes componentes:⁽¹⁰⁸⁾

- a) Un sujeto activo especialmente calificado en su relación con el bien jurídico por singulares y previas vinculaciones: 1. *De naturaleza paterno filial conyugal*, de la que se derivan deberes en relación a los cuales el sujeto está obligado a asegurar y garantizar jurídicamente (por ejemplo los padres para con la vida de los hijos, éstos con relación a los primeros, el esposo para con la vida de la cónyuge); 2. *Por vinculaciones jurídicas y específicamente de confianza*, que obligan al sujeto a determinados actos o a preservar el bien jurídico (así en el delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar, por parte del obligado alimentista, o en el caso de la apropiación ilícita el administrador o depositario del bien está obligado, por exigirle así la relación contractual, a devolver o reintegrar el bien, dinero o valor; por igual en el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, el sujeto especial tiene el deber de asegurar de lesiones el patrimonio de la persona jurídica que administra; así también quien viola el deber del secreto profesional, entre otros casos), y 3. *Por deberes de*

(107) ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 383 y ss. Véase también *infra*, p. 188 y ss. «Los delitos de infracción de deber».

(108) JAKOBS, diferencia entre delitos especiales en sentido amplio y en sentido estricto o de infracción de deber, donde los segundos son una especie configurada en atención a vinculaciones institucionales preexistentes con el bien jurídico, mientras que los primeros restringen la autoría en atención exclusiva a la calidad del sujeto activo quien entra en relación con el bien jurídico con motivo del delito no siendo portador de deberes especiales. En los segundos la infracción del deber excluye el dominio del hecho, a efectos de la imputación penal; en los primeros el dominio del hecho juega un papel determinante. Véase de dicho autor: *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 830 y 831.

función y servicio público (verbigracia: abuso de autoridad, peculado, prevaricato, etc.), que asume el funcionario o servidor al ocupar el cargo o empleo. Calidades que permiten construir sujetos especiales que se encuentran, previamente configurados al delito, por deberes o marcos normativos diferentes a los comunes que obligan a adoptar medidas de aseguramiento del bien jurídico.

- b) Una gama de conductas típicas que sólo toman como autor al funcionario o servidor público. La posibilidad jurídica que un particular pueda consumir el delito resulta un imposible, dado que se trata de delitos con autoría restringida a quien posea calidades de vinculación especial con el bien jurídico. Los componentes que ingresan en la redacción del tipo excluyen el supuesto que los actos del particular sean reputados típicos de autoría. Piénsese por ejemplo en el delito de prevaricato, el cual posee componentes de tipicidad dirigidos exclusivamente al Juez o Fiscal; o en el caso del cohecho pasivo, donde las conductas de aceptar, recibir, solicitar o condicionar son exclusivas del funcionario o servidor público; idem en el caso del peculado, donde el sujeto activo tiene que apropiarse o utilizar bienes a los que se halla vinculado institucionalmente por razón del cargo que posee.
- c) El quebrantamiento de deberes como consecuencia de la ejecución o consumación de la conducta típica. Todo funcionario o servidor público posee roles, que imponen deberes (nombrar personal, cuidar el orden interno, administrar el patrimonio de la institución, dictar sentencias, perseguir el delito, etc.), que le han sido conferidos institucionalmente y que debe cumplirlos conforme a lo establecido en normas jurídicas y reglamentos, o de manera excepcional discrecionalmente en atención a los fines de la función. La violación de dichos deberes extrapenales, y por lo mismo de los roles institucionales, supondrá un marco de relevancia penal a título de delito de función cuando los requerimientos de tipicidad objetiva o subjetiva de los tipos penales sean concurrentes. La sola convergencia de los elementos objetivos no superará la imputación por ilícito administrativo.

Los delitos especiales o de infracción de deber se dividen a su vez en propios e impropios. Los propios son aquellos en los cuales concurren los requisitos señalados anteriormente: calificación o calidad sin-

gular del sujeto activo, vinculación estrecha con el bien jurídico, deberes especiales de salvaguarda y fomento de dicho bien objeto de tutela penal, conducta típica restrictiva, y quebrantamiento o violación de dichos deberes. Como se ha destacado en líneas precedentes, los agentes públicos pueden resultar involucrados en delitos comunes (homicidios, lesiones, contra el ambiente, robos, etc.), los mismos que afectan una diversidad de bienes jurídicos tutelados, sin que por ello tales delitos pierdan dicha naturaleza y se conviertan en especiales por la sola intervención del funcionario público; sin embargo, la excepción a esta regla general se produce si la norma, en la misma redacción del tipo penal, en un tipo complementario o a nivel de circunstancia agravante, contempla la autoría del funcionario o servidor público con base a la tipicidad del delito común. El delito para estos casos se convierte en uno especial impropio. Por lo tanto lo que hace especial al delito común, con referencia exclusiva al funcionario o servidor público, es la inclusión expresa efectuada por la norma acerca de la intervención como autor del sujeto público. La impropiedad –razón que explica por qué no es en realidad un delito especial propio de funcionario– viene dada por la base común del delito, en tanto puede ser cometido por cualquier persona. El delito especial impropio, viene a ser así aquel que teniendo como conducta típica la descripción de un ilícito común cometible por un sujeto indeterminado, es ejecutado o consumado por un sujeto especial en las particulares hipótesis legales que la norma penal contempla. Vale decir, en relación a este último extremo, el juzgador no puede crear delitos especiales impropios en los casos que el delito común sea cometido por un funcionario o servidor público, deberá ello estar taxativa y previamente contemplado así por la norma penal especial; en defecto de dicha regulación no existirá delito especial impropio. Son, entre otros ejemplos de esta clase de delitos: el artículo 162 del Código Penal, referido al delito de interferencia telefónica, en cuyo segundo párrafo se eleva la pena si el agente que comete el delito es funcionario público; el artículo 297.1, tráfico ilícito de drogas agravado cometido por funcionario o servidor público; el tercer párrafo del artículo 404, relativo al encubrimiento personal. Al igual de lo que ocurre en los delitos especiales propios también en los especiales impropios el sujeto activo calificado quebranta deberes especiales de aseguramiento y garantía que le son propios por su cargo, función o empleo.

Los delitos especiales de función o de infracción de deberes funcionales (delitos de funcionarios públicos) se hallan localizados en el Código Penal peruano con base a dos mecanismos de técnica legislativa: **a)** concentrados en el Capítulo II del Título XVIII: abuso de autoridad, concusión, peculado, cohecho, y en parte del Capítulo III del mismo título: prevaricato, denegación y retardo de justicia; y **b)** difusos o dispersos en diversas nomenclaturas jurídicas ya sea como especiales propios o impropios: artículos 141 y 142 (celebración de matrimonio ilegal), 153 A (tráfico de menores), 155 (violación de la intimidad), 160 (allanamiento de domicilio), 162 (interferencias telefónicas), 169 (violación de la libertad de expresión), 297.1 (tráfico agravado de drogas), 309 (otorgamiento ilegal de licencias para actividad industrial), 320 (desaparición ilegal de persona), 321 (tortura), 419 (detención arbitraria), etc.

Los delitos especiales propios de función ⁽¹⁰⁹⁾, entre los que destacan por su sistematización, abundancia e importancia, los delitos contra la administración pública, son tales tanto por la calidad de los funcionarios y servidores públicos que lesionan con sus actos u omisiones el bien jurídico y vulneran la vigencia de la norma, como por el manifiesto quebrantamiento de los roles (conjunto de deberes institucionales asumidos), siendo esto último lo que en realidad hace especial, distinto de los comunes, al delito funcional, que viene a constituirse así en una violación de los deberes de función y de la confianza depositada por el Estado en la competencia y los actos de dichos sujetos activos. Por lo mismo, si sólo nos fijamos en la calidad pública del agente o en la función, desligadas del bien jurídico específico, no habrá delito especial; en efecto y para graficar esto con un ejemplo, el funcionario que sustrae bienes públicos que no están bajo su administración o custodia comete delito común y no peculado.

En palabras de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, los delitos especiales propios o de infracción del deber son aquellos que tienen como presupuesto una previa e inicial vinculación institucional positiva (de fo-

⁽¹⁰⁹⁾ A nivel doctrinario existe una diversidad de esquemas de delitos especiales en razón a las circunstancias, a los sujetos activos, a la naturaleza singular de la acción, a la función, etc. Véase sobre esto REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Tipicidad*, Bogotá, Temis, 1989, p. 112 y ss.

mento y ayuda) entre autor y bien jurídico, a diferencia de los delitos comunes o de dominio del hecho, en los cuales la vinculación entre autor y bien jurídico se produce recién con el comportamiento delictivo, de modo tal que si el delito no se hubiera producido no habría existido vinculación ⁽¹¹⁰⁾.

La principal implicancia derivada de esta clasificación de delitos radica en que la autoría-coautoría en los delitos especiales propios es reductiva y exclusiva de los funcionarios públicos, no pudiendo darse coautoría con sujetos particulares o *extraneus*, lo que no sucede en los delitos especiales impropios, ya que éstos admiten autoría múltiple entre sujetos comunes y funcionarios o servidores públicos, visto el delito en su perspectiva global ⁽¹¹¹⁾. Otra consecuencia tiene que ver con la autoría mediata, bajo la perspectiva que el «hombre de atrás» es el particular o *extraneus* que instrumentaliza al funcionario o servidor público para que cometa un delito de función. De darse fácticamente esta hipótesis, se torna penalmente irrelevante en el ámbito de los delitos especiales propios, por la imposibilidad de presentarse jurídicamente dicho título de imputación personal, quedando como una figura impune en lo que concierne al particular, al no existir autoría mediata de particular sobre funcionario o servidor público, dado que aquél no reúne las exigencias de autor para ser considerado como tal; asimismo, es penalmente irrelevante con relación al sujeto público, ya que no habría actuado dolosamente.

La estructura de sistematización que ha empleado el legislador peruano de 1991 con relación a los delitos especiales da cuenta de un doble esquema (conforme se ha señalado en líneas anteriores), concentrado y disperso; mientras que con referencia a los delitos comu-

⁽¹¹⁰⁾ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, "Delitos de funcionarios. Aproximación a su parte general", en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, N° 3, julio, Las Palmas de Gran Canaria, 1999, p. 12.

⁽¹¹¹⁾ Véase también sobre los delitos especiales en ROJAS VARGAS, Fidel, "El *extraneus* en el delito de cohecho pasivo: Inicial aproximación al rol y ubicación dogmático-penal de los terceros en los delitos especiales propios", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 30, marzo, Lima, 2001, p. 121 y ss. Una opinión crítica para con la clasificación de los delitos especiales en *propios* e *impropios*, véase en SÁNCHEZ-VERA, "Delitos de funcionarios", cit., p. 14, para quien dicha división es superflua pues en ambos casos existe infracción del deber, que constituye el fundamento de la pena.

nes emplea un diseño mayoritariamente uniforme, roto sólo por algunas figuras delictivas comunes —en relación al autor— que han sido incorporadas en el marco regulador de los delitos contra la administración pública (tráfico de influencias y corrupción activa genérica). Que un delito sea común (por competencia u organización) o especial (de infracción de deber) y dentro de esta segunda clasificación propio o impropio dependerá de dos factores: a) de la opción que asuma el legislador quien incluirá elementos normativos reductivos de la autoría en la redacción del tipo penal, y b) de la naturaleza del bien jurídico, cuestión que se halla, obviamente, en íntima conexión con el primer criterio, ya que marca las posibilidades y límites de la indicada incorporación legislativa.

3. Naturaleza de los tipos penales: abiertos-cerrados, simples-complejos, complementarios, de lesión o peligro, instantáneos, permanentes, activos u omisivos

Se hace uso de **tipos abiertos**, es decir, de naturaleza amplia, genérica o, en otras palabras, de contenido impreciso (asunto que es cuestionable desde la dogmática penal) en los artículos 376 (abuso de autoridad), 377 (omisión de deberes) y 401 (enriquecimiento ilícito). Por lo demás el resto de artículos mantiene un nivel aceptable de generalidad que posibilita no descender al casuismo o nómina innecesaria de supuestos de hecho relevantes pormenorizados. Se utiliza también tipos penales cerrados, es decir, concretos y completos por sí mismos, en los arts. 379, 380, 381, 387, 388, 391, 399.

Existen **tipos penales simples**, esto es, de un solo comportamiento típico expresado mediante el empleo de un verbo rector⁽¹¹²⁾ en los arts. 379 (requerir la asistencia para oponerse), 380 (abandono de cargo), 381 (hace nombramiento), 385 (patrocina intereses de particulares), 389 y 390 (demora pago ordinario), 391 (rehusa entregar dinero). Existen **tipos penales complejos**, es decir, que contienen dos o más comportamientos relevantes, en los arts. 377 (omite, rehusa o retarda), 378 y 382 (obliga o induce), y 383 (exige o hace pagar o entregar).

(112) A lo largo del análisis de los delitos emplearemos a menudo la frase "verbo rector", con la que se resume el núcleo del comportamiento delictivo.

El tipo penal 384 es de una complejidad especial, por la gran cantidad de elementos normativos⁽¹¹³⁾ contenidos (contratos, suministros, licitaciones, convenios, ajustes), no obstante que sólo contiene un comportamiento delictivo «defraudar al Estado». Otros tipos complejos son los arts. 387 («se apropia o utiliza»), 388 («usa o permite que otro use»), 393 («acepte, reciba, solicita, condiciona [...] para realizar» o «a consecuencia de»), 399 («en forma directa o indirecta o por acto simulado») y 400 («recibe, hace dar o prometer»).

Como es fácil colegir en los tipos complejos, el uso de diversos verbos rectores convierte a la figura penal en una en la que se reúnen varios comportamientos delictivos dentro de un mismo tipo.

El Código penal utiliza además *tipos complementarios* que precisan el alcance de los tipos básicos, ya sea ampliando la tipicidad por autoría (arts. 386 y 392), agravando la pena en función a la calidad del agente (art. 398); o también para cerrar un tipo abierto (art. 401-A) o fijar consecuencias accesorias (art. 401-B). *Tipo básico* es, así, el que descriptivamente establece comportamientos relevantes y deriva sanciones penales. *Tipo complementario* es aquel que amplía, precisa o agrega características de diversa naturaleza a lo dispuesto en el tipo básico.

El legislador penal ha utilizado *tipos penales de lesión*, entendidos éstos como aquellos que requieren un resultado o daño concreto (arts. 365, 369, 370, 372, 380, 384, 387, 389 [inc. 2], 398, 400, 401), como también *tipos de actividad y peligro* (arts. 362, 363, 364, 366, 367 [incs. 1, 2 y 3], 374, 375, 381, 385, 388) y de *desobediencia* (arts. 368, 371, 377, 378, 390, 391). Como se observa, existe en conjunto un buen número de tipos de actividad y desobediencia (u omisión), llamados también formales y caracterizados por reputarse consumados sin que se requiera un resultado material. En tales casos, la propia actividad consuma el delito (amenazar a un funcionario, ostentar insignias, etc.). En los ejemplos dados no interesa que la amenaza haya producido su efecto o que la ostentación produzca un determinado resultado. Tam-

(113) Se llama elementos normativos a aquellos componentes de un tipo penal que encuentran su explicación en otros órdenes o campos del derecho, ya en el civil, comercial, laboral, tributario, etc.

bién se hace uso de *tipos penales mixtos* que combinan en su redacción comportamientos de resultado y de actividad (arts. 361, 367, 383, 393, 394, 394-A, 395, 397 y 398). Finalmente, existen tipos de contenido finalístico, los cuales tienen como base construcciones de resultado o actividad (arts. 366, 379, 393, 394, 398 y 400).

Sobre la naturaleza del comportamiento típicamente relevante, los delitos contra la administración pública son mayoritariamente *de comisión activa* en los arts. 361, 362, 363, 364, 365, 366, 370, 372, 373, 376, 379, 381, 383, 385, 387, 389, 393, 394, 395, 397, 398, 400, 401; son de *naturaleza omisiva* los arts. 368, 371, 377, 378, 390, 391. Tienen *naturaleza dual*, es decir, pueden ser cometidos tanto por acción u omisión, los arts. 369, 374, 375, 380, 382, 384 y 388.

En lo relacionado al momento de la consumación, son *delitos instantáneos*, esto es, se perfeccionan típicamente en un único y exclusivo primer momento, aquellos que se agotan en el acto mismo de la consumación, no siendo ya posible una ampliación en el tiempo del acto consumidor, en cambio son *delitos permanentes* aquellos que al inicial momento consumidor le adviene un período de prolongación del accionar ilícito. Son de carácter instantáneo la mayoría de los delitos contra la administración pública; admiten matizadamente un carácter permanente los arts. 361, 368, 388 y 401. Todos los delitos contra la administración pública pueden ser cometidos bajo la modalidad del *delito continuado*, es decir, mediante acciones u omisiones plurales en el tiempo que se suceden intermitentemente y que inciden en la lesión o puesta en peligro de un mismo bien jurídico, constituyendo cada acción u omisión un hecho consumado.

4. Agravantes-Atenuantes

El Código penal de 1991 se caracteriza en este tema por no haber establecido en su Parte general un sistema de agravantes y atenuantes a aplicar para los tipos especiales, como sí lo hacen otros códigos extranjeros⁽¹¹⁴⁾. Se ha optado, en cambio, por un sistema de circunstancias delito por delito contenidos en la estructura de numerosos tipos

penales, a través de párrafos o mediante el concurso de tipos penales complementarios que enumeran las circunstancias, generalmente agravantes. Por lo general dichas manifestaciones modales se definen por los factores: modo ocasión, lugar, destino, efectos, tiempo y calidad del sujeto activo o pasivo.

En el rubro que nos ocupa, las circunstancias atenuantes, es decir, las variables que disminuyen el grado de ilicitud del hecho y por lo tanto ameritan aplicación de pena atenuada, sólo son considerados mediante un dispositivo: el art. 396, que disminuye la pena en base a la jerarquía inferior del servidor público.

Se ha legislado, en cambio, un número relativamente numeroso de circunstancias agravantes, es decir, que incrementan el grado de ilicitud del injusto penal, incidiendo directamente en una mayor culpabilidad o juicio de reproche hecho por el Estado, con la consiguiente aplicación de penas más elevadas y severas. Así tenemos circunstancia agravante por el modo de comisión en el delito de usurpación de autoridad del art. 361, segundo párrafo (resistir o enfrentarse a la autoridad). El art. 367 (violencia y resistencia a la autoridad) nos trae también una serie de agravantes en función al modo de comisión (concurso de personas y a mano armada), la calidad de los sujetos activos (funcionario o servidor público) y por los efectos producidos (lesión grave y muerte, previsibles). Igualmente son circunstancias agravantes: el párrafo segundo del art. 374 (desacato) y el art. 378 (rehusamiento policial de auxilio solicitado). El art. 387 (peculado), en su segundo y tercer párrafo contiene circunstancias agravantes para el delito doloso como para el culposo, respectivamente, en función al destino de los bienes. Lo mismo pasa con el art. 389 (malversación de fondos) que incluye dentro de su estructura típica dos circunstancias agravantes en razón a los efectos y al destino. En el marco de los delitos de corrupción la reciente reforma producida por la Ley N° 28355 ha incorporado circunstancias agravantes por la calidad del autor en los delitos de tráfico de influencias (art. 400) y enriquecimiento ilícito (art. 401).

IV. DOLO Y CULPA

Los delitos contra la administración pública que pueden ser cometidos por particulares y por funcionarios públicos están construi-

(114) Por ejemplo, los códigos penales colombiano (1980), español (1973 y 1995), italiano (1930), etc.

dos sobre la base del dolo. Esta concepción principista ⁽¹¹⁵⁾ trae como consecuencia que no puedan ser procesados ni obviamente castigados penalmente los hechos culposos ⁽¹¹⁶⁾, los ocurridos por caso fortuito, fuerza mayor ni los acontecibles por desgracias atribuibles al destino. El dolo es un elemento de naturaleza subjetiva esencial al delito, porque sin él el castigo se justificaría en función tan sólo a resultados, sin importar si hubo conocimiento de los elementos que formaban parte del tipo penal y si existió una voluntad de realización (querer el hecho), lo cual supondría retroceder siglos de avance en el carácter liberal del derecho penal. Es decir, se impondría el reino de la «responsabilidad objetiva», proscrita de nuestro ordenamiento jurídico-penal (artículo VII del Título Preliminar del Código penal), por lo menos teóricamente.

El dolo implica:

- A. Voluntad de actuar, es decir, existencia de la facultad interna para autodeterminarse en sentido contrario a la norma (componente volitivo).⁽¹¹⁷⁾

⁽¹¹⁵⁾ Artículo 12 del Código penal: "Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley".

⁽¹¹⁶⁾ Con las excepciones del tercer párrafo del art. 387 (peculado culposo) y del art. 372 (violación culposa de medios de prueba).

⁽¹¹⁷⁾ Actualmente, en sectores de la dogmática penal de base alemana y también española, se advierte una acusada tendencia para sustraer el componente volitivo de la estructura del dolo, y según la cual el conocimiento es suficiente para informar del elemento subjetivo del delito. Se sustenta esta posición, entre otras razones, en las dificultades para acreditar procesalmente la voluntad de delinquir (el querer, la actitud interna dirigida a) y en las complicaciones de interpretación de los tipos especiales conforme a dicho componente. Una concepción del dolo en tanto conocimiento por parte del agente del peligro que representa su acción u omisión para el bien jurídico es suficiente para configurar la tipicidad subjetiva del delito. Así Enrique BACIGALUPO: Obra con dolo el que sabe lo que hace, conociendo el peligro concreto de su acción. Dicho de otra manera obra con dolo el que conoce la acción que realiza y sus consecuencias. El dolo, por lo tanto, sólo depende del conocimiento del autor, de la peligrosidad concreta de la realización del tipo (*Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, p. 320. Al respecto véase también RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999 (especialmente sus conclusiones en las pp. 519 y ss.).

- B. Conocimiento de lo que se está realizando u omitiendo y de que ello contraviene la ley o norma penal. Es éste el componente cognoscitivo o intelectual del dolo, que no requiere de un conocimiento técnico ni especializado sobre el contenido de los elementos típicos concretos, bastando tan sólo un nivel promedio o estándar de aprehensión cognoscitiva (lo que en el lenguaje jurídico se denomina *conocimiento del lego o profano*). El conocimiento que debe tener el sujeto activo de lo que está haciendo o del peligro que representa su comportamiento para el bien jurídico, constituye un factor de primer orden, sobre todo en delitos cometidos por funcionarios (sujetos vinculados y obligados especiales con conocimientos por encima de los ordinarios) para configurar la tipicidad subjetiva del injusto y por lo mismo del delito, que en algunos casos puede llegar a opacar la importancia del componente volitivo, conduciendo en la práctica judicial a decisiones que prescinden de la voluntad para dar por acreditado el hecho típico. No obstante como se podrá apreciar en varias de las figuras de infracción de deber contra la administración pública la voluntad juega un papel decisivo.
- C. Dirección del comportamiento hacia el logro del objetivo asumido o buscado específicamente, pese a conocer y saber que se está vulnerando la norma y afectando el bien jurídico. Este tercer componente de contenido teleológico es el aporte de la escuela alemana finalista de Hans WELZEL, que sin embargo no goza de unanimidad en la doctrina penal.

Los tipos penales en estudio por lo general requieren como componente subjetivo mínimo la presencia del *dolo eventual*, es decir, aquel comportamiento asumido como propio por el sujeto activo de delito, pero sin que se busque como objetivo específico el logro del resultado típico. Aquí el sujeto se representa el hecho y lo asume, aunque su voluntad no se halle intencionalmente comprometida (por ejemplo, en los arts. 363, 364, 368, 370, 371, 376, 377, 380, 381, 385, 388, 389). Define con exactitud el dolo eventual la frase «sea así o de esta manera, suceda esto o lo otro, en todo caso yo actúo». Otros tipos penales exigen en cambio la presencia del *dolo directo* en los actos del agente, es decir, cuando éste dispone sus actos para alcanzar el propósito u objetivo buscado. En el *dolo directo* la voluntad está encaminada directamente a lograr el fin (por ejemplo, los arts. 365, 366, 372, 376-A, 379,

382, 383, 384, 393, 394, 395, 397, 399 y 400). Los indicadores que nos permiten diferenciar cuándo el tipo exige dolo directo se hallan en la propia redacción de la figura penal (naturaleza de acción directa de los verbos rectores: obligar, impedir; indicadores de propósito: para realizar u omitir; uso de reforzantes o elementos subjetivos: «a sabiendas»).

Los tipos penales que están contruidos en razón al dolo directo (que son los menos) obtienen un mayor rigor represivo por parte del Estado que los contruidos en base a dolo eventual. La importancia del estudio y constatación de estas dos formas de dolo, radica en el hecho que permitirán apreciar el mayor o menor grado de voluntad delictiva.

En cuanto a la *culpa*, el Código castiga por excepción tan sólo dos conductas culposas: en los arts. 372 (destrucción o inutilización de objetos, registros o documentos) y 387, tercer párrafo (peculado culposo). Se ha querido así privilegiar la protección a los medios de prueba y al patrimonio público. Castigar penalmente por culpa supone un mayor celo en la política de control penal del Estado y por lo mismo una mayor criminalización de hechos usualmente de irrelevancia penal.

Las modalidades prácticas de culpa ⁽¹¹⁸⁾ contempladas son generalmente la imprudencia y el descuido (o negligencia), para el supuesto de hecho del art. 372, y la negligencia en el caso del art. 387.

La culpa es, junto al dolo, un presupuesto de culpabilidad o responsabilidad penal. Posee gran relevancia en el ámbito administrativo, donde son numerosas y variadas las transgresiones cometidas por funcionarios y servidores públicos. En la esfera penal pocos son los comportamientos culposos que han merecido el interés político-crimi-

(118) En la ciencia penal, se habla de *distintas clases de culpa*: a) por el modo en que son cometidos: *negligencia* o descuido, *imprudencia* o temeridad, *impericia* o falta de idoneidad; b) por el grado de intensidad subjetiva: *consciente*, cuando el agente prevé la realización del hecho pero actúa en la confianza que no se producirá; *inconsciente*, cuando no existe previsión del hecho (es esta la modalidad frecuente de actos culposos administrativos); c) por su lesividad, graves y leves; d) por el rol que infringen: delitos imprudentes comunes y delitos imprudentes por quebrantamiento de un deber especial. Existen otras clasificaciones, pero para evitar complicar la temática han sido obviadas.

nal, ello se explica por el hecho de que la intervención penal es un mecanismo de control extremo y subsidiario, entendiéndose que los hechos culposos deben de solucionarse en vías extrapenales, salvo las excepciones contempladas a nivel del Código Penal.

Todo delito culposo requiere de la infracción del deber de cuidado que la naturaleza del bien jurídico, el deber de garante o las circunstancias concretas exigen; en un segundo término, no por ello menos importante, la producción de un resultado lesivo. Así, en el caso del art. 372, se requiere de la destrucción o inutilización de los objetos, registros o documentos; la no verificación de este resultado material inválida, es decir, hace atípica, la imputación a título culposo. Nuestra legislación penal no castiga la acción culposa de simple actividad, ni la tentativa material de delito culposo, construcción conceptual esta última que es jurídicamente irrelevante.

V. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS⁽¹¹⁹⁾

Las pautas de lo que haya de entenderse por autoría y participación se encuentran establecidas en los artículos 23 al 27 del Código Penal, los mismos que recogen el paradigma de la legislación penal alemana: sistema de valoración legal diferenciada de los aportes en la ejecución-realización del hecho delictivo, concepto diferenciado de autor, distinción entre autores y partícipes, clasificación de los partícipes en determinadores y cómplices, diferenciación entre complicidad primaria y secundaria, irresponsabilidad penal de las personas jurídicas. Son todas notas distintivas de nuestro modelo normativo, el mismo que mantiene diferencias sustanciales con las acogidas en los códigos penales italiano y francés y mínimamente con el español. Con este último sobre todo en materia de autoría al cual concede (el Código español) alcances amplios para incluir en ella a los inductores directos y a los cooperadores necesarios; siendo cómplices únicamente los que aportan contribuciones de cooperación secundaria.

Es autor quien realiza por sí o por medio de otro el hecho criminal. Esta definición legal pone claramente de manifiesto que la noción

(119) Véase más adelante «Los delitos de infracción de deber», *infra*, p. 188 y ss.

de autor, para la legislación penal peruana, debe suponer necesariamente control o dominio subjetivo y objetivo del hecho («realizar por sí»), que da inicio a la conducta típica y la conduce a la consumación o a la tentativa de delito con la lesión o peligro de lesión del bien jurídico penalmente tutelado. No podrá ser autor si el sujeto carece de dicha facultad de dominio, dado que su aporte no definirá el curso causal de los acontecimientos lesivos, o (en el marco de interpretación de la teoría de la imputación objetiva) la realización del resultado que provenga de riesgos creados o incrementados por la conducta del agente. La autoría se convierte en coautoría cuando son varios los que codominan el hecho delictivo y actúan en distribución funcional de roles; es decir no se trata de una suma de autores sino de sujetos que actúan conjuntamente vinculados por un dolo mancomunado. Si sólo se trata de varios sujetos a quienes no les une estas características estaremos simplemente ante una autoría múltiple.

La autoría puede ser directa o inmediata y mediata o indirecta. En este segundo caso cuando el agente no realiza por sí mismo el hecho sino que se vale de terceras personas (denominadas «instrumentos») para que ejecuten y consuman el delito. Estas terceras personas son así manipuladas o instrumentalizadas, por el autor mediato (llamado también hombre de atrás o autor intelectual), quien logra de dicho modo su propósito criminal. En la mayoría de supuestos de autoría inmediata, el instrumento obra sin dolo o sin culpabilidad. Sólo en determinados casos de autoría mediata límite, el instrumento responde penalmente (uno de ellos es concretada a través de aparatos organizados de poder criminal). El código penal peruano no admite la coautoría ni la participación culposa.

La participación en el delito, categoría jurídico dogmática del derecho penal distinta de la autoría pero complementaria a ella, puede presentarse mediante dos modalidades: **a)** en forma de instigación (determinación o inducción); y **b)** como complicidad. La primera modalidad se halla regulada en el artículo 24 del Código Penal y es la que vincula a un sujeto determinador o inductor (el denominado «hombre de atrás») con un sujeto inducido (el autor o ejecutor material), donde el primero crea en la conciencia del segundo la voluntad de delinquir, de modo que el sujeto inducido comete directamente el delito, respondiendo ambos penalmente, conforme a la regulación punitiva ya citada, es decir como autores. En cambio la participación mediante com-

plicidad, regulada en el artículo 25 del Código Penal, se define por la presencia de aportes materiales no decisivos al delito del autor.

La complicidad supone actos propios de naturaleza accesoria (del cómplice) y de colaboración en un ilícito penal ajeno de naturaleza principal (imputable a título de autoría) en fase preparatoria, en la ejecución y/o en la consumación del delito. No puede existir jurídicamente complicidad en fase de agotamiento. El cómplice no domina el hecho, contribuye a formarlo con aportes secundarios, que resultan prescindibles, es decir que de faltar no hacen fracasar la realización del plan criminal. Los actos que ayudan material o intelectualmente a la realización del ilícito penal del autor y que son imputables a título de complicidad en el contexto general del delito no dominan ni controlan la realización-consumación del mismo; su alcance es pues, restringido, ya que dichos actos por sí mismos no realizan ni definen el delito. Los actos de complicidad por definición se refieren a la cooperación secundaria que es penada con rangos inferiores de sanción que la autoría-coautoría.

De modo excepcional, la legislación nacional contempla la complicidad o cooperación primaria, cuando el agente aporta contribuciones que son decisivas para facilitar la ejecución del delito, castigando a dicho cooperador con la pena del autor. Supuesto legal contradictorio que rompe el esquema conceptual de la complicidad y que ha sido objeto de variadas interpretaciones para dotarle de razonabilidad jurídica⁽¹²⁰⁾.

En el marco de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública, es claro que autor (en sus dos variedades) o coautor sólo puede ser el funcionario o servidor público que domina socialmente el hecho, quien infringe deberes funcionales o de servicio público. En los casos, bastante frecuentes, que el supuesto delictivo cometido contra dicho bien jurídico se presente de modo tal que quien domina materialmente los actos que configuran el delito son los particulares o extraneos, la teoría del dominio de hecho se

⁽¹²⁰⁾ Al respecto el lector puede revisar de ROJAS VARGAS, Fidel, «La complicidad necesaria o primaria», en *Estudios de Derecho Penal*, Lima, Jurista editores, 2004, p. 289 y ss.

refuerza con la tesis de la infracción de deber que sólo puede radicar en dichos sujetos especiales y que da cuenta del delito. No es posible que el particular o *extraneus* que domina parte o la casi totalidad del hecho sea autor o coautor; tampoco es del todo correcta, a mi entender, la tesis mantenida por ROXIN como por JAKOBS en el sentido que es irrelevante o innecesario el dominio del hecho para dar cuenta de la autoría por los delitos cometidos por funcionarios contra la administración pública, bastando únicamente la infracción de deber ⁽¹²¹⁾.

Por otro lado, la autoría en el marco de los delitos funcionales tiene una presentación legal bastante singular. En efecto, existen delitos cometidos por funcionarios y servidores que admiten autoría amplia y otros restrictiva. Es decir, ilícitos penales de infracción de deber en los cuales la vinculación funcional es flexible, mientras que en otros ilícitos de igual naturaleza dicha vinculación es restringida o limitada a determinados funcionarios. Así, cualquier funcionario puede cometer un comportamiento de concusión regulado en el artículo 382 del Código Penal que contempla el hecho del funcionario o servidor público que abusando de su cargo obliga a la entrega o promesa de entrega de un bien o beneficio patrimonial. En cambio, el delito de colusión defraudatoria sólo está reservada en su autoría o coautoría a quien por razón de su cargo o comisión especial tenga en el marco de sus atribuciones la facultad de intervenir con carácter decisorio en las negociaciones públicas; en este supuesto legal la sola calidad de funcionario no fundamenta la autoría, es insuficiente para derivar dicho título de imputación penal.

Son legalmente válidas las imputaciones, no obstante las posiciones discrepantes al respecto, a título de partícipes (determinador o cómplices) en delito de función, contra sujetos particulares e incluso contra otros funcionarios o servidores públicos, en casos especiales de autoría funcional restrictiva (peculado y colusión desleal), con base a la tesis de la accesoriedad de la participación., que reconoce el Código Penal peruano. Dicha accesoriedad fundamenta únicamente la participación nunca la autoría.

⁽¹²¹⁾ Ver *infra*, p. 188 y ss.; y p. 194 y ss. «Los delitos de infracción de deber» y también el ítem «El rol del *extraneus* en los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos».

En los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios y/o servidores es claro que sólo éstos pueden ser autores. Es también aceptable que puedan contribuir como cómplices en los delitos cometidos contra la administración pública por otros funcionarios y servidores, como que igualmente sean cómplices en la realización de delitos comunes cuya autoría corresponde a particulares. Donde se han presentado problemas de enfoque, ante la acuciosidad de un sector doctrinario, es en el tema de si los aportes de los particulares, que necesariamente son de complicidad (dado el carácter especial, e indelegable en particulares, de la autoría en delitos especiales propios), integran realmente la estructura delictiva de los delitos especiales, de forma tal que tengan que responder también por peculado, enriquecimiento ilícito o corrupción (por citar algunos ejemplos) a título de complicidad, o es que ésta posee autonomía delictiva, de modo que los partícipes deban responder por tipicidades distintas de las imputadas a los agentes públicos y que vayan acorde con sus contribuciones. Por ejemplo, el cómplice particular que colabora dolosamente con el funcionario en la utilización ilegal de los bienes bajo administración o custodia sería imputado y procesado a título de hurto de uso y no de peculado ⁽¹²²⁾.

VI. LA TEORÍA ANALÍTICA DEL DELITO

1. Planteamiento del tema

Actualmente en la doctrina penal alemana, española, portuguesa e italiana (en parte en esta última) y en general en el análisis jurídico forense-judicial se ha impuesto una especial y determinada forma de estudio de los comportamientos delictivos a nivel normativo: la denominada «teoría analítica del delito», caracterizada por estudiar separadamente los elementos que componen todo delito, ubicándolos en niveles o fases cognoscitivas que obedecen y siguen un orden lógico-sistemático. La teoría analítica comprende una *teoría de afirmación*, que servirá para demostrar la existencia del delito y la responsabilidad

⁽¹²²⁾ Véase al respecto «El rol del *extraneus* en los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos», *infra*, p. 194 y ss.

de su autor, y *una teoría de negación*, que nos permitirá descartar la existencia del delito ⁽¹²³⁾.

El origen de tal paradigma teórico se remonta a la propuesta de tratadistas alemanes de principios de siglo (Franz von LISZT, Ernst von BELING y otros), perfeccionado ulteriormente por penalistas de la talla de Hans WELZEL y Claus ROXIN. A la América Latina nos llegó el modelo por obra de divulgación de Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, al finalizar la segunda guerra mundial, en momentos en que primaba el análisis criminológico del positivismo italiano.

La teoría analítica del delito es así en gran parte de Europa y en toda América Latina el paradigma científico dominante para abordar el tema del delito y sus consecuencias, copando los espacios doctrinarios y jurisdiccionales. En el Perú ganó definitivamente legitimidad jurídico-teórica con la entrada en vigencia del Código penal de 1991, elaborado bajo el influjo de tal modelo de análisis de origen alemán.

Según la *teoría analítica de afirmación*, un comportamiento humano para ser delito tiene que reunir los siguientes niveles o características:

- A. **Ser típico (tipicidad penal):** Un hecho es típico para el derecho penal cuando se reúnen o concurren en el hecho denunciado todos los elementos que exige el tipo penal invocado. Es decir: que existan los sujetos activo y pasivo; que se produzca un comportamiento que lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido; que se dé (necesariamente en algunos delitos) una relación de causalidad entre comportamiento y lesión; que el comportamiento del agente sea doloso o culposo, y si el tipo penal lo requiere que concurren determinados elementos subjetivos especiales, etc. Un hecho será típico cuando él se ajusta a lo exigido por el tipo penal.
- B. **Ser antijurídico (antijuricidad):** El hecho típico debe ser contrario al sistema jurídico, es decir, no debe existir alguna causal o auto-

⁽¹²³⁾ No existe unanimidad en la doctrina penal europea sobre la legitimidad dogmática de la teoría analítica de negación. Particularmente considero que tal postura epistemológica es desacertada, pues le priva a la dogmática penal y a la labor pragmática-jurisprudencial de los jueces de eficaces herramientas de análisis de la realidad jurídico-penal que enriquecen la ciencia penal.

rización legal para actuar del modo como lo ha hecho el autor o coautor. La antijuricidad es el segundo elemento exigible para que haya delito. Al ser el hecho *típico y antijurídico*, se ha formado ya el ilícito o injusto penal descrito en los artículos de la Parte Especial del Código penal.

- C. **Ser culpable (culpabilidad):** Dado el injusto penal, es decir, afirmadas o verificadas la tipicidad y antijuricidad al no existir causales de atipicidad o de justificación de la antijuricidad (fases negativas del delito) que desvanezcan la ilicitud del hecho, entonces el sujeto activo del delito es merecedor de un juicio de valor normativo hecho por el Estado de carácter negativo conocido como *juicio de reproche*, por haberse comportado vulnerando la norma penal y lesionado o puesto en peligro el bien jurídico-penalmente protegido, habiendo podido comportarse conforme a derecho. Entonces el sujeto activo del delito se torna culpable de tal o cual ilícito penal. El Código penal peruano habla de responsabilidad penal, como un concepto más amplio que incluye a la culpabilidad y a la capacidad de culpabilidad o imputabilidad.

Una vez que el análisis jurídico de un hecho reputado ilícito ha llegado al nivel de culpabilidad, se ha comprobado ya la responsabilidad penal a título de delito, haciéndose el sujeto merecedor de pena. No queda más, entonces, que verificar la necesidad de pena y pasar al proceso de determinación judicial de consecuencias jurídicas, de no existir causales de exención de penalidad.

Tal es el proceso de análisis al que está obligado todo juez o colegiado penal para afirmar legalmente la existencia de delito y la responsabilidad penal del acusado antes de emitir su fallo.

Ahora bien, una vez afirmada la culpabilidad se habrá llegado a la demostración de la existencia del delito y la responsabilidad de su autor o autores. La teoría del delito aplicada a cada caso concreto deja así expeditos a los órganos jurisdiccionales (juzgados y tribunales de justicia penal) los fundamentos necesarios y suficientes para la imposición de pena a nombre del Estado.

Sin embargo, y esto es muy importante en un Estado de Derecho, cada nivel o fase (Tipicidad – Antijuricidad – Culpabilidad)

tiene causas que lo enervan y hasta lo eliminan. Esto es lo que se conoce como fases o aspectos negativos del delito.

Un modelo distinto de establecer los fundamentos que permiten derivar pena, lo establece la teoría de la imputación objetiva, según la cual lo determinante es verificar si el agente incrementó o no el riesgo de lesión a la norma penal especial o creó dicho riesgo y si los mismos se han concretado en el resultado. Lo que afirmará la imputación objetiva de la realización del delito y por lo mismo de la culpabilidad del autor y partícipes o en caso contrario desvanecerá la imputación. Este modelo de análisis hace uso de argumentos complementarios que refuerzan los criterios de peligro a través del principio de confianza, las acciones a propio riesgo, y la prohibición de regreso, tesis esta última utilizada para discriminar en casos extremos la relevancia penal de los aportes de los cómplices.

VII. LAS FASES NEGATIVAS DEL DELITO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (LA TEORÍA ANALÍTICA DE AFIRMACIÓN)

Así como, paso a paso, fase a fase, mediante la *teoría analítica de afirmación* se va demostrando que, por ejemplo, un hecho físico (una muerte, una sustracción de bien económico, una concertación de precios, etc.) va adquiriendo jurídicamente naturaleza delictiva y tornando responsable personalmente a su autor (o autores), así también, de ese modo, la *teoría analítica negativa* permite ir descartando la existencia del delito.

En efecto, a nivel de tipicidad, antijuricidad o culpabilidad existe una serie de causales o factores que atacan y eliminan la relevancia penal del hecho. Así, si a nivel de tipicidad se comprueba que falta alguno de los elementos exigidos por el tipo penal ⁽¹²⁴⁾ ya no se podrá

⁽¹²⁴⁾ Los tipos penales son las construcciones normativas que contienen comportamientos prohibidos o exigidos por el derecho penal, los mismos que son amenazados con la imposición de penas. Se crean de esta manera los delitos y faltas a nivel de redacción típica. En nuestro Código penal se hallan ubicados a partir del artículo 106 hasta el 452, así como igualmente están esparcidos en leyes especiales (ley antiterrorista, ley penal tributaria, ley penal aduanera, ley de lavado de activos, etc.).

avanzar en los siguientes niveles, pues el hecho será irrelevante para el derecho penal. Igualmente, cuando siendo típico el hecho denunciado, es decir, ajustado a lo exigido en el tipo penal, si el mismo fue cometido bajo el amparo o permiso de las causales que estipula el art. 20 (incisos 3, 4, 8, 9 y 10), dicho suceso dejará de ser antijurídico para tornarse permitido por el derecho. Se estará así atacando la naturaleza delictiva del hecho típico, imposibilitando pasar a la siguiente fase, es decir, la culpabilidad. Finalmente, cuando el hecho típico y antijurídico (el injusto penal) es cometido por un enfermo mental, o en circunstancias de error de prohibición invencible o de inexigibilidad de conducta conforme a derecho, estaremos por igual atacando la naturaleza delictiva del hecho antijurídico, no pudiendo hablarse ya de culpabilidad ni de responsabilidad delictiva.

1. Importancia

Es cierto que muy poco se ha hecho por desarrollar teóricamente las fases negativas del delito, no obstante que éstas en la práctica se suceden con innegable frecuencia. Y ello resulta explicable por cuanto el derecho penal ha sido visto comúnmente como un mecanismo político represivo y porque ha primado (y aún prima) en los jueces penales una cultura orientada a castigar, más que a analizar con espíritu dialéctico y sereno circunstancias y matices. Ha sido necesario el vigoroso despliegue de la teoría de los derechos humanos y la difusión de los conceptos humanistas-rationales de la dogmática penal para contrapesar el *ius punendi* estatal a modo de tornar razonables los paradigmas y modelos político-criminales asumidos por el Estado.

Un Estado que se proclame de Derecho no puede mirar tan sólo una parte de la realidad y la problemática penal (la afirmación del delito y la responsabilidad), ni tampoco guardar silencio y mostrar inactividad desde el poder cuando se conoce que el delito no podrá ser afirmado, al carecer de consistencia en uno u otro nivel. Todavía peor es denunciar o acusar por simples ritualismos o temores reverenciales, convirtiéndose de este modo los operadores del derecho en agentes de manipulación perversa del derecho penal.

La afirmación de la democracia plantea —a nivel jurídico-penal— una actitud digna y responsable tanto a nivel de formación teórica

como de análisis meditado de las causas por parte de fiscales y jueces. En tal sentido la teoría de las fases negativas del delito resulta idónea y adecuada para afirmar la racionalidad del derecho penal y lograr resoluciones justas y más humanas. Se puede resumir –no siendo posible extenderse sobre ello en este texto– en los siguientes puntos la importancia de la teoría de las fases negativas del delito o teoría analítica de negación:

- a. Humaniza la política penal del Estado.
- b. Racionaliza la aplicación del derecho penal a los casos conflictivos.
- c. Democratiza el ejercicio del derecho penal al contrapesar la afirmación del delito.
- d. Evita los innecesarios excesos y maximalismos represivos de los magistrados penales.
- e. Permite legitimar cognoscitiva y funcionalmente el derecho penal.

Las fases negativas del delito, en correspondencia a las fases de afirmación, son las siguientes: atipicidad, causas de justificación, causas de inculpabilidad y de exculpación. En el análisis de los delitos especiales desarrollaremos este esquema en su doble aspecto, tanto positivo como negativo.

2. Falta de tipicidad o atipicidad

Son factores o causas que cortan de raíz la relevancia penal del hecho los siguientes:

- a. *La ausencia de alguno de los elementos objetivos del tipo, aunque concurren otros.* Es el caso, por ejemplo, de un sujeto activo –es decir, a quien se le atribuye el hecho– que en un delito especial no es funcionario o servidor público o aún no ejerce funciones públicas; o cuando el comportamiento (conducta) denunciado no es el contemplado por la figura penal o falta (en el caso del art. 395); también lo es la ausencia del elemento subjetivo «a sabiendas» (arts. 395, 418). El hecho imputado es atípico, igualmente, en el caso del art. 380 cuando no existe

daño en el servicio o, en el caso del desacato (descriminalizado por Ley N° 27975 del 29/5/03) cuando la injuria se produce al margen del ejercicio funcional del funcionario afectado (art. 374 derogado).

- b. *Existencia de culpa.* En los delitos dolosos cuando el hecho ha sido cometido culposamente (culpa consciente o inconsciente), por negligencia, imprudencia o impericia, será irrelevante penalmente (con excepción del peculado culposo y del comportamiento establecido en el art. 376, segundo párrafo); a lo sumo, de determinarlo así la vía administrativa, merecerá sanción disciplinaria.
- c. *Falta de dolo por error de tipo.* El error de tipo invencible (insuperable) y vencible (superable) excluye la tipicidad del hecho imputado delictivo (art. 14). Se presenta este error cuando el sujeto activo desconoce que actúa lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico tutelado, o lo hace poseyendo una incorrecta o falsa apreciación de algún elemento del tipo penal. El error vencible permite afirmar tipicidad por delito siempre y cuando exista un equivalente culposo para el delito doloso, al no existir dicho equivalente tiene el mismo efecto que el error de tipo invencible. Ejemplo, la persona con título que ejerce profesión desconociendo que le falta uno de los requisitos legales requeridos.
- d. *Ausencia de acción.* La acción o «conducta» es el elemento principal del tipo penal, de forma que si no se ha realizado, es decir, si el hecho es producto de fuerzas humanamente irresistibles, implicará que no ha existido acción voluntaria y cognoscitivamente asumida. Es un ejemplo ideal el caso de inconcurrencia al cargo por desastres naturales, secuestros, etc.

Los efectos jurídicos de la atipicidad hacen inexistente el delito. Carece ya de sentido proseguir en el análisis de las demás fases. El Fiscal debe archivar definitivamente el proceso o en su defecto el Juez declarar un *no ha lugar* al apertorio. En caso de existir dudas en el Juez y el proceso penal sigue, el defensor debe formular una excepción de naturaleza de acción. Una vez absueltas estas dudas deberá ordenarse el sobreseimiento del caso o, en definitiva, declararse la total inocencia del imputado por la inexistencia del delito.

3. Causas de justificación de la antijuricidad

La ley ha contemplado taxativamente las siguientes causas o permisos legales para actuar y que hacen ajustada a derecho o permitida la acción típica. Por lo tanto, no existirá delito en las siguientes situaciones aplicadas a los delitos contra la administración pública:

- a. **Legítima defensa.** Por lo general esta causa de justificación es de muy rara concurrencia en los delitos contra la administración pública y aplicable sólo a los particulares que delinquen contra la administración pública. La razón es obvia, por lo general se trata de bienes jurídicos personales los que se protegen con la legítima defensa.
El art. 365 (coacción o atentado contra autoridad) permite la posibilidad de hacer justificada la legítima defensa de los particulares, siempre y cuando concurren los requisitos exigidos en el inciso 3 del artículo 20.
- b. **Estado de necesidad justificante** (inciso 4 del art. 20). Es esta una de las causales más frecuentes que permite hacer del comportamiento que se adecua a un tipo penal un hecho justificado para el Derecho. Es decir, el ordenamiento jurídico (el Derecho en cuanto sistema jurídico, no tan sólo el derecho penal) le concede al agente la prerrogativa de lesionar bienes jurídicos de menor valor que el que defiende siempre que se halle en una situación de *estado de necesidad*. Dicho estado es una situación especial excepcional caracterizado por la existencia real y actual de un peligro que amenaza bienes valiosos para el Derecho en la persona del afectado (vida, integridad corporal, libertad u otros). Peligro que deberá adquirir tal magnitud que no pueda ser removido o superado de otro modo. De ahí entonces el permiso legal que el sistema jurídico otorga a quien se halle en tal situación para actuar lesionando bienes jurídicos de menor valía. Se trata así de un estado de ponderación de bienes que toma como referentes prioritarios a los señalados en el inciso 4 del artículo 20 del Código penal peruano. Debe entenderse que las extralimitaciones producidas en la defensa del bien jurídico no quedan amparadas por el derecho, respondiendo el agente por el exceso.

Son numerosos los casos de hechos típicos cometidos por funcionarios y/o servidores justificados por el Derecho: uso de vehículos oficiales para salvar vidas; destinar fondos desviándolo de su cometido oficial para evitar (o paliar) desgracias naturales inminentes, abandono del cargo ante peligro real de muerte (con excepciones para los militares obligados), etc.

En cuanto a los agentes públicos, la causal de estado de necesidad justificante mantiene su vigencia –no obstante algunas posiciones doctrinarias que en sentido contrario aducen que a los funcionarios públicos no les asiste tal permiso para obrar antijurídicamente–, por cuanto en determinadas situaciones de peligro provocadas por su inercia, imprudencia o descuido, no podrá invocarse que están obligados a soportar el peligro, máxime si éste repercutirá negativamente por la naturaleza social de la función o servicio público en otras personas o bienes.

En el caso de los particulares que provocan situaciones de inminente peligro, generalmente es opinión doctrinaria mayoritaria que no podrán invocar estado de necesidad justificante. Sin embargo, la realidad de los casos concretos mostrará los alcances de tal opinión.

Cabe perfectamente encontrar causas de justificación por estado de necesidad en los hechos típicos de particulares que lesionan o ponen en peligro la administración pública (ostentar insignias o distintivos para establecer el orden, sustraer objetos requisados por la autoridad para salvarlos de la destrucción, etc.).

- c. **Obrar por disposición de la ley** (inciso 8 del art. 20). Obra por disposición legal quien se limita a ejecutar o aplicar lo ordenado en los dispositivos legales o reglamentarios, no obstante que con ello esté lesionando bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, es decir, incurriendo en tipicidad penal. El funcionario o servidor (y también el particular) que actúan amparados por esta causal, no cometen un ilícito penal. Se supone que la ley cautela valores de interés general y de observancia obligatoria. Si el funcionario actúa por imperio de la ley es obvio que sus actos, si son de cumplimiento obligatorio, no le podrán ser imputados en grado de ilicitud penal.

Por lo común esta causal no es contemplada específicamente por otras legislaciones penales.

- d. *En cumplimiento de un deber* (inciso 8 del art. 20). Quien actúa (funcionario, servidor o particular) en cumplimiento de un deber jurídico o profesional dentro de los límites que fija el ordenamiento jurídico nacional, en caso de lesionar bienes jurídicos tutelados, no comete un ilícito penal, pues su hecho estará justificado por el derecho. Naturalmente que esta causal no ampara el abuso o la arbitrariedad de los agentes públicos o particulares que ejecutan actos en cumplimiento del deber. V. gr.: el testigo que es llamado a deponer y sus expresiones necesarias lesionan el honor o la reputación de un tercero. Pensemos también en el policía o el funcionario que debe revelar ante el Juez detalles comprometedores para su institución, que le son requeridos en virtud a su deber de garante para con la sociedad; se produce entonces una colisión de deberes (de callar o de declarar, en tal ejemplo), de la que sale priorizado el cumplimiento del deber. De no existir colisión de deberes no podrá hablarse de esta causal para justificar hechos típicos.

El deber se entiende como el «tener que», o la obligación existente para *hacer o no hacer* algo, y esta obligación puede provenir de regulaciones jurídicas, de las atribuciones propias e inherentes a la función, profesión o empleo, o puede nacer igualmente de deberes sociales de solidaridad. Aquí el secreto profesional es uno de los límites a la colisión de deberes.

- e. *En ejercicio legítimo de un derecho, cargo o empleo* (inciso 8 del art. 20). Al igual que en los casos anteriores deberá existir o producirse con el ejercicio del derecho, cargo o empleo una lesión a un bien jurídico distinto del que está implícito en el acto del ejercicio, resultando así este último priorizado legal o jurídicamente. Es decir, tiene que haber un hecho típico ocasionado con dicho ejercicio y cuya antijuricidad resulta autorizada o justificada por el Derecho.

El ejercicio legítimo de un derecho que no implique lesión o puesta de peligro de un bien jurídico obviamente que es irrelevante, pues se tratará de una acción social y jurídicamente ajustada a derecho. Por lo mismo, para configurar esta causal de

justificación se requiere que se produzca sobre bienes o derechos ajenos o litigiosos. Sólo dentro de este contexto es concebible este acto justificado del particular o agente público. V. gr.: el caso del funcionario que en ejercicio de su derecho requiere el auxilio de la fuerza policial para ejecutar sentencias o mandatos judiciales que contienen lesiones a bienes jurídicos de terceros; el derecho a la defensa que vulnera la intimidad o la reputación; o el derecho de retención del que goza quien detenta la cosa si es que no se cumplen determinados presupuestos. También el uso reglamentario de las armas de fuego por la policía, etc. En todos estos ejemplos pueden producirse hechos típicos y antijurídicos pero que resultan justificados por el derecho, no así los excesos o actos cometidos al margen de la justificación jurídica.

Los términos «cargo» o «empleo» se entienden en sentido restrictivo para comprender a lo público (cargos públicos, empleos públicos o a ciertos cargos o empleos particulares reconocidos oficialmente).

Concluyendo en este punto, las lesiones, coerciones, restricciones o agravios producidos a bienes jurídicos de terceros, en el contexto del ejercicio legítimo del cargo o empleo resultarán permitidos o justificados por el derecho.

- f. *La obediencia jerárquica* (inciso 9 del art. 20) es el obrar por orden obligatoria de autoridad competente expedida en el ejercicio de sus funciones.

Rige la obediencia jerárquica en los diversos niveles de la administración estatal en sentido amplio. La obediencia jerárquica en el ámbito militar tiene una naturaleza disciplinaria, es decir, institucional ⁽¹²⁵⁾. Cabe la legítima defensa del afectado contra órdenes antijurídicas.

- Esta causal presupone relación de subordinación y dependencia entre los agentes públicos, siendo más estricta en el orden

(125) Pese a lo cual, en el derecho penal militar comparado resulta inaceptable alegar obediencia jerárquica de órdenes antijurídicas, si es que ellas implican ejecución de actos manifiestamente contrarios a las leyes o usos de la guerra o constituyan delito (art. 21 del Código Penal Militar español de 1985 vigente).

militar que en el civil. Dicha causal se refiere a órdenes antijurídicas que «deben» ser obedecidas, pues si la orden es jurídica, es decir, lícita, y en ese contexto se lesiona bienes jurídicos, regirá para quien la cumple la causal del cumplimiento del deber. El desobedecer la orden obligatoria (antijuricidad formal) implicaría incurrir en la tipicidad del art. 368 del Código penal. De todos modos se produce un evidente conflicto entre quien sabe que se trata de órdenes antijurídicas (es decir, contra las leyes del sistema jurídico nacional) que debe obedecer y su conciencia que se resiste a dar cumplimiento a las mismas. La obediencia jerárquica es una categorización cada vez más discutible, tanto en su naturaleza jurídica-conceptual como en cuanto su ubicación analítica en la teoría negativa del delito.

- Existen pautas establecidas a nivel de jurisprudencia y doctrina para racionalizar y hacer válida jurídicamente la obediencia jerárquica como causal de justificación del hecho ilícito, de forma tal que no se convierta en obediencia ciega, de por sí inaceptable y sin poder de justificación.
 - El deber de obedecer órdenes antijurídicas tiene límites; quien actúa dentro de esos límites lo hace justificadamente, quien los rebasa no podrá invocar esta causal.
 - La Constitución y la ley se encuentran por encima del mandato de autoridad o del contenido del reglamento.
 - La orden deberá ser actuada en el contexto de las relaciones regulares entre el superior que ordena y el subordinado que cumple (efecto vinculante).
 - La orden deberá hallarse formalizada y ser expresa.
 - El subordinado que cumple debe ser competente en razón a la función o empleo.
 - Existe un deber ético discrecional de examinar la orden y de resistirla incluso si es evidente su antijuricidad o implica la comisión de delito.
- g. El *consentimiento* (inciso 10 del artículo 20), es decir, actuar con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre

disposición. Consentir es aceptar de modo expreso o presunto que se afecte a un bien jurídico propio. Para que esto tenga efectos de justificación el titular del bien debe estar en capacidad de consentir. Por lo mismo, no todos los bienes jurídicos que tutela el derecho penal son disponibles, es decir, a libre determinación o decisión del titular como para permitir sean lesionados. Bienes como la integridad física (piénsese en las ligaduras de trompas o en la vasectomía, trasplante de órganos, lesiones deportivas, etc.), la libertad (en alguna de sus manifestaciones: enclaustramientos sacerdotales, encierros militares y policiales), la propiedad (los hurtos consentidos), el honor (injurias, difamaciones toleradas) y otros, permiten al titular de los mismos la libre disposición con menor o mayor permisividad según sea la orientación político-criminal del Estado y la idea de persona y de dignidad personal que el colectivo social posea. Existen en cambio otros bienes jurídicos que no son disponibles: la vida, la seguridad nacional, el medio ambiente, la asistencia familiar de los menores, etc. Por lo general se reputan *bienes disponibles* los de naturaleza personal o personalísima, y *no disponibles* los bienes jurídicos colectivos y estatales.

A nivel de la doctrina se han establecido algunos requisitos para darle eficacia al consentimiento, que son complementarios a los formulados legalmente: a) capacidad del sujeto pasivo o titular del bien para comprender la significación de su consentimiento; b) el consentimiento debe ser anterior a la acción; c) no presencia de error o amenaza para su formulación; d) que el ordenamiento jurídico reconozca a una persona dicha facultad para disponer determinados bienes jurídicos propios.

El bien jurídico «administración pública» —el mismo que comprende una serie de intereses y valores— es un bien no disponible, es decir, no es de libre decisión o determinación por el agente público, no es intercambiable ni por acuerdo o consentimiento del funcionario. Las relativas ocasiones en las que el Estado admite ser lesionado, principalmente en aspectos patrimoniales, no se conducen por la causal del *consentimiento*, sino del *estado de necesidad* que, como hemos visto, es otro de los permisos o autorizaciones que justifican la conducta antijurídica del agente.

4. Causas de inculpabilidad

De darse alguna de estas causales, el injusto penal quedará trunco, no pudiendo el Estado (el Juez) formular el juicio de reproche o culpabilidad. Por lo tanto, no existirá delito no obstante que el hecho sea típico y antijurídico cuando se presente:

- a. **El estado de inimputabilidad.** Este estado puede darse por minoría de edad (-18 años), por anomalía síquica (psicosis, esquizofrenia, paranoias, demencias seniles, etc.), por grave alteración de la conciencia (emoción violenta excusante, *delirium tremens*, estados paroxísticos invencibles) o por alteraciones en la percepción (alucinaciones visuales o auditivas desvinculadas de cuadros clínicos psicóticos o paranoicos). Se trata de situaciones anormales que tornan inculpable los hechos del agente, porque éste actúa sin facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto.
- b. **El error de prohibición.** Se produce esta variedad de error cuando los actos del sujeto activo se producen en el conocimiento de que son lícitos sin serlos (el autor no conoce la antijuricidad de su acción u omisión, es decir, que se halla prohibida por la ley penal). La fuente generadora de tal error puede surgir del hecho que el sujeto desconozca la norma prohibitiva o que conociéndola la considere sin vigencia o aún vigente no estándolo ya; también puede provenir de una interpretación equivocada de la norma o de equivocación sobre la existencia de una causal justificante de la antijuricidad del hecho que autorice la acción. De comprobarse la existencia de este error (que tiene que ser insuperable por medios normales) no habrá responsabilidad penal. Así, el funcionario que sigue en el ejercicio del cargo con desconocimiento de que ha sido cesado o destituido actúa en error de prohibición.
- c. **La inexigibilidad del comportamiento conforme a derecho.** Las regulaciones del derecho penal sobre los comportamientos humanos se basan en criterios de posibilidad física y de exigibilidad normativa. En efecto, el derecho penal está hecho para seres normales que actúan con un mínimo de racionalidad que les permita ajustar sus conductas a lo regulado jurídicamente. En tal sentido no se les podrá requerir que actúen heroicamente o hagan lo

imposible para ajustar a derecho sus actos, por cuanto los niveles de exigencia son generales y mínimos, que pueden ser cumplidos por cualquier persona en circunstancias objetivas y subjetivas promedio. Claro que en el caso de funcionarios públicos y otros sujetos que cumplen un deber de garante el sacrificio que se les pide es mayor.

La culpabilidad como juicio de reproche formulada por el Estado al sujeto activo se fundamenta en el hecho que el comportamiento ajustado o conforme a derecho (es decir, acatando lo dispuesto en la norma jurídica) y que se le exige a todo ciudadano sea posible en el contexto en que se produce y que obviamente dicho ciudadano esté en capacidad de motivarse conforme a derecho (que no sea un inimputable o que no se halle bajo coacción imposible de vencer). Si el agente tuvo posibilidad de actuar conforme a derecho y pese a ello no lo hizo optando por infringir la norma penal, entonces -y sólo entonces- será válido el reproche penal de culpabilidad.

No será exigible un comportamiento conforme a derecho en situaciones extremas de **miedo insuperable** de un mal igual o mayor (art. 20, inciso 7) o en situación de **fuerza física irresistible** proveniente de tercero (compulsión). Este miedo insuperable se entiende en función a las circunstancias concretas y condiciones particulares del agente. Pensemos en el caso del funcionario que hace abandono del cargo ante el temor que el arma que le apunta termine con su vida o el caso del poblador que bajo amenaza de muerte da alojamiento a terroristas, etc. En ambos casos el sujeto activo ha realizado un hecho antijurídico que no es culpable.

Igualmente no será exigible un comportamiento conforme a derecho cuando el sujeto actúe en estado de necesidad exculpante (llamado también disculpante).

- d. **El estado de necesidad exculpante.** A diferencia del estado de necesidad justificante que elimina la antijuricidad del hecho ilícito, aquí nos encontramos ante una causal que elimina la culpabilidad, pues el hecho es ya antijurídico.

Lo característico de esta causal de exculpación -que es un caso especial de inexigibilidad que se halla contemplada normativamente en el artículo 20 inciso 5- es que el hecho ilícito

penal (típico y antijurídico) debe circunscribirse a lesionar determinados bienes de igual valía que los que se protege (en el estado de necesidad justificante –art. 20 inciso 4– el bien jurídico que se afecta es de menor valor). El Código ha mencionado taxativamente tres bienes jurídicos cuya protección-vulneración permitirán hablar de esta causal: la vida, integridad corporal y la libertad. Otra diferencia con el estado de necesidad justificante es que éste permite actuar para proteger bienes jurídicos diversos de otras personas, no sólo los propios o de muy allegados como en el caso del estado de necesidad exculpante.

En definitiva, como ya el lector habrá advertido, esta causal no podrá ser invocada para eximir de culpabilidad en los delitos cometidos contra la administración pública, pues este bien jurídico no ingresa a la esfera de inclusión normativa hecha por el Código penal en el citado inciso 4 del art. 20.

VIII. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Los tipos penales contenidos en los artículos 361 al 400 han sido contruidos en base al modelo de delito consumado. En otras palabras los delitos representados a nivel típico se reputan consumados para efectos de la sanción correspondiente⁽¹²⁶⁾. Ya sea que dicha consumación implique un resultado material o una simple actividad o inactividad (desobediencia). En tal sentido las penas conminadas en cada artículo se aplican al delito consumado, no a sus fases imperfectas de tentativa. Esta última tiene su propio régimen punitivo señalado en el art. 16 del Código Penal.

La tentativa comprende en lo fundamental tres modalidades: a) la inacabada, b) la acabada o delito frustrado, y c) el desistimiento, según que los actos practicados para consumir o perfeccionar el delito no hayan terminado, hayan concluido pero no produzcan por cau-

⁽¹²⁶⁾ Que un delito se encuentre consumado quiere decir que en el supuesto de hecho denunciado se han reunido todos los componentes (elementos descriptivos, normativos y subjetivos) requeridos por el tipo penal. De faltar uno de ellos, existirá atipicidad. La consumación sólo se produce a nivel típico.

sas diversas consumación del delito o no habiendo terminado produzcan voluntariamente en el sujeto activo un apartamiento de la prosecución de sus actos de ilicitud penal, siempre y cuando en este último caso no se haya lesionado o puesto en peligro otros bienes jurídicos protegidos. La importancia de esta clasificación para el caso de la tentativa inacabada radica en la circunstancia que la pena a aplicar será rebajada o exceptuada en el caso del desistimiento voluntario⁽¹²⁷⁾.

Es un tema arduo, por la construcción mayoritaria de los delitos en estudio en base a tipos formales, el encontrar niveles de tentativa en cada uno de ellos. En todo caso rige la regla general de que es posible la tentativa en todas las figuras penales que ofrezcan una progresión de actos tempo-espaciales en los actos ejecutivos del delito.

IX. CONCURSO DE DELITOS

Pueden producirse a través del comportamiento del sujeto activo situaciones que afecten a dos o más tipos penales. Así, el que ostentando públicamente distintivos de un cargo o función falsificados obligue a una autoridad, funcionario o servidor público a practicar un determinado acto funcional. Estaremos aquí ante la figura del *concurso ideal de delitos*, es decir, aquella situación jurídica especial en la que un mismo comportamiento imputable al mismo sujeto en unidad de tiempo y espacio vulnera varios tipos penales, produciéndose entonces un concurso de leyes que le serán aplicables al infractor (para el caso tomado como ejemplo, los arts. 362, 365 y el 427, segundo párrafo).

Una segunda posibilidad es que el sujeto cometa distintamente en momentos separados diferentes delitos. Así, en el mismo caso, el que usurpa función pública (art. 361), destruye registros destinados a servir de prueba (art. 372), desobedezca o resista la orden de autoridad (art. 368) o cause desorden en la sala de sesiones municipales (art. 375). Estamos aquí ante lo que se denomina *concurso real de delitos*, es decir, diferentes comportamientos que afectan diversos tipos penales. Puede ocurrir también que un funcionario público cometa peculado (art. 387), daños (art. 205) y estafa (art. 196), situa-

⁽¹²⁷⁾ Al respecto puede revisarse: ROJAS VARGAS, Fidel, *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, Lima, Grijley, 1997, pp. 306 y ss., 410 y ss.

ción en la que igualmente habrá concurso real de delitos. La pena a aplicar, tanto en el caso del concurso ideal y real, será la del delito más grave, debiéndose en el segundo caso tomarse en cuenta el resto de penas fijadas en las figuras penales que concursan a efectos de aplicar sanciones accesorias.

X. CONSECUENCIAS JURÍDICAS

El sistema de sanciones penales para los particulares que delinquen afectando el bien jurídico «administración pública» utiliza: **a)** *penas conjuntas*: privativa de libertad e inhabilitación (arts. 361, 364, 369, 371 segundo párrafo); **b)** *penas alternativas*: privación de libertad o prestación de servicios comunitarios (arts. 362, 370, 371, 372 segundo párrafo, 375); o **c)** *pena única* (arts. 363, 365, 366, 367, 368, 373). El nivel b) de penas es el aplicable a los hechos delictuosos de menor gravedad.

En lo concerniente a los delitos especiales, es decir, los cometidos por funcionarios y servidores públicos contra la administración pública, se hace uso de cuatro clases específicas de pena: **a)** privativa de libertad para todas las figuras penales, con excepción de la figura del art. 381; **b)** multa (arts. 377, 381); **c)** prestación de servicios comunitarios de modo alternativo con la privativa de libertad (arts. 385, 387 tercer párrafo); y **d)** inhabilitación.

La aplicación de la pena difiere en los delitos especiales en relación a los cometidos por particulares, por cuanto los primeros son castigados de modo imperativo con inhabilitación como pena accesoria (art. 39 del CP) además de la sanción principal. De tal modo que las clases de pena a), b) y c) siempre llevarán inhabilitación. Acertadamente la reforma practicada al Código Penal por Ley N° 28355 ha derogado las inhabilitaciones a título de «muerte civil» que se aplicaban al Abogado (profesional particular que ejerce un servicio de necesidad pública) incurso en los delitos de cohecho activo y que se hallaban contempladas en el artículo 398 (que comprendía entre otros efectos la anulación de su inscripción en el libro de títulos de la Corte Superior de Justicia respectiva del Colegio de Abogados y la cancelación de su título de abogado).

Las *inhabilitaciones* –variedad de pena– aplicables a funcionario y servidor público se hallaban sujetas a tres regímenes establecidos

en el Código Penal ⁽¹²⁸⁾, hasta antes de la entrada en vigor de la Ley 28355, la misma que supuso restablecer la serenidad y el equilibrio en materia de inhabilitaciones por delitos de cohecho específico de alto injusto penal.

- a) Por un lado, rige la cláusula general de la inhabilitación accesoria del artículo 39 para todos los delitos cometidos por sujetos públicos que hayan supuesto infracción de deberes inherentes a la función pública y que no se hallen comprendidos bajo los alcances del artículo 426 del Código, lo cual será aplicable a la gran cantidad de delitos especiales propios e impropios difusos o dispersos a lo largo de los diferentes Títulos y Capítulos del Código Penal. Es consecuencia de este régimen accesorio de inhabilitación el que dicha pena sea igual en tiempo que la pena principal, es decir, la privativa de libertad.
- b) Por otro lado, tenemos la cláusula general especial de inhabilitación contenida en el artículo 426, por la cual los delitos previstos en los Capítulos II y III del Título XVIII del Código Penal (delitos contra la administración pública y contra la administración de justicia) serán pasibles de una pena de inhabilitación de 1 a 3 años de conformidad con las descripciones de los incisos 1 y 2 del artículo 36. Esto quiere decir que en los delitos especiales de función concentrados, tales como el peculado, enriquecimiento ilícito, peculado, prevaricato, etc., la pena de inhabilitación no seguirá la suerte de la pena principal conforme a la regla de la accesoriedad, lo que convierte a esta inhabilitación especial en una de carácter principal al establecerse taxativamente el mínimo y el máximo imponible, siendo su ámbito de irradiación comprensivo de los delitos contenidos en los capítulos ya indicados, asunto que le confiere su característica de generalidad especial.

El contenido de las inhabilitaciones para los funcionarios y servidores públicos, según el artículo 426, está referido a la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado

(128) Véase ROJAS VARGAS, Fidel, "Las inhabilitaciones especiales en el marco de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 45, junio, Lima, 2002.

aunque provenga de elección popular, y a la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. La aparente dificultad que se deriva de aplicar la pena de inhabilitación también a los particulares que lesionen el bien jurídico administración pública y mayoritariamente el bien jurídico administración de justicia –en la medida que el mensaje de la inhabilitación del artículo 426 es general– se soluciona al existir en el doble elenco de inhabilitaciones del artículo 36 el rubro de las incapacidades fácilmente imponibles a los particulares.

- c) En tercer lugar un régimen especial accesorio (por el mismo tiempo de la pena principal) de inhabilitaciones reservado para los delitos de cohecho pasivo específico (cometido por magistrado, arbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal administrativo o cualquier análogo, contemplado en el artículo 395 del Código Penal) y el delito de corrupción activa específica cometido por Abogado, regulado en el artículo 398-A y 398-B). En este régimen, el marco imponible de las inhabilitaciones comprende además de la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, la incapacidad para ejercer por sí o por tercero profesión, comercio, arte o industria, según disponga la sentencia, y una no consignada en la norma general de inhabilitación consistente en la suspensión de la colegiación respectiva. En el caso del artículo 398-A, la inhabilitación conminada en el artículo 398-B llega a abarcar ya no sólo la cancelación de la colegiación, en este caso del Abogado, sino que va más allá hasta ordenar la cancelación del título profesional por la Universidad que lo otorgó en el plazo perentorio de 8 días. Como es fácil advertir, este tercer régimen, sobre todo con relación a lo regulado en el artículo 398-B, contraviene el principio de legalidad y se sale de toda pauta de proporcionalidad y racionalidad en la respuesta punitiva, para colisionar radicalmente con principios constitucionales y con los fines mismos del derecho penal ⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁹⁾ Véase *infra*, p. 769 y ss., una crítica al abuso de poder y a la arbitrariedad del legislador peruano al establecer dicha ilegal inhabilitación.

Este tercer régimen ha sido erradicado del Código Penal por la Ley 28355 del 6/10/04, dado que los artículos 395 y 398 en su nueva redacción ya no contemplan dicho marco de inhabilitaciones.

Son *consecuencias accesorias* del delito, focalizadas principalmente en los delitos de corrupción, el decomiso y la pérdida de los efectos provenientes de la infracción penal, lo que se especifica más con lo dispuesto por el artículo 401-B que señala para el enriquecimiento ilícito que los bienes decomisados e incautados serán puestos a disposición del Ministerio de Justicia para uso oficial del Poder Judicial o del Ministerio Público. En caso de dictarse sentencia condenatoria, dichos bienes serán adjudicados al Estado, y los que no sirvan para tal fin serán vendidos en subasta pública; de ser absolutorio el fallo, los bienes serán devueltos.

XI. PRESCRIPCIÓN

El Código penal peruano hace uso de un sistema doble de prescripción de la acción penal (o acabamiento para el Estado de su facultad de perseguir el delito). Si la acción penal aún no se ha iniciado rige la *prescripción ordinaria* (art. 80), es decir, prescribe el derecho del Estado a perseguir y sancionar el delito en el mismo término de tiempo fijado en la pena máxima conminada para el delito. En cambio si existe ya proceso penal, la acción prescribe en un término que se establece tomando la pena máxima para el delito incrementado en un 50%; tal es la llamada *prescripción extraordinaria* (art. 83, último párrafo). Igual sistema es aplicable a la prescripción de la pena, contada a partir del día en que la sentencia condenatoria quedó firme, es decir, consentida y/o ejecutoriada.

Lo señalado en el párrafo anterior rige para la pena privativa de libertad. Las otras clases de pena (la multa, inhabilitación y la prestación de servicios a la comunidad) prescriben a los 3 años (art. 80, quinto párrafo). Por lo común en este tema se presentan algunos problemas de interpretación que deberán ser resueltos vía análisis-integración de las normas penales y los principios del derecho orientadores del sistema penal peruano. Por sólo tomar un caso: el artículo 377 (delito de incumplimiento de obligación) tiene fijado un sistema de penas que contiene privación de libertad no mayor de 2 años y pena de multa,

ambas principales, y que se aplicarán al infractor conjuntamente. Aquí se produce, en lo que a prescripción de la acción penal se refiere, una situación peculiar, la pena privativa prescribe a los 2 años (prescripción ordinaria) y la multa a los 3 años.

Señala el art. 80 del Código penal que en caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno; en el caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.

Existen dos circunstancias especiales que alteran sensiblemente los plazos de prescripción de la acción penal: **a) La prescripción atenuada**, si el autor tiene menos de 21 años o es mayor de 65 años, el plazo se reduce a la mitad (art. 81); y **b) Prescripción agravada**, si el delito cometido por funcionarios o servidores públicos es contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica, pero nunca será mayor de 20 años (art. 80, sexto y cuarto párrafo). Tal duplicación se entiende que opera en los delitos que lesionan el patrimonio del Estado (peculado, malversación de fondos, colusión defraudatoria y otros) e imputables a los funcionarios o servidores públicos; es decir delitos que protegen en tanto bien jurídico específico los intereses patrimoniales de la Administración Pública, y en cuya comisión u omisión han intervenido dichos sujetos públicos. Quedan fuera de dicho contexto otros delitos que afectando el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por él no suponen autoría – coautoría sustentada en la infracción de deberes especiales (delitos tributarios, aduaneros, hurtos o estafas contra el Estado, etc.). Igualmente la norma de agravación no alcanza a los restantes delitos de infracción de deber que lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico administración pública no comprometen intereses patrimoniales en tanto objetos jurídicos específicos de tutela.

La tendencia que se registra en el discurso de la lucha anticorrupción y que se aprecia en el texto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es a un endurecimiento de los plazos de la prescripción, en el sentido de regular términos amplios. Al respecto el artículo 29 de dicha carta internacional señala que «Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cuales-

quiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia».

XII. LA JURISPRUDENCIA PERUANA

El vocablo *jurisprudencia* mantiene en la actualidad diversos usos lingüísticos que considero necesario exponer, antes de efectuar un ligero comentario sobre la jurisprudencia peruana. Así, una de sus primeras acepciones es la de *ciencia del derecho*, significación de origen romanista que no obstante haber caído en desuso ante su evidente falta de rigurosidad, se sigue utilizando en el derecho europeo. El término *jurisprudencia* también es empleado inadecuadamente como sinónimo de *ejecutorias supremas* y/o de las resoluciones sustanciales de los tribunales. Finalmente es considerada como línea de orientación doctrinaria realizada por los jueces de un país determinado.

Es la última de las acepciones señaladas la que ha ganado consenso en los círculos doctrinarios y en la comunidad científico-jurídica. De tal forma que la jurisprudencia estudiada en sus dos contenidos semánticos contemporáneos básicos, como expresión creadora de derecho surgido de la praxis jurídica y como construcciones teóricas uniformes y sistemáticas que guían, ya de modo obligatorio (vinculante) o sugerido (observante), la labor práctica de los jueces es el paradigma dominante en el derecho anglosajón y norteamericano, y que se va imponiendo en el derecho romanista-germano europeo continental (Alemania, Italia, Francia, Suiza, España, etc.), del cual somos tributarios los países latinos en materia de derecho positivo y doctrinario.

Es usual, a veces, identificar el concepto *ejecutoria* con el de *jurisprudencia*, lo cual es incorrecto pues si bien ambos tienen relaciones evidentes, no se confunden entre sí. *Ejecutoria* es la decisión última en materia jurídico-práctica que da el órgano jurisdiccional (en nuestro país, la Corte Suprema de la República) o la que dan los tribunales o salas jurisdiccionales (salas penales, civiles, constitucionales, laborales, etc.) cuando resuelven en última instancia. Así, se puede decir correctamente: «la Ejecutoria Suprema civil de fecha...», o «la Ejecutoria Superior penal de fecha...» La ejecutoria tiene así un contenido material, concreto, objetivable. La jurisprudencia, en cambio, en

cuanto línea doctrinaria de orientación, es elaboración intelectual judicial que se halla en un conjunto de ejecutorias que han sentado homogéneamente la posición doctrinaria del órgano jurisdiccional (o judicial) sobre un tema o aspecto de la realidad jurídica. Las ejecutorias son las piezas jurídicas que van a contener (aunque ello no va a ser siempre así) la orientación jurisprudencial, la misma que puede variar o ser mejorada ulteriormente. En suma, *ejecutoria* es el documento que decide en última instancia, en tanto que la *jurisprudencia* es el contenido orientador y doctrinario que está presente en un grupo homogéneo de ejecutorias.

Ya en el terreno de lo nuestro, la jurisprudencia peruana es aún larvaria e incipiente. No se puede hablar, en propiedad, de jurisprudencia nacional en materia penal que adquiera el estatus de doctrina judicial. La Corte Suprema, pese a los esfuerzos mostrados en estos últimos tiempos, en los que se ha publicado (fines del 2004 y durante el 2005) un determinado número de Ejecutorias argumentadas que han sido declaradas obligatorias o vinculantes en sus extremos expresamente indicados, aún no ha asumido hasta ahora de modo integral y continuado su función de cohesión doctrinaria orientadora de la pragmática judicial. Las razones son de orden múltiple y no es éste el lugar adecuado para enunciarlas. De las ejecutorias anexadas al presente trabajo, el lector podrá advertir las insuficiencias de la jurisprudencia penal, no obstante que dichas ejecutorias son el resultado de un proceso de selección de un universo de resoluciones por demás anodinas y ritualistas. Cabe señalar, para no pecar de injustos, que las ejecutorias penales supremas observan un plausible nivel de mejoramiento en los últimos años.

UNIDAD III: DERECHO PENAL ESPECIAL

- **Tratamiento de las relaciones sexuales con menores de 14 a 18 años de edad. INDEMNIDAD SEXUAL. SALAS ARENAS Jorge Luis. Editorial Jurídica Idemsa. Lima Agosto 2013. Pág. 15 - 73**

1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La protección penal de lo relativo a la sexualidad respecto a las niñas (os) y adolescentes representa un problema complejo que ha sido tratado en el ámbito legislativo de modo poco técnico en el Perú.

Avances y retrocesos han marcado el proceder parlamentario en afán de cautelar a aquel sector especialmente vulnerable contra los abusos de las personas que se aprovechan de la inexperiencia, la indefensión, la posición de poder familiar, fáctico, etc, para someter a sus instintos a niñas, niños, o adolescentes.

Todo ser humano tiene una esfera de actividad personal protegida contra las injerencias de los poderes exteriores, en particular del poder estatal⁽¹⁾. Por ello las restricciones a la libertad deben sustentarse en disposiciones legales preexistentes a la realización del comportamiento que da lugar a la intervención penal. Además, supone que al otorgarles un sentido y establecer los alcances de su aplicación, deben respetarse los principios y directivas tanto de la Constitución como de los Convenios y demás instrumentos Internacionales de los Derechos Humanos⁽²⁾.

Con gran frecuencia en nuestro país se tiene noticias de abusos sexuales que causan conmoción en la población, por la forma de proceder de quien los realiza, en especial cuando quien lo padece son las niñas, los niños o las y los adolescentes menores de 14 años, sea que se produzcan en la esfera intrafamiliar (como perpetradores padres, convivientes de sus padres, tíos, abuelos, hermanos, primos, etc.) o en la extrafamiliares (profesores, vecinos, tutores, y desde luego extraños).

⁽¹⁾ BERNAL PUJIDO, Carlos. *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Universidad Externado de Colombia, 2009. Pág. 133

⁽²⁾ HURTADO POZO José y PRADO SALDARRIAGA Víctor. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Editorial IDEMSA agosto 2011 Pág. 141.

En prevención y represión de dichas conductas, la ley dictada en representación de todos los peruanos debe operar como una herramienta que permita regular las conductas destinadas a la protección de las personas vulnerables cuyo ámbito de tutela se encuentra enfocado con el artículo 173 del Código Penal.

Ante tales eventos nefastos el legislador ha realizado modificaciones legislativas coyunturales consistentes en la creación de nuevos tipos penales, agravantes o incremento de penalidad; fenómeno denominado como parte del "derecho penal mediático", que en buena cuenta desnaturaliza los principios que el derecho penal ha establecido al calor de los vaivenes de la opinión colectiva y el impacto en el sentimiento de seguridad sin perder de vista posibles efectos electorales.

La persecución punitiva del Estado debe ser racional y eficiente; sancionar de forma proporcional la conducta delictiva.

La necesidad del aseguramiento y protección de la niñez, radica en su vulnerabilidad, dicho sector merece especial protección por constituir el futuro inmediato del país.

La responsabilidad en la educación de la niñez y adolescencia se extiende más allá de los marcos escolares y los establecidos para las formas de convivencia, así como de lo jurídico; es claro que se debe transmitir y practicar las buenas enseñanzas con los niños y adolescentes para cambiar paradigmas impropios hacia la construcción de una mejor sociedad.

La Declaración Universal de los Derechos de las niñas, niños, las y los adolescentes establece que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.

Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental que se entiende debe ser atendida en todo momento es el interés superior del niño, término ampliamente debatido, pero con finalidad única, esto es la protección de las y los niños y adolescentes⁽³⁾.

⁽³⁾ El principio del interés superior del niño, como concepto debe entenderse en un esquema amplio de interpretaciones legislativas y acciones gubernamentales por realizar. La tutela del interés superior del niño tiene por objeto constituir una garantía al desarrollo integral del niño, por lo cual no puede ser restringido a una mera "directriz" porque este concepto gaseoso impide una real aplicación de sus objetivos en los procesos judiciales donde se ventilan los derechos del niño. Por ello la primera acción que se debería realizar en un

Es claro que la tipificación de conductas punibles sólo puede establecerse mediante la ley, materializando el principio de legalidad, cuyo fundamento sustancial se consagra en el artículo 2, numeral 24, literal d) de la Constitución Política del Perú, que señala:

Nadie podrá ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley.

Principio cuyo sustento esencial se encuentra en diversos instrumentos supranacionales:

- Inciso 2 del artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Inciso 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Artículo 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

En la legislación especial nacional, el artículo II del T.P. del Código Penal señala que en virtud de dicho principio-norma, la doctrina ha reconocido a la ley penal como la única fuente formal directa para establecer conductas que merecen ser sancionadas, constituyéndose así en la mayor garantía que el *ius puniendi* ofrece a las personas, enmarcado en sus tres expresiones:

1.1. Principio de legalidad penal (*nullum crimen sine lege*)

La ley constituye la única fuente de tipificación de delitos. Se prohíbe la creación de tipos penales vía interpretación judicial. Los jueces en cumplimiento de nuestras labores, conforme al artículo 138 de la Constitución Política del Perú, impartimos justicia a nombre del Pueblo, sin capacidad para crear normas y mucho menos, normas penales; tal labor constitucionalmente ha sido encomendada al Parlamento Nacional (Con la excepción

proceso judicial vinculado a los derechos del niño es realizar un test de protección de derechos sobre dos aspectos complementarios: a) Una directriz de preferencia de interpretaciones normativas. Así el magistrado deba optar por hacer prevalecer la norma más favorable al menor con independencia de su nivel jurídico. b) El resultado de la evaluación psicológica del menor y progenitor a efectos de determinar el derecho del menor de convivir con el "mejor progenitor". Sólo con este mecanismo será factible una protección real de los niños en un proceso judicial, por cuanto la judicatura suele interpretar que se protege los derechos de estos con una preferencia —por lo general— hacia las mujeres, sobre la base de las afirmaciones en la materia. En Manuel Bermúdez Tapia. La Constitucionalización del Derecho de Familia. Ediciones Caballero Bustamante. Lima — Perú 2011

de la autorización establecida en el artículo 104 de la Constitución Política del Perú⁽⁴⁾.

1.2. Principio de legalidad de las penas (*nulla poena sine lege*)

La ley establece no solo la circunstancia en que una determinada conducta es punible sino también las sanciones penales aplicables, las formas de su imposición y cumplimiento.

No se puede crear sanciones penales vía interpretación judicial cuando no estén previstas de manera expresa y clara en el texto legal. En consecuencia, la ejecución de la pena deberá producirse en la forma prevista por la ley.

1.3. Principio de legalidad procesal penal

La Ley prevé un modelo de proceso formal, con las garantías correspondientes que deben ser respetadas bajo sanción de nulidad.

Es principio y derecho de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, conforme señala el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado; así como el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por el Estado peruano.

La "tutela procesal efectiva" apunta en abstracto, a alcanzar una solución justa; mientras el debido proceso es la manifestación concreta de ese postulado; es su actuación⁽⁵⁾.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha precisado que el artículo 8º de la Convención consagra lineamientos generales del denominado *debido proceso legal o derecho de defensa procesal*⁽⁶⁾, el cual "abarca

⁽⁴⁾ El Congreso pueda delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. No puedan delegarse las materias que son indelégables a la Comisión Permanente. Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley. El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.

⁽⁵⁾ NOVAK Fabian y NAMIHAS Sandra; Derecho internacional de los Derechos Humanos; Academia de la Magistratura; Primera edición; Lima; 2004; p. 239.

⁽⁶⁾ Caso Genie Lacayo, sentencia del 29 de enero de 1997, párrafo 74.

las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial¹⁷⁾. Entre ellas se encuentra el establecimiento de un sistema jurídico coherente.

De ahí que la labor judicial consiste en aplicar racionalmente las leyes, discernir en caso de conflicto e inaplicar cuando colisionen con la Constitución o las normas fundamentales.

Las modificaciones efectuadas a la estructura normativa de los artículos 170 y 173 del Código Penal han merecido extensos debates, y acciones concretas de control; ello por cuanto los delitos contra la libertad e indemnidad sexual implican grave connotación en sí mismos, toda vez que el acto sexual abusivo impregna una profunda huella psíquica en la persona que padece la agresión, situación fáctica de relevancia jurídica que se agrava cuando se comete en contra de menores de edad.

La consecuencia del ejercicio del *ius puniendi* se encuentra directamente relacionada con la restricción de derechos fundamentales, y en especial de la libertad, por cuanto a la acreditación de la responsabilidad penal, generalmente sigue la imposición de una o más penas establecidas en el artículo 28 del Código Penal.

La libertad personal permite desarrollar diversos aspectos de la vida del ser humano, debe ser ejercida conforme al ordenamiento jurídico del país; en esa línea argumentativa se refiere que *la libertad tiene la misma extensión que la licitud, la misma extensión de la esfera de lo que está permitido al no estar ni ordenado ni prohibido*. Se trata de libertad negativa, de la esfera de los comportamientos no regulados, y por tanto, lícitos o indiferentes, ya descrita por MONTESQUIEU cuando señalaba que la libertad consistía en hacer todo aquello que permiten las leyes, o por HOBBS, al apuntar que la libertad era la situación en la que un sujeto actuará según su naturaleza, sin que se lo impidan fuerzas exteriores, en la esfera del *ius* o de los comportamientos lícitos¹⁸⁾.

De todas las modificaciones legislativas efectuadas al artículo 173 del Código Penal (seis en total), mayor atención merece la realizada mediante la Ley N° 28704, publicada el 05 de abril de 2006, que extendió la escala

¹⁷⁾ Garantías Judiciales en Estados de Emergencia. Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, párrafo 28.

¹⁸⁾ BERNAL PUJIDO, Carlos. *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Universidad Externado de Colombia. 2009. Pág. 132

etárea de protección, incorporando como sujetos pasivos de este precepto a las personas cuyas edades oscilan entre los 14 a 18 años de edad.

Por ese motivo en el ejercicio de la justicia material, a escala de la judicatura superior mediante control difuso, de conformidad con lo establecido en el artículo 138 de la Constitución Política del Perú, el artículo 14 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial la Segunda Sala Superior Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa emitió las siguientes decisiones judiciales:

- Sentencia en el expediente N° 2006-2156, procesamiento realizado en contra de don Alan Richar Tome Guillén.
- Resolución del 10 de agosto de 2007 en el expediente N° 2007-1753 enjuiciamiento realizado en contra de don Sabino Paraguayo Quispe
- Sentencia en el expediente N° 2006-357, proceso seguido en contra de don Leonidas Vicente Jihualanca Arapa.

Procesos en los que se declaró *inaplicable el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal modificado por ley número veintiocho mil setecientos cuatro, por colisión con los artículos dos, inciso uno; dos, inciso veinticuatro literal a) y dos, inciso veinticuatro literal d), de la Constitución Política del Perú (derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la libertad, principio de legalidad penal)*, al negar los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes, y afectar el principio de coherencia normativa intrasistémica (las leyes del mismo ordenamiento no pueden al mismo tiempo permitir y castigar una sola conducta). Los dos últimos fueron sometidos a conocimiento de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia y los aprobó. Así se estableció la necesidad de una regulación normativa coherente fundada en el principio de unidad del sistema jurídico.

Queda claro que la protección de los niños y de los adolescentes radica en la especial situación en que se encuentran, etapa de formación integral en tanto personas; en tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar¹⁹⁾, como se ha regulado mediante el artículo 4 de la Constitución, al establecer que *la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad*. Mandato consti-

¹⁹⁾ Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 3330-2004-AA, Fj. 35

tucional que otorga especial importancia a la protección de la infancia, ello directamente relacionado con el derecho a la dignidad que tienen todos los seres humanos.

Los delitos contra la libertad sexual, han sido tipificados por el legislador en el **Título IV Delitos Contra la Libertad**, **Capítulo IX Delitos Contra la Libertad Sexual**, del Código Penal de 1991. En dicho capítulo se regulan conductas que atentan tanto contra la *libertad sexual* como contra la *indemnidad sexual*.

Con la promulgación del Código Penal de 1991, no existía duda alguna al diferenciar las conductas de violación de la libertad sexual (Art. 170 CP.) de la de violación presunta (173 CP.), reproduciéndose en esencia los postulados que el Código Penal de 1924 reconocía.

El artículo 173, en los tres incisos de su estructura inicial clasificaba en tres tramos el ámbito especial de protección:

Nº	Escala etárea
1	De 0 a 7 años;
2	De más de 7 a 10 años
3	De más de 10 a 14 años

Por tanto, claramente las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 14 y menores de 18 años no se encontraban dentro del ámbito de protección de la ley penal, en tanto que los abusos sexuales en su contra se encontraban contemplados en el artículo 170, y en su caso los artículos 171, 172, 174, 175, 176, 177 y 179 del Código Penal.

La Ley Nº 28704, publicada el 05 de abril de 2006, modificó el artículo 173, inciso 3 del Código Penal cambiando el contenido tutelar de la escala y en particular, en el inciso 3 introduciendo un cambio radical a la regulación respecto a la libertad sexual de los adolescentes de 14 y menores de 18 años de edad, al penalizar las relaciones sexuales de aquellas de manera indistinta, por ello en el pasado surgieron serias controversias en cuanto confrontan directamente con dispositivos de la propia Constitución Política del Estado, referidos al libre desarrollo de la personalidad, la libertad y la legalidad.

Es importante considerar que el art. 179-A del Código Penal (texto según la Ley 28251/2004) referido a las relaciones sexuales en el ámbito de

la prostitución, con personas de 14 a 18 años ha mantenido el castigo al usuario (agente delictivo) con pena de 4 a 6 años de privación de libertad, no obstante que hipotéticamente le correspondería la pena prevista para el inciso 3 del artículo 173 (que pretende sancionar cualquier relación sexual por cualquier motivo, desde la Ley 28704/2006); surge por tanto un "sin-sentido" notable originado en sede legislativa, que desfavorece la finalidad afianzadora que el derecho, en especial el Derecho Penal, exige de los tipos penales que deben motivar a la colectividad.

Igualmente al sancionar la seducción y los actos contra el pudor de menores, en los artículos 175 y 176, implícitamente se sostiene que el objeto de protección de un mayor de 14 años de edad y menor de 18 es su libertad sexual y no su indemnidad sexual.

De tal suerte que, dentro del propio título se aprecian incongruencias que afectan la racionalidad de la obra legislativa en estas materias.

Efectuando un análisis separado del tratamiento a los artículos 170 y 173 del Código Penal, se colige que el legislador penal de 2006, erradicó el cuarto inciso del artículo 170 y su contenido fue mecánicamente trasladado al modificar el inciso 3 del artículo 173, extendiendo el marco protector hacia una intensidad máxima, quedando prohibido absolutamente todo tipo de relación sexual con menores de cualquier edad.

Independientemente de si la solución al indicado problema haya sido la inaplicación por control difuso de constitucionalidad de dicha norma caso por caso, o la declaración abstracta y genérica de la causa de justificación de consentimiento o atipicidad en todas las conductas de esta naturaleza, lo cierto es que sólo cabe perseguir y castigar a quien abusa sexualmente de una persona de 14 a 18 años de edad; así con la formulación de un Acuerdo Plenario cuya naturaleza no tiene carácter de ley, no resulta aplicable el art. 6 del Código Penal, que precisa:

"La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley".

Correspondería y corresponde tanto a la sociedad civil como al Ministerio Público y a la Defensoría del Pueblo atender la situación de las personas actualmente reclusas en acatamiento mecánico del artículo 173.3, cuando hubo relaciones sexuales consentidas con personas menores de edad.

La extensión de la protección normativa del segmento etéreo 14-18 estipulada por el inciso 3 artículo 173 distorsionaba el resto de las previsiones respecto a los delitos sexuales y generaba paradojas judiciales en perjuicio de los justiciables. En ese contexto, el Tribunal Constitucional declara su inconstitucionalidad mediante Sentencia emitida por el Pleno de Tribunal Constitucional, el 12 de diciembre de 2012, en el proceso de inconstitucionalidad interpuesto por 10609 ciudadanos en contra del Congreso de la República. Estando derogado en la actualidad, resulta necesario la emisión de una norma que proteja el acometimiento sexual violento en agravio de los menores de 14 18 años de edad.

2. DOCTRINA DE LDS ACUERDOS PLENARIOS

Desde hace aproximadamente nueve años, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú se reúnen para unificar criterios respecto de temas cuya controversia se advierte a partir de la impartición de justicia en las instancias de la judicatura peruana.

Acuerdos asumidos bajo el criterio de la seguridad jurídica, uniformidad en el sentido de las decisiones e igualdad de aplicación de las normas penales, tiene su fundamento en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que faculta a los integrantes de las Salas Especializadas para reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar la jurisprudencia de su especialidad a instancia de los órganos del Poder Judicial. Ello implica el desarrollo esencial de la doctrina en sus diversas ramas que debe ser conocida y criticada por quienes ostentan la potestad de impartir justicia a nombre del pueblo; la titularidad de la acción penal o la defensa de quien eventualmente se encuentre sometido a un proceso; de modo tal que cuente con las herramientas necesarias para que desde la función desempeñada garantice la vigencia plena de los derechos humanos.

Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución

dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

Fundamentos previos estipulados en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuyo desarrollo académico y aplicación material no son ajenas a los actos sexuales, que ante las hipótesis problemáticas surgidas como efecto de las modificaciones del artículo 173 del Código Penal, efectuando la atribución antes indicada los integrantes de las Salas Especializadas Penal de la Corte Suprema de Justicia emitieron como doctrina legal jurisprudencial vinculante varios acuerdos plenarios los cuales son:

- Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116.- Violación sexual: alcance interpretativo del artículo 173° 3 CP, modificado por Ley N° 28704 para la determinación judicial de la pena.
- Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116.- Delito de Violación sexual, determinación de la responsabilidad del agente.
- Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116.- Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual
- Acuerdo Plenario N° 1-2012/CJ-116.- Reconducción del delito de abuso sexual no consentido contra adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad, al artículo 170 del Código Penal.

El primero de ellos estableció que cuando las relaciones sexuales con menores entre 16 y menos de 18 años fuesen voluntarias es aplicable el artículo 20.10 del CP, esto es, la exención de la pena operando la institución del consentimiento, dado que los adolescentes tienen libre disposición sobre su libertad sexual. Tal aseveración se realizó siguiendo las pautas del Código Civil referidas a la capacidad relativa de los menores de 18 años de edad para contraer matrimonio; sin embargo, refiere este mismo acuerdo que las relaciones sexuales con menores entre 14 y menos de 16 años de edad constituyen delito, limitándose a establecer que por el principio de proporcionalidad o prohibición en exceso, prevista en el artículo VIII del Título Preliminar del CP, la pena debería atenuarse hasta los límites considerados

para los delitos tipificados en los artículos 175 y 179-A del Código ya mencionado, siempre que concurren los siguientes factores:

- Diferencia etárea entre sujetos activo y pasivo no excesiva,
- Existencia entre sujetos activo y pasivo de un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente, y
- Presencia de costumbre y percepción cultural de los sujetos que postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia temprana.

Esa postura fue abandonada y se reformó la decisión; con el segundo acuerdo se amplió el alcance de la exención de pena por la institución del consentimiento para las relaciones con adolescentes que tienen de 14 años a más, pues –según se refiere– a partir de los artículos 175 y 176 se puede concluir que los adolescentes mayores de 14 años en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad, ampliando el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de 14 a 18 años de edad.

Con el cuarto acuerdo, se recondujeron las conductas tipificadas en el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal, al artículo 170 del mismo cuerpo normativo, decisión equiparada con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, posterior al Acuerdo Plenario de 01-2012, declaró la inconstitucionalidad del inciso 3 del artículo 173 del Código Penal.

Además de los Acuerdos Plenarios invocados, en materia probatoria para este tipo penal, la Corte Suprema emitió el Acuerdo Plenario 01-2011 en el que precisa que el juez es soberano en la apreciación de la prueba, la cual cuenta con limitación y control. Sobre la base de una actividad probatoria concreta y jurídica correcta, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia y los conocimientos científicos; razonándola debidamente (principio de libre valoración con pleno respeto de la garantía genérica de presunción de inocencia: artículos VII TP, 158°, 1 y 393°; 2 NCPP).

La selección y admisión de la prueba en el proceso penal se informa del principio de pertinencia, así como del principio de necesidad, idoneidad y utilidad, tal circunstancia no cambia para el caso del procesamiento de delitos sexuales. Así el juez atenderá las particularidades de cada caso para establecer la relevancia de la prueba como consecuencia de la declaración

de la víctima⁽¹⁰⁾ o testigo, y la adecuará a la forma y circunstancias en que se produjo la agresión sexual.

3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

En materia de agresión sexual en agravio de menores de edad se ha producido varias modificaciones legislativas⁽¹¹⁾:

TEXTO INICIAL

Artículo 173.- El que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

- Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será no menor de quince años.
- Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de ocho años.
- Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor cinco años.

Si el menor es un discípulo, aprendiz o doméstico del agente o su descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su concubina, o un menor confiado a su cuidado, la pena privativa de libertad será, respectivamente, no menor de veinte, doce y ocho años, para cada uno de los casos previstos en los tres incisos anteriores.

⁽¹⁰⁾ Al respecto Manuel Cancian Melia analizando el Derecho Penal Español sostiene que como última cuestión de carácter general, en relación con todas las infracciones en materia de libertad sexual es conveniente recordar siempre un espacio -aparentemente- situado fuera del ámbito del Derecho Penal material, pero que en muchos supuestos pueda adquirir gran relevancia: las características de la prueba, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse –con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos–, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. En ese sentido, en España existe una jurisprudencia constante del Tribunal Supremo conforme a la cual puede bastar el testimonio de la víctima para desvirtuar la presunción de inocencia cuya vulneración frecuentemente se alega por las defensas en este tipo de delitos, pues una vez eliminada la resistencia de la víctima –y las repercusiones físicas de ésta– como un elemento de la infracción, de acuerdo con el anterior paradigma de la “honestidad”, que ninguna mujer virtuosa debía abandonar a su agresor sin luchar denodadamente, basta, como indican los tipos en cuestión, la amenaza grave, que, como es lógico, no deja huellas físicas. En *Delitos Contra la libertad e indemnidad sexual. Enfoque dogmático y jurisprudencial*. Director: Luis Reyna Alfaro. Jurista Editores. Primera Edición 2005

⁽¹¹⁾ Fuente: Sistema Peruano de Información Jurídica.

PRIMERA MODIFICACIÓN

Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 26293, publicada el 14-02-94, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 173.- El que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será no menor de 20 años ni mayor de 25 años.
2. Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de 15 ni mayor de 20 años.
3. Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de 10 ni mayor de 15 años.

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será respectivamente no menor de 25 ni mayor de 30 años, no menor de 20 ni mayor de 25 años y no menor de 15 ni mayor de 20 años para cada uno de los supuestos previstos en los incisos 1, 2 y 3 del párrafo anterior.(*)

SEGUNDA MODIFICACIÓN

Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 896, publicado el 24-05-98, expedido con arreglo a la Ley N° 26950, que otorga al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de seguridad nacional, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 173.- El que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.
3. Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será no menor de treinta años para los supuestos previstos en los incisos 2 y 3."

TERCERA MODIFICACIÓN

Artículo modificado por el Artículo f de la Ley N° 27472, publicada el 05-06-2001, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 173.- Violación sexual de menor de catorce años de edad

El que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.
2. Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de quince ni mayor de veinte años.
3. Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de diez ni mayor de quince años.

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será no menor de veinticinco años para los supuestos previstos en los incisos 2 y 3.

CUARTA MODIFICACIÓN

Texto del Artículo 173 restablecido por el Artículo 1 de la Ley N° 27507, publicada el 13-07-2001, cuyo texto es el siguiente

Artículo 173.- Violación de menor de catorce años de edad

El que practica el acto sexual u otro análogo con un menor de catorce años de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.
3. Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será no menor de treinta años para los supuestos previstos en los incisos 2 y 3.

QUINTA MODIFICACIÓN

Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28251, publicada el 08-06-2004, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 173.- Violación sexual de menor de catorce años de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos a partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.
3. Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será no menor de treinta años para los supuestos previstos en los incisos 2 y 3.

SEXTA MODIFICACIÓN

Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28704, publicada el 05 abril 2006, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos a partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.
3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años. (Declarado inconstitucional)

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua.

4. SUPUESTOS FÁCTICOS HIPÓTETICOS E IMPUTACIÓN CONCRETA

Al analizar el tipo penal, para establecer una delimitación concreta conforme al principio de *imputación necesaria*, se debe disgregar los supuestos fácticos establecidos en la norma penal, a partir de los valores rectores, elementos normativos y descriptivos, ello permitirá determinar con exactitud el alcance de las conductas prohibidas, y como efecto positivo, evaluar si los hechos se subsumen con cabalidad centrando la actividad probatoria en función una o más, de modo que no se divagará al momento de acusar ni de emitir sentencia.

SUPUESTOS DEL PRIMER PÁRRAFO

PRIMER INCISO

- 1) Para el que tenga acceso carnal por vía vaginal con un menor de diez años, la pena será privativa de la libertad de cadena perpetua
- 2) Para el que tenga acceso carnal por vía anal con un menor de diez años, la pena será privativa de la libertad de cadena perpetua
- 3) Para el que tenga acceso carnal por vía bucal con un menor de diez años, la pena será privativa de libertad de cadena perpetua
- 4) Para el que introduzca objetos por vía vaginal de un menor a diez años, la pena será privativa de libertad de cadena perpetua
- 5) Para el que introduzca objetos por vía anal de un menor a diez años, la pena será privativa de libertad de cadena perpetua
- 6) Para el que introduzca partes del cuerpo por vía vaginal a un menor de diez años, la pena será privativa de la libertad de cadena perpetua
- 7) Para el que introduzca partes del cuerpo por vía anal a un menor de diez años, la pena será privativa de la libertad de cadena perpetua

SEGUNDO INCISO

- 1) Para el que tenga acceso carnal por vía vaginal con un menor de edad que tenga entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco.
- 2) Para el que tenga acceso carnal por vía anal con un menor de edad que tenga entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco
- 3) Para el que tenga acceso carnal por vía bucal con un menor de edad que tenga entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco

- 4) Para el que introduzca objetos por vía vaginal a un menor de edad que tenga entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco
- 5) Para el que introduzca objetos por vía anal a un menor de edad que tenga entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco
- 6) Para el que introduzca partes del cuerpo por vía vaginal a un menor de edad que tenga entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco
- 7) Para el que introduzca partes del cuerpo por vía anal a un menor de edad que tenga entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco

TERCER INCISO (AHORA DEROGADO)

- 1) Para el que tenga acceso carnal por vía vaginal con un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco, ni mayor de treinta y cinco.
- 2) Para el que tenga acceso carnal por vía anal con un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco, ni mayor de treinta y cinco
- 3) Para el que tenga acceso carnal por vía bucal con un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco, ni mayor de treinta y cinco
- 4) Para el que introduzca objetos por vía vaginal a un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco, ni mayor de treinta y cinco
- 5) Para el que introduzca objetos por vía anal a un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco, ni mayor de treinta y cinco
- 6) Para el que introduzca partes del cuerpo por vía vaginal a un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco, ni mayor de treinta y cinco
- 7) Para el que introduzca partes del cuerpo por vía anal a un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco, ni mayor de treinta y cinco

SUPUESTOS DEL SEGUNDO PÁRRAFO

SEGUNDO INCISO

- 1) Para el que tenga acceso carnal por vía vaginal con un menor de edad que tenga entre diez años de edad, y menos de catorce, teniendo alguna posición que le dé particular autoridad sobre la víctima, la pena será de cadena perpetua
- 2) Para el que tenga acceso carnal por vía anal con un menor de edad que tenga entre diez años de edad, y menos de catorce, teniendo alguna posición que le dé particular autoridad sobre la víctima, la pena será de cadena perpetua
- 3) Para el que tenga acceso carnal por vía bucal con un menor de edad que tenga entre diez años de edad, y menos de catorce, teniendo alguna posición que le dé particular autoridad sobre la víctima, la pena será de cadena perpetua
- 4) Para el que introduzca objetos por vía vaginal a un menor de edad que tenga entre diez años de edad, y menos de catorce, teniendo alguna posición que le dé particular autoridad sobre la víctima, la pena será de cadena perpetua
- 5) Para el que introduzca objetos por vía anal a un menor de edad que tenga entre diez años de edad, y menos de catorce, teniendo alguna posición que le dé particular autoridad sobre la víctima, la pena será de cadena perpetua
- 6) Para el que introduzca partes del cuerpo por vía vaginal a un menor de edad que tenga entre diez años de edad, y menos de catorce, teniendo alguna posición que le dé particular autoridad sobre la víctima, la pena será de cadena perpetua
- 7) Para el que introduzca partes del cuerpo por vía anal a un menor de edad que tenga entre diez años de edad, y menos de catorce, teniendo alguna posición que le dé particular autoridad sobre la víctima, la pena será de cadena perpetua
- 8) Para el que tenga acceso carnal por vía vaginal con un menor de edad que tenga entre diez años de edad, y menos de catorce, teniendo alguna posición que impulse a la víctima a depositar en él su confianza, la pena será de cadena perpetua
- 9) Para el que tenga acceso carnal por vía anal con un menor de edad que tenga entre diez años de edad, y menos de catorce, teniendo alguna posición que impulse a la víctima a depositar en él su confianza, la pena será de cadena perpetua
- 10) Para el que tenga acceso carnal por vía bucal con un menor de edad que tenga entre diez años de edad, y menos de catorce, teniendo alguna posición que impulse a la víctima a depositar en él su confianza, la pena será de cadena perpetua
- 11) Para el que introduzca objetos por vía vaginal a un menor de edad que tenga entre diez años de edad, y menos de catorce, teniendo alguna posición que impulse a la víctima a depositar en él su confianza, la pena será de cadena perpetua

12) Para el que introduzca objetos por vía anal a un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, teniendo alguna posición que impulse a la víctima a depositar en él su confianza, la pena será de cadena perpetua

- 13) Pera el que introduzca partes del cuerpo por vía vaginal a un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciséis, teniendo alguna posición que impulse a la víctima a depositar en él su confianza, la pena será de cadena perpetua

- 14) Para el que introduzca partes del cuerpo por vía anal e un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, teniendo alguna posición que impulse a la víctima a depositar en él su confianza, la pena será de cadena perpetua

- 15) Para el que tenga acceso carnal por vía vaginal con un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, teniendo algún cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, la pena será de cadena perpetua

- 16) Para el que tenga acceso carnal por vía anal con un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, teniendo algún cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, la pena será de cadena perpetua

- 17) Pere el que tenga accesa carnal por vía bucal con un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocha, teniendo algún cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, la pena será de cadena perpetua

- 18) Para el que introduzca abjetos por vía vaginal a un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, teniendo algún cargo que le confiera de particular autoridad sobre la víctima, la pena será de cadena perpetua

- 19) Pere el que intraduzca objetos por via anai a un menor de edad que tenga entre catarce años de edad, y menos de dieciocho, teniendo algún cargo que le de particular autoridad sobre la víctima, la pena será de cadena perpetua

- 20) Para si que introduzca partes del cuerpo por vía vaginal a un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciséis, teniendo algún cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, la pena será de cadena perpetua.

- 21) Para el que introduzca partes del cuerpo por vía anai a un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, teniendo algún cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, la pena será de cadena perpetua.

- 22) Para el que tenga acceso carnal por vía vaginal con un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, teniendo algún cargo que impulse a la víctima a depositar en él su confianza, la pena será de cadena perpetua.

- 23) Para el que tenga acceso carnal por vía anal con un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, teniendo algún cargo que impulse a la víctima a depositar en él su confianza, la pena será de cadena perpetua

- 24) Para el que tenga acceso carnal por vía bucal con un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, teniendo algún cargo que impulse a la víctima a depositar en él su confianza, la pena será de cadena perpetua
- 25) Para el que introduzca objetos por vía vaginal a un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, teniendo algún cargo que impulse a la víctima a depositar en él su confianza, la pena será de cadena perpetua
- 26) Para el que introduzca objetos por vía anal un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, teniendo algún cargo que impulse a la víctima a depositar en él su confianza, la pena será de cadena perpetua
- 27) Para el que introduzca partes del cuerpo por vía vaginal a un menor de edad entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, teniendo algún cargo que impulse a la víctima a depositar en él su confianza, la pena será de cadena perpetua
- 28) Para el que introduzca partes del cuerpo por vía anal a un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, teniendo algún cargo que impulse a la víctima a depositar en él su confianza, la pena será de cadena perpetua
- 29) Para el que tenga acceso carnal por vía vaginal con un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, teniendo algún vínculo familiar con la víctima, la pena será de cadena perpetua
- 30) Para el que tenga acceso carnal por vía anal con un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, teniendo algún vínculo familiar con la víctima, la pena será de cadena perpetua
- 31) Para el que tenga acceso carnal por vía bucal con un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, teniendo algún vínculo familiar con la víctima, la pena será de cadena perpetua
- 32) Para el que introduzca objetos por vía vaginal a un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, teniendo algún vínculo familiar con la víctima, la pena será de cadena perpetua
- 33) Para el que introduzca objetos por vía anal a un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, teniendo algún vínculo familiar con la víctima, la pena será de cadena perpetua
- 34) Para el que introduzca partes del cuerpo por vía vaginal a un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, teniendo algún vínculo familiar con la víctima, la pena será de cadena perpetua
- 35) Para el que introduzca partes del cuerpo por vía anal a un menor de edad que tenga entre catorce años de edad, y menos de dieciocho, teniendo algún vínculo familiar con la víctima, la pena será de cadena perpetua

CUADRO DE SUPUESTOS FÁCTICOS ESTIPULADOS
EN EL ARTÍCULO 173 DEL CÓDIGO PENAL

PÁRRAFO	INCISO	TOTAL DE SUPUESTOS
Primero	1ro	7
Primero	2do	7
Primero	3ro	7
Segundo	2do	35
Segundo	3ro	35
Total de supuestos vigentes		49

*derogado

*derogado

La delimitación de la conducta atribuida permitirá a las defensas técnicas tanto del imputado como del agraviado, diseñar una estrategia adecuada que haga efectivo su derecho de defensa conforme a los cánones establecidos en el inciso 1 artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el literal d) del inciso 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; así como el literal d) inciso 2 del artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; de modo que al imponer una sentencia, carezca de defectos sustanciales que irroguen nulidad por ausencia e incongruencia de motivación; reduciendo los recursos de nulidad.

5. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL

5.1. Tipicidad objetiva

5.1.1. Elementos del tipo objetivo

5.1.1.1. Bien jurídico involucrado

Todo bien jurídico debe partir de los principios fundamentales basados en la Constitución a través de los cuales se marcan los límites de potestad punitiva al Estado, calificando a los bienes jurídicos como aquellas circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema⁽¹²⁾.

⁽¹²⁾ Roxin, Claus. *Derecho Penal – Parte General*, Tomo I, Fundamentos, la Estructura de la Teoría del Delito, Traducción de la 2da. Edición Alemana por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial CIVITAS, Reimpresión, año 2000, Pág. 56.

El bien jurídico tutelado en los tipos penales constituye su esencia; no es de libre generación o determinación, menos aún judicial, y desde que no existe en el Estado Democrático de Derecho un solo tipo penal que no afecte o ponga en riesgo algún bien jurídico de relevancia tal que merezca protección bajo amenaza de sanción como delito, se ha de concluir que forma parte del carácter estricto relativo a la tipología penal

Entendiendo los bienes jurídicos como "relaciones sociales concretas de carácter sintético, protegidas por la norma penal, que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno"¹³⁾.

En principio el Estado Democrático de Derecho debe proteger bienes de orden jurídico relevantes para la sociedad a la que se dirige, no desprendiéndose de la realidad cotidiana del país, ni proteger situaciones que no deben ser bajo sanción penal.

El ámbito de protección del artículo 173 del Código Penal, lo constituye la indemnidad sexual de los menores de edad. La interpretación y análisis de dicho tipo penal es exclusivo, delimitando mediante un cuantificador etéreo, grupo de personas que gozan de protección especial; por lo que no debe extenderse innecesariamente la protección jurídico penal.

La indemnidad sexual o intangibilidad sexual, está orientada a salvaguardar el libre desenvolvimiento del derecho del menor a la libertad sexual hacia el futuro, cuando goce de las condiciones necesarias, que no se dan cuando se es menor de edad; de lo contrario, constituiría una vulneración a la libertad sexual del adolescente, pues cuenta con las condiciones mínimas (físicas y psíquicas) para ejercerla, siendo importante el consentimiento válido (discernimiento, comprensión del acto, grado de experiencia, cultura, relaciones sociales que le rodea).

Si ha de existir un límite, como se ha generado (por decisión legislativa, coherente con los estándares internacionales sobre la materia) para el término de la indemnidad sexual, se debe tener en cuenta los estándares internacionales que establecieron los parámetros para el inicio del ejercicio de las libertades y potestades de orden sexual que indica en los catorce años como la edad promedio.

¹³⁾ MALLARRE HORMAZABAL, Hernán; *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*: Colección Sello de Oro de las Ciencias Penales; IDEMSA, Lima, 2005. Pág. 100

Argentina	13 años de edad
Brasil	14 años de edad
Costa Rica	15 años de edad
Colombia	14 años de edad
Ecuador	14 años de edad
España	13 años de edad
Paraguay	14 años de edad
Uruguay	15 años de edad
Venezuela	16 años de edad

El Estado protege la indemnidad sexual tanto a los incapaces, como a los menores de edad, toda vez que dichas personas carecen de capacidad para disponer libremente sobre su sexualidad.

Queda claro en la doctrina peruana que lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual, sino la llamada "intangibilidad" o "indemnidad sexual". Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en "libertad", las que puede alcanzar el menor de edad, recuperar quien esté afectado por una situación de incapacidad transitoria, o como sucede con los enajenados y retardados mentales, nunca obtenerla. En estricto si se desea mantener a tales personas al margen de toda injerencia sexual que no pueda consentir jurídicamente, no se tutela una abstracta libertad sexual, sino las condiciones materiales de indemnidad o intangibilidad sexual¹⁴⁾.

A. Diferencia entre libertad sexual e indemnidad sexual

Mientras el artículo 170 describe una conducta de acometimiento sexual abusivo (mediando *vis absoluta* o *vis compulsiva*) donde el bien jurídico tutelado es esencialmente la libertad sexual¹⁵⁾ y es ajena toda posibilidad de consentimiento de la víctima; el artículo 173 describe un elenco de conductas de relación sexual con menores de edad, sin considerar –por innecesario– ningún tipo de violencia (ciertamente algunos menores de edad no tie-

¹⁴⁾ SALAS SICCHA, Ramiro. Citando a Caro Coria en *Derecho Penal – Parte Especial*, Volumen II, Editorial Grijley; Cuarta Edición, Lima, noviembre de 2010. P. 626

¹⁵⁾ Cuando concurren el delito de violación sexual con resultado de lesiones, interesan también como bienes jurídicos la salud o la vida según el caso.

nen capacidad de ejercicio, y por tanto no podrían consentir válidamente las relaciones sexuales de que son objeto, así, todos los menores de 14 años).

La agresión sexual tiene el rasgo esencial de llevarse a cabo con violencia o intimidación, para doblegar la voluntad de la víctima⁽¹⁶⁾.

La libertad sexual tiene como objeto de tutela penal a las facultades o capacidades de la persona de determinarse espontáneamente en el ámbito de la sexualidad, ésta se configura como una concreción de la "libertad personal", automatizada a partir de la esfera social en la que se desenvuelven los propios comportamientos sexuales⁽¹⁷⁾.

Es una concreción y manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de autodeterminarse de manera espontánea y sin coacción externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales, por lo tanto, en el uso de dicha libertad, toda persona tiene el derecho de decidir si desea o no tener acceso carnal con alguien de forma libre y voluntaria⁽¹⁸⁾.

La protección de la indemnidad sexual, está relacionada con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente. Para ello, como sucede en el caso de menores, así como con la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen *a priori* de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual⁽¹⁹⁾.

Los menores, no tienen la capacidad física ni psíquica para ejercer su derecho a orientar y decidir sobre su vida y libertad sexual, y por ello no están en condiciones de ejercer una autodeterminación capaz de comprometer válidamente su comportamiento sexual, en tal sentido, las normas y la doctrina nacional y comparada, consideran que la "indemnidad sexual" es el objeto fundamental de tutela penal respecto a los referidos menores de edad. En cuanto a los accesos carnales no consentidos en agravio de menores entre 14 y 18 años, sostiene que es urgente y necesario que se regule

⁽¹⁶⁾ SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAILLO, Alfonso. Derecho Penal Parte Especial 10ª Edición Dykinson Madrid – 2005, pág. 215.

⁽¹⁷⁾ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier; Derecho Penal – Parte Especial; Tomo I; Jurista Editores; Primera Edición; Lima, septiembre de 2011, Págs. 383, 385 y 451.

⁽¹⁸⁾ NOGUERA RAMOS, Iván; Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual; Editora Jurídica Grijley; Lima 2011; Páginas 39 y 42.

⁽¹⁹⁾ SALINAS SICHÁ, Ramiro. Derecho Penal – Parte Especial, Volumen I, Editorial Grijley; Cuarta Edición; Lima, noviembre de 2010; páginas 645 y 650.

una modalidad agravada del artículo 170º del C.P. como la prevista con la dación de la Ley N° 28251 –que modificó el artículo 170º- que contiene este supuesto, atendiendo además a la mayor entidad del injusto, pues el grado de afectación es mayor⁽²⁰⁾.

B. Aspectos de la libertad sexual

La libertad sexual, está expresada en dos ámbitos:

- **Positivo.**- La capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sociales o la facultad de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos;
- **Negativo.**- El derecho de impedir intromisiones en dicha esfera, cuando no media su consentimiento.

5.1.1.2. Medios delictivos

La violencia o amenaza, en menores de 14 años

Antes de la Ley N° 28704, y a partir de la despenalización del acto sexual con mayores de 14 años- *cuando exista consentimiento* era y es claro que una persona que pertenece a un rango etáreo inferior de 14 años, no es capaz, al menos no suficientemente de comprender el significado real del acto sexual. En ese entender el consentimiento que pudo haber prestado aquel menor carece de relevancia, mejor aún no genera efectos de asentimiento o aquiescencia.

La exigencia del artículo 170 respecto a la concurrencia de la violencia o grave amenaza se desnaturaliza en el sentido de que el delito de violación de la indemnidad se configurará a pesar de la falta de estos dos elementos.

La agresión sexual en personas mayores de 14 años, necesariamente debe producirse mediante violencia física o intimidación, siendo necesario que se de una relación de causalidad entre la violencia física o la intimidación y la conducta del sujeto para doblegar la voluntad de la víctima, pudiendo ser diversos los procedimientos utilizados⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier; Derecho penal – Parte Especial, Tomo I; Jurista Editores; Primera Edición; Lima, setiembre de 2011, páginas 383, 385 y 451.

⁽²¹⁾ SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAILLO, Alfonso. Derecho Penal Parte Especial 10ª Edición Dykinson Madrid – 2005. P. 215

En esta misma línea argumentativa, Díez Repolles, afirma que la resistencia constituye un valor típico imprescindible en la agresión sexual violenta, al dar sentido a la violencia empleada, que no se ejerce gratuitamente en el comportamiento sexual, sino para doblegar un impedimento material impuesto por el sujeto pasivo o que prevé que pueda utilizar.⁽²²⁾ Consideramos que la resistencia de la víctima no constituye un presupuesto material *sine qua non* para la calificación del hecho como delito. Es perfectamente posible la concurrencia de situaciones en las que el abuso sexual se practique con amenaza grave coetánea a la consumación del acto, o se realicen bajo un contexto objetivamente intimidatorio anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual, imposibilitando así algún acto de resistencia por parte de la víctima

5.1.1.3. Aspectos normativos

- a) **Acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal.**- El acceso carnal constituye la acción mediante la cual se introduce el miembro viril en la vagina, ano o boca de la agraviada o agraviado, en éste último caso lógicamente será por las dos últimas vías.
- b) **Actos análogos.**- Aunque conforme el artículo III del T.P. del Código Penal, no está permitida la analogía para calificar el hecho como un delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que corresponda, se han admitido casos de analogía peyorativa cuando la ley expresamente la prevea, por ejemplo en el delito de adulteración de billetes o monedas del art. 256.2 del C.P. que establece "*El que con fines publicitarios o análogos, reproduce o distribuye monedas*, el estipulado en el artículo 274-A ... opera o maniobra instrumento o herramienta, máquina u otro análogo que represente un riesgo o peligro". Artículo 276 -Estragos especiales- *el que causa estragos por medio de inundación, desmoronamiento, derrumbe o por cualquier otro medio análogo* Art. 316.2 -Apología- ... Si se realiza a través de medios de comunicación social o mediante el uso de tecnologías de información y comunicaciones como internet u otros análogos, Art. 395 -Cohecho Pasivo Específico-. *El magistrado, árbitro, Fiscal, Perito, Miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo* entre otros, constituyen casos de analogía permitidos por la misma

⁽²²⁾ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *Delitos de agresiones sexuales violentas*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2005. P. 90

ley, cuya interpretación se enmarca dentro de los fines que establece la norma de punición.

Al respecto en la doctrina nacional se indica que las cuestiones problemáticas surgían en la interpretación del "acto análogo" al que hace como referencia como forma alternativa de comisión de algunas específicas tipologías delictivas. No parecían plantearse cuestionamientos respecto a que la conjunción pene-ano constituyera el "acto análogo" a que se hacía referencia en la construcción de los tipos penales sexuales; el aspecto problemático se vinculaba a la inclusión de la *fellatio in ore* o la *cunilinguis*, manifestaciones orales de la sexualidad, como forma análoga del acto sexual⁽²³⁾.

Por ello cualquier conducta que se enmarca dentro de esta definición, deberá esencialmente lesionar la indemnidad sexual del menor de edad.

El denominado sexo oral forma parte de la estructura típica, como se refirió precedentemente, constituye un supuesto fáctico.

- c) **Introducir objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías.**- El delito de violación de la indemnidad sexual no sólo se configura cuando se introduce el miembro viril en el ano, vagina o boca de la víctima; sino también está comprendida la introducción de objetos o partes del cuerpo, debiendo diferenciar ambos conceptos.
 - **Los objetos.**- Elementos materiales extracorpóreos que ostenten connotación sexual, su forma se relaciona con el órgano genital masculino, cuya utilización satisface la intención del agente delictivo. Vgr. lapiceros, reglas, fierros, botellas o artefactos que se emplean como sucedáneos del pene.
 - **Las partes del cuerpo.**- Son aquellos miembros u órganos que pueden introducirse en la cavidad vaginal o anal útiles al agente para satisfacer sus deseos sexuales sobre la víctima, Vgr. dedos, lengua.

5.1.3.4. Sujetos Intervinientes

A. Sujeto activo

Para la comisión del tipo básico, no se necesita condición especial; por ser un delito común puede ser perpetrado por cualquier persona, varón

⁽²³⁾ Dir. Reyna Alfaro Luis Delitos Contra la libertad e indemnidad sexual. Enfoque dogmático y jurisprudencial. Jurista Editores. Primera Edición 2005.

o mujer; necesariamente mayor de 18 años de edad. En caso de ser menor de edad, ello constituiría una infracción cuyo conocimiento le compete a la jurisdicción de familia. El tratamiento asignado a la constitución de este elemento, ratifica el principio de igualdad.

La conducta se agrava por las calidades especiales del agente, para ello, éste deberá guardar una relación de posición, cargo o vínculo familiar.

- **Posición.**- El agente delictivo tiene una autoridad sobre la víctima o guarda una relación que le permite la cercanía con ella; la víctima es sumisa, guarda respeto o confía en el sujeto activo.
- **Cargo.**- El agente delictivo guarda una relación específica con la víctima, sea esta de carácter legal u otro tipo de modo que éste tiene responsabilidades sobre ella. Ejm. El tutor.
- **Vínculo familiar.**- Abarca las relaciones de parentesco consanguíneo y por afinidad, sin importar la dirección o el grado de relación, la protección de esta agravante está centrada en el quebrantamiento de la confianza depositada por la víctima bajo el pretexto de un vínculo familiar

B. Sujeto Pasivo

Será cualquier persona menor de edad hasta los catorce (14) años de edad; puede ser varón o mujer⁽²⁴⁾. La clasificación etárea está basada en la edad cronológica de la víctima.

5.1.3.5. Probanza de la minoría de edad

La determinación de la edad para la configuración del tipo penal establecido en el artículo 173 del Código Penal resulta necesaria, por cuanto ella permitirá fijar, conexas la conducta en uno de los grupos etáreos de víctimas, según el legislador ha sido clasificado de la siguiente manera

1. Menos de diez años de edad
2. Entre diez años de edad, y menos de catorce.
3. Entre catorce años de edad y menos de dieciocho (ahora declarado inconstitucional)

⁽²⁴⁾ Hasta los 14 años de edad, la legislación peruana prohíbe la prostitución de menores de dicha edad, por lo que no se puede hablar de un concurso ideal, dado que el artículo 179-A protege a personas mayores de 14 años de edad

Documentalmente la forma de acreditar la minoría de edad, será mediante la partida de nacimiento de la persona agraviada o con la presentación del DNI de menores, situación que a nivel jurisdiccional constituye una práctica continua.

La dificultad se presenta en lugares en los cuales aún no constituye una práctica la inscripción en el Registro Civil del Municipio sea distrital o provincial, situación producida en zonas de la sierra, selva y en algunos casos de la costa, lugares que por su geografía se encuentran alejados de la urbe en los que la inscripción se realiza con días, meses o años posteriores al nacimiento del menor de edad, o simplemente no se produce la inscripción; situación poco frecuente, pero en cuanto se presente se deberá recurrir a métodos científicos para determinar la edad cronológica de la persona. La protección no necesariamente debe estar sustentada en documentación – partida de nacimiento-, no es una prueba absoluta en caso de ausencia, por cuanto existen métodos eficaces que pueden emitir una aproximación respecto de la edad de la víctima⁽²⁵⁾.

5.1.2. Tipo subjetivo

La violación sexual es un delito doloso, en que el agente actúa con conocimiento y voluntad de tener acceso carnal con la víctima.

El agresor debe conocer los elementos integrantes del tipo penal, de otra forma, invocará alguna causa de justificación respecto de su conducta.

El dolo que se exige para la configuración del delito en estudio es "directo", en la doctrina se discute si además del dolo, el tipo subjetivo del delito de violación requiere el *animus lubricus* o la tendencia lasciva. En un primer enfoque podríamos señalar que este elemento permite por ejemplo distinguir entre un delito de violación sexual y uno de lesiones. Las conductas de violencia sexual pueden responder a distintos motivos tales como burla, curiosidad, venganza, etc. Lo decisivo es la intención de someter sexualmente a una persona en contra de su voluntad, con independencia de cuál sea el ánimo o la finalidad que el autor persiga, las motivaciones de éste no tienen relevancia jurídica penal aquí lo importante es el atentado contra la indemnidad sexual, por lo que la exigencia de dolo es suficiente⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ Verificar los métodos estipulados en el manual de investigación de delitos contra la libertad sexual formulada por el Ministerio público.

⁽²⁶⁾ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Delitos contra la libertad e integridad sexual: un estudio jurídico, desde una perspectiva penal, procesal y criminológica. Lima IDEM-SA, 2007

La presencia de ultra intensiones particulares no previstas expresamente en el tipo, no desintegra la constatación del dolo de abusar sexualmente de la víctima, bajo cuyo afán obra el agente.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que el tipo legal que estudiamos no exige un elemento adicional en cuya ausencia se configuraría una conducta atípica.

De plano se descarta la comisión culposa.

5.1.3. Relevancia del consentimiento

El consentimiento expresado por el titular del bien jurídico justifica la conducta imputada; ello será relevante siempre y cuando la aquiescencia se encuentre emitida conforme a las condiciones establecidas por el Derecho Penal Peruano y normas integrantes del sistema jurídico; sólo si ello sucediese libera de responsabilidad penal al perpetrador.

Las causas de justificación suponen la concurrencia de ciertas razones que conducen al legislador a valorar globalmente de forma positiva el ataque a un bien jurídico-penal⁽²⁷⁾

Naturaleza del consentimiento como causa de justificación

El Acuerdo Plenario N° 4-2008 ubica al consentimiento como una causal de exención de pena.

Las víctimas menores de 14 a 18 años de edad del delito tratado, si emiten su consentimiento, éste operará como causa de atipicidad, por cuanto no se configura la *violencia o amenaza* que en esencia requiere el acometimiento sexual no consentido. La manifestación del consentimiento por una menor de catorce años irrelevante para el Derecho Penal.

5.2. Antijuridicidad

Para determinar si la conducta típica es antijurídica, es necesario verificar la concurrencia de alguna causa de justificación establecida en el artículo 20 del Código Penal, con la excepción del consentimiento.

Es necesario establecer los requisitos para la validez del consentimiento, estos son:

⁽²⁷⁾ MIR PUIG Santiago. *Derecho penal: parte general*. Barcelona : [Reppertor], 1998. Pág. 175

- a) El bien jurídico tutelado debe ser de libre disposición.
- b) Capacidad del sujeto titular del bien jurídico para disponer del mismo.
- c) No deberá lesionar bienes jurídicos personalísimos.

5.3. Culpabilidad

La culpabilidad del agresor se determinará evaluando la imputabilidad, esto es si el sujeto es mayor de 18 años de edad que no padezca anomalía psíquica, o una grave alteración de la conciencia o de la percepción, que le permita encontrarse en una situación de inexigibilidad⁽²⁸⁾. Asimismo, se constatará si la conducta es atribuible al agente, ya que no se puede reprochar penalmente a quien actúa sin la posibilidad de conocer la ilicitud de su conducta.

El error de comprensión culturalmente condicionado, aporte realizado por Zaffaroni estipulado en el artículo 15 del Código Penal que establece: El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

Los casos de culpabilidad disminuida por minoridad relativa (18 a 21 años) han sido excluidas por la ley del beneficio de reducción de condena.

El condicionamiento cultural tiene su génesis en un conflicto de tal naturaleza que puede ser extrasistémico o intrasistémico; que, en el primer caso, se trata de un conflicto producido en personas que provienen de un medio culturalmente diverso; en el segundo caso, si bien no está expresamente recogido en el artículo 15 del código penal se sustenta en una concepción discrepante o de conciencia disidente y significa que el individuo sabe y comprende el carácter delictuoso de su acto pero a su vez discrepa conscientemente de la norma y de su carácter imperativo⁽²⁹⁾.

Cuando se alegue este error sólo se eximirá de responsabilidad penal si éste fue invencible, esto es cuando el agente delictivo, debido a su cultura, no pudo comprender el carácter delictuoso de su conducta. En tanto que si se presentaran formas en las que si hubiese podido conocer la ilicitud de su conducta, se declarará la responsabilidad penal; pero los efectos de dicha

⁽²⁸⁾ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Editorial Grijley. Lima 2010. P.594

⁽²⁹⁾ Cfr. R.N. N° 3598-2003 – CONO NORTE

previsión se fundaran en la determinación de la pena, esto es, se atenuará; siendo necesario para ello la realización de pericias antropológicas.

- Sobre el error de tipo vencible o invencible o error de prohibición evitable o inevitable

Es común que la defensa técnica de quienes están acusados, durante el desarrollo del juicio oral, tanto en los alegatos de apertura, la estación probatoria, y alegatos finales argumenten la concurrencia de un error de tipo, generalmente referido a la edad así como un error de prohibición por comprensión cultural diferente, situaciones que deben apreciarse diáfananamente. Ambas instituciones del Derecho Penal poseen diferente connotación, el primero recae sobre los elementos del tipo objetivo, pudiendo ser vencible (en dicho caso la conducta sería sancionada como culposa, de encontrarse prevista) o invencible (en este supuesto se elimina la tipicidad, por lo que cabría que se declare una excepción de naturaleza de acción).

El error respecto de la edad, por ejemplo tendría aquella connotación, pero de carácter vencible.

El error de prohibición recae en la culpabilidad, pudiendo igualmente ser vencible o invencible, en el primer caso se elimina la responsabilidad, en el segundo ésta se atenúa. Podría corresponder, no obstante tener por configurado un error de prohibición por confusión an el agente respecto del alcance de la prohibición penal.

Respecto al error de prohibición, cuyo sustento estriba en no conocer la norma prohibitiva, se tendrá en cuenta el ámbito cultural del procesado, si se encuentra o no aislado de la población, y la edad correspondiente.

Carlos Parma, citando a Figari refiere que en el abuso sexual, en caso de existir un error sobre la edad de la víctima, el accionar del sujeto activo sería atípico, pues excluiría la conducta dolosa y no está contemplada la subsistencia, para este caso, de un tipo culposos, tampoco existe una figura atenuada, como se daba en la alternativa entre la -antigua- violación y el estupro⁽³⁰⁾.

⁽³⁰⁾ Carlos Parma. El abuso sexual: líneas sobre la normativa vigente en argentina. Delitos Contra la libertad e indemnidad sexual. Enfoque dogmático y jurisprudencial. Jurista Editoras, Primera Edición 2005

5.4. Consumación

Se trata de la plena conformidad del hecho realizado por el hombre en la hipótesis abstracta definida por el legislador, precisando que ella no se refiere a la presencia de todos los presupuestos exigidos para la punibilidad del hecho, sino al concurso de todos los elementos indispensables para la existencia del delito⁽³¹⁾.

En el delito de violación sexual la consumación se producirá dependiendo del supuesto fáctico; así se producirá cuando se inicia el acceso carnal mediante la penetración del miembro viril en la vagina, ano o boca de la víctima; como también la introducción de objetos o partes del cuerpo; no se requiere una penetración e introducción total; basta que ella haya existido real y efectivamente⁽³²⁾. La consumación se constituye independientemente de resultados biológicos como la eyacuación masculina, la ruptura del himen, o las lesiones.

5.5. Tentativa

La conducta que configura el grado de tentativa, será aquella en la que el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos anteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor⁽³³⁾.

En este delito el despliegue de los actos ejecutivos de la cópula sin que se alcance la penetración, constituye tentativa, para que ésta se dé no obsta la mera finalidad de lograr cualquier acercamiento sexual, as necesano que el bien jurídico protegido se encuentre en una situación real de peligro, por lo que podrá configurarse la tentativa cuando el sujeto comience con los tocamientos impúdicos.

Cabe la posibilidad de que el agente desista, "se arrepienta". En tal caso la tentativa será impune, pero deja vigente la pena aplicable por otras figuras penales que se hubieron consumado en el transcurso del procedi-

⁽³¹⁾ ROJAS VARGAS, Fidel. El delito : preparación, tentativa y consumación. Lima : IDEMSA, 2009 P. 494

⁽³²⁾ SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal - Parte Especial, Volumen II, Editorial Grilley; Cuarta Edición; Lima, noviembre de 2010, páginas 645 y 650.

⁽³³⁾ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 8 edición. Editorial Repertor 2008. P. 347.

miento encaminado al acceso carnal (lesiones graves, privación de libertad, etc.)⁽²⁴⁾

5.6. Coautoría y participación

Las bases para la sanción de la coautoría y participación encuentran en los artículos 23 a 25 del Código Penal.

El delito contra la indemnidad sexual, conforma parte del grupo de delitos que la doctrina ha denominado delitos especiales, delitos de propia mano, esto es que sean ejecutados directamente por el autor del tipo penal, ello no implica la exclusión de terceras personas como instigadores o cómplices.

Es perfectamente admisible la coautoría cuando para la perpetración del acto prohibido se produce la misma voluntad criminal en más de dos personas. El valor del aporte del coautor se ve reflejado en la reducción de la voluntad de la víctima y el manejo del dominio funcional del hecho.

La complicidad primaria y secundaria es admisible dependiendo de la circunstancia y la trascendencia del aporte para la ejecución del *íter criminis*.

6. TRATAMIENTO NORMATIVO RESPECTO A LA LIBERTAD SEXUAL DE LOS ADOLESCENTES EN LA LEGISLACIÓN PENAL COMPARADA DE LA VERTIENTE IBEROAMERICANA

De manera meramente referencial es pertinente recoger las experiencias normativas que sobre el particular se dan en algunos de los sistemas penales iberoamericanos, para constatar cómo es que han asumido el problema de la protección de la sexualidad de los adolescentes.

⁽²⁴⁾ DONNA Edgardo, Alberto. *Derecho Penal- Parte Especial*. TOMO I. Argentina. BUENOS AIRES. Rubinzal Editores. Pág 413.

ARGENTINA

En el Código Penal argentino, la norma del artículo 119 señala:

Será reprimida con reclusión o prisión de seis a quince años, el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en las cesos siguientes:

1. Cuando la víctima fuere menor de doce años;
2. Cuando la persona atendida se hallare privada de razón o de sentido, a cuando por enfermedad o cualquier otra causa, no pudiere resistir;
3. Cuando se usare de fuerza o intimidación.

Mientras que el artículo 120 señala que:

Se impondrá reclusión o prisión de tres a seis años, cuando la víctima fuere mujer honesta mayor de doce años y menor de quince y no se encontrare en las circunstancias de los números dos y tres del artículo anterior.

En la legislación argentina se considera que una persona mayor de doce años de edad es capaz de discernir sobre su sexualidad.

BOLIVIA

El Código Penal de Bolivia, señala por su parte en el artículo 308 que:

El que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo, incurrirá en privación de libertad de cuatro a diez años, en los casos siguientes:

1. Si se hubiere empleado violencia física o intimidación.
2. Si la persona ofendida fuere una enajenada mental o estuviere incapacitada, por cualquier otra causa, para resistir.

Si la violación fuere a persona menor que no ha llegado a la edad de la pubertad, el hecho se sancionará con la pena de diez a veinte años de prisión; y si como consecuencia del hecho se produjere la muerte de la víctima, se aplicará la pena correspondiente al asesinato.

El artículo trescientos nueve refiere que:

El que mediante seducción o engaño tuviere acceso carnal con mujer honesta que hubiere llegado a la pubertad y fuere menor de diez y siete años, incurrirá en la pena de privación de libertad de dos a seis años.

El Código Penal Boliviano se remite al concepto de "pubertad" que es más lata que establecer un cuantificado etéreo.

CHILE

En la legislación penal chilena se establece en el artículo 373:

Será castigado con reclusión menor en sus grados media a máximo, el que accediera carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de doce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1. Cuando se abuse de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.
2. Cuando se abuse de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargada de su custodia, educación o cuidado o tiene con ella una relación laboral.
3. Cuando se abuse del grave desamparo en que se encuentra la víctima.
4. Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual".

Mientras que el artículo 376, refiriéndose al abuso sexual indica que:

El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de doce años, será castigado:

1. Con reclusión menor en cualquiera de sus grados, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo trescientos sesenta y uno.
2. Con reclusión menor en sus grados mínimo a media, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo trescientos sesenta y tres, siempre que la víctima fuere menor de edad.

La edad de libre disposición de la sexualidad en consecuencia es las doce años

COLOMBIA

En Colombia la legislación penal refiere el artículo 208:

El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

El Derecho Colombiano, como se regulaba anteriormente en la norma penal peruana, establece la protección penal hasta las catorce años de edad y a partir de ella, la persona puede disponer libremente de su sexualidad.

ECUADOR

La legislación penal Ecuatoriana en su artículo 512 sostiene:

Art. 512.- Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción, por vía vaginal anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:

- 1.- Cuando la víctima fuere menor de catorce años;
- 2.- Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y,
- 3.- Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación.

La penalidad se señala en el artículo siguiente, que a la letra dice:

Art. 513.- El delito de violación será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, en el número 1 del artículo anterior; y con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, en los números 2 y 3 del mismo artículo.

ESPAÑA

El artículo 181 del Código Penal Español

1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de una a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.
2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.
3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaleciendo el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.
4. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia tres o la cuatro, de las previstas en el apartado uno del artículo ciento ochenta de este Código.

En tanto que en el artículo ciento ochenta y dos Código Penal se indica que:

1. En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.
2. La pena señalada en el apartado anterior se impondrá en su mitad superior cuando concurra la circunstancia tercera o la cuarta, de las previstas en el artículo ciento ochenta inciso uno de este Código.

México

México al ser una república federal, no cuenta con una legislación penal única, sino que esta varía dependiendo del Estado en el que se cometa el acto delictivo.

El artículo 273 del Código Penal del estado de México, establece:

Al que por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona sin la voluntad de esta, se le impondrán de cinco a quince años de prisión, y de diez a dos mil días multa.

Comete también el delito de violación y se sancionará como tal, el que introduzca por vía vaginal o anal cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento diferente al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

Se equipara a la violación la copula o introducción por vía vaginal o anal cualquier parte del cuerpo, objeto o instrumento al miembro viril, con persona privada de razón de sentido o cuando por cualquier enfermedad o cualquier otra causa no pudiese resistir o cuando la víctima fuera menor de quince años. En estos casos, se aplicará la pena establecida en el párrafo primero de este artículo.

Cuando el ofendido sea menor de quince años y mayor de trece, haya dado su consentimiento para la copula y no concurre modificativa, exista una relación efectiva con el inculpaado y la diferencia de edad no sea mayor de cinco años entre ellas, se extinguirá la acción penal o la pena en su caso.

Para los efectos de este artículo, se entiende por copula la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo, exista eyaculación o no.

NICARAGUA

El artículo 167 del Código Penal

Quien tenga acceso carnal o se haga acceder o introduzca a la víctima o la obligue a que se introduzca dedo, objeto o instrumento con fines sexuales, por vía vaginal, anal o bucal, usando fuerza, violencia, intimidación o cualquier otro medio que prive a la víctima de voluntad, razón o sentido, será sancionado con pena de ocho a doce años de prisión.

Puedan ser autores o víctimas de este delito, personas de uno u otro sexo.

El artículo 168 contempla la figura de violación a menores de catorce años, en los términos siguientes:

Quien tenga acceso carnal o se haga acceder con o por persona menor de catorce años o quien con fines sexuales le introduzca o la obligue a que se introduzca dedo, objeto o instrumento por vía vaginal, anal o bucal, con o sin su consentimiento, será sancionada con pena de doce a quince años de prisión.

URUGUAY

El artículo 272 del Código Penal

Comete violación el que comete a una persona del mismo o de distinto sexo, con violencias o amenazas, a sufrir la conjunción carnal, aunque el acto no llegara a consumarse.

La violencia se presume cuando la conjunción carnal se efectúa:

- 1.- Con persona del mismo o diferente sexo, menor de quince años. No obstante, se admitirá prueba en contrario cuando la víctima tuviere doce años cumplidos.
- 2.- Con persona que, por causas congénitas o adquiridas, permanentes o transitorias, se halle, en el momento de la ejecución del acto, privada de discernimiento o voluntad.
- 3.- Con persona arrestada o detenida, siempre que el culpable resulte ser el encargado de su guarda o custodia.
- 4.- Con fraude, sustituyéndose el culpable a otra persona.

Este delito se castiga, según los casos, con penitencia de dos a doce años.

La pena a aplicar en caso de tentativa se regulará por lo dispuesto en el artículo 87; nunca será inferior a dos años de penitencia.

7. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 173.3

7.1. Colisión normativa

El conflicto de normas del mismo rango surge cuando las dos son válidas y dicha antinomia se resuelve bajo las reglas de temporalidad y especialidad.

El concepto de validez implica no sólo que las normas estén escritas en la ley especial o en un cuerpo codificado, sino que sean materialmente aplicables sin objeciones dogmáticas trascendentes.

La aparente colisión normativa colocó de un lado el inciso tercero del artículo 173 CP y del otro, directamente los artículos 175, 179-A y 170 CP e indirectamente el artículo 176-A.3 CP.

El inciso 3 del artículo 173 del Código Penal, quedó vacío de contenido sustancial, en tanto que la norma base (Art. 170 C.P.) en cuyo tipo y bien jurídico encaja con comodidad el supuesto de hecho indicado. En ejercicio racional de sus potestades constitucionales, el regulador pudo perfeccionar, existiendo además otras normas que operan armónicamente (esto es, los

artículos 171 y 172 CP), y otras varias normas penales que siendo válidas y no estando derogadas, han sido puestas total o parcialmente en entredicho por el contenido de la primeramente indicada (nos referimos a los artículos 175, 176-A.3 y 179-A CP).

Desde la perspectiva normativa, para dar connotación conglobante y asignarle validez al texto del inciso 3 del artículo 173 CP, el legislador tendría que haber incluido en la descripción típica, la presencia de violencia (física o psicológica –amenaza–), como circunstancia de agravación en los incisos 2 y 3, o cuando menos en el inciso 3 del artículo 173, situación que no fue prevista.

7.2. Derecho a la familia

Interesa y motiva por la connotación que implica el unirse para constituir un núcleo familiar en cuyo seno, aunque no es el único de la unión de pareja, la cohabitación, es uno de los motivos más probables y usuales de ello, es altamente frecuente que se quiere el nacimiento de los hijos

El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante éste y en caso de disolución del mismo. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

En tanto que el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante éste y en caso de disolución del mismo, en éste último caso se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

7.3. Fundamentos para el establecimiento del control difuso

El segundo párrafo del artículo ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Estado, establece que en todo tipo de proceso de existir inconstitucionalidad entre una norma Constitucional y una norma legal los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

patibilidad entre una norma Constitucional y una norma legal los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

El artículo 14 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que de conformidad con el artículo 138 de la Constitución, al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, los magistrados encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera; asimismo, establece que las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

El Tribunal Constitucional en el Expediente número 1679-2005-PA/TC, señala que para declarar la inaplicabilidad de una ley el órgano jurisdiccional debe actuar:

- En el seno de un caso judicial,
- Que la ley sobre la que se duda de su validez sea relevante para resolver la controversia sometida al juez,
- Acredite que su aplicación le haya causado o pueda causarle un agravio directo, y
- No puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por el Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad.

Los artículos 2 inciso 2, inciso 24 acápite e) y ciento treinta y nueve incisos 2, 3 y 10 de la Constitución Política del Estado, se refieren a los principios constitucionales de igualdad ante la ley, de necesidad de la pena, de lesividad e independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

7.4. Razones jurídicas de la inconstitucionalidad del artículo 173.3 del código penal peruano - análisis respecto a las variables componentes de la inconstitucionalidad

Son tres los aspectos (las variables) de interés constitucional que fueron abordados:

- El derecho al libre desarrollo,
- El derecho a la libertad, y
- El derecho a ser procesado penalmente por ley expresa e inequívoca (principio de legalidad penal).

7.4.1. Respeto al derecho al libre desarrollo (artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú)

Se encuentra establecido en la Carta Magna del Estado, como el derecho de toda persona a conseguir mediante acciones personales que se encuentren dentro de la ley el desarrollo íntegro de su personalidad.

El Tribunal Constitucional⁽³⁵⁾ peruano que, *"El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres."*

Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, éstas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales."

Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal, que no sean razonables ni proporcionales, para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra."

Prosigue señalando que: *"Es bien cierto que, como sucede con cualquier otro derecho fundamental, el del libre desarrollo de la personalidad tampoco es un derecho absoluto. En la medida en que su reconocimiento se sitúa al interior de un orden constitucional, las potestades o facultades que en su seno se pudieran cobijar, pueden ser objeto de la imposición de ciertos límites o restricciones a su ejercicio."*

En algunos casos, y por lo que hace a determinados derechos fundamentales, la Constitución sujeta la actividad limitadora de los derechos fundamentales a la necesidad de que se observe el principio de reserva de ley. Así sucede, por ejemplo, con los derechos a la inviolabilidad del domicilio, a contratar con fines lícitos, a trabajar libremente, etcétera.

⁽³⁵⁾ Expediente N° 2868-2004-AA/TC

Es por ello que el Derecho Constitucional al libre desarrollo uno de los pilares del Estado Democrático de Derecho, implica diversos aspectos de la personalidad: de orden religioso, psicológico, formativo, y por supuesto de carácter sexual.

El libre desarrollo se enmarca dentro de las condiciones necesarias que deben ser respetadas por el Estado para la satisfacción del proyecto de vida de cada persona. En este sentido, cualquier norma legal que intente regular el orden social debe respetar en estricto sentido los mandatos de orden constitucional.

La reserva de ley para la restricción o limitación de un derecho fundamental debe basarse en criterios razonables, por lo que no es posible mediante una norma penal o de otro tipo restringir el derecho del adolescente a desollar su personalidad en todos los ámbitos. No basta una ley para la restricción de los derechos fundamentales, sino que ésta cumpla con ser adecuada con las expectativas de progreso de la sociedad.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que, *"...el respeto al contenido esencial de los derechos constituye un 'límite implícito [del Poder Legislativo] derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente". Y es que una cosa es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su supresión, sino solo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. De ahí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que "...no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende de que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción"*⁽³⁶⁾.

Por ello no es suficiente que el Legislador, ya sea en materia penal o de otra índole, cumpla con los requisitos legales formales de la ley para la restricción de derechos, sino como señala el Tribunal Constitucional el legislador se encuentra *"obligado a respetar su contenido esencial, no basta que se satisfagan las garantías normativas a las que antes se ha aludido para que se considere, sin más, que una limitación determinada no constituye afectación de un derecho o, acaso, que la aplicación de una norma legal limitadora, por el simple hecho de haberse establecido respetando tales ga-*

⁽³⁶⁾ Sentencia N° 2668-2004-AA/TC del Tribunal Constitucional

rantías normativas, no puede suponer la violación de un derecho constitucional.

Tal afirmación también es de recibo en el tratamiento constitucional al cual está sujeto el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, la sujeción al principio de legalidad de la actividad limitativa de este derecho no puede entenderse en el sentido de que basta que una ley o norma con rango de ley establezca un límite a cualquiera de las potestades por él protegidas para que éstas se consideren válidas en sí mismas, pues este último juicio solo podrá considerarse constitucionalmente correcto si, a su vez, se respeta el contenido constitucionalmente declarado del derecho y se satisfacen los principios de razonabilidad y proporcionalidad⁽³⁷⁾.

Toda norma que restringe derechos, como fue el caso de la Ley 28704, publicada el cinco de abril de dos mil seis, que modificó el artículo 173 del Código Penal, no se debió aplicar para los supuestos de hecho, en que existían potestades constitucionales a las libertades, porque vulneraban preceptos constitucionales.

Los derechos reproductivos comprenden, sin que la enumeración sea limitativa⁽³⁸⁾:

- Derecho de las personas para controlar y decidir sobre su propio cuerpo;
- Derecho a recibir servicios de salud de calidad donde no exista discriminación en relación con la edad, sexo, orientación sexual, estado civil;
- Derecho a recibir información sobre métodos de planificación familiar seguros, tener acceso a ellos y poder elegirlos libremente sin ningún tipo de coacción; derecho a recibir tratamiento en caso de infertilidad; y
- Derecho a la atención durante el embarazo, el parto y después de un aborto, entre otros.

En cuanto a los derechos sexuales:

- Derecho a disfrutar de la sexualidad sin necesidad de procrear;
- Derecho a la libre elección de prácticas sexuales;
- Derecho a formar o no una familia y a elegir libremente la estructura de ésta;

⁽³⁷⁾ Sentencia N° 2868-2004-AA/TC del Tribunal Constitucional

⁽³⁸⁾ Según Jennie Dador Tozzini en www.unfpa.org.pa, consulta efectuada el 25 de mayo de 2007.

- Derecho a vivir una vida libre de violencia sexual: libertad para decidir tener relaciones sexuales o no, el momento y la pareja;
- Derecho a que se respete en la intimidad;
- Derecho a la libre expresión de su orientación sexual, así como la regulación de las distintas situaciones que se desprenden de su ejercicio cotidiano;
- Derecho a recibir información y/o educación sobre sexualidad, entre otros.

El libre desarrollo de la personalidad de la agraviada se halla resguardado por aquellos marcos normativos y jurisprudenciales.

7.4.2. Respecto al derecho a la libertad (artículo dos inciso veinticuatro acápite a) de la Constitución Política del Perú

La libertad es la facultad de hacer, o dejar de hacer aquello que el orden jurídico permita; es decir, es la prerrogativa que tiene la persona de realizar, sin obstáculos, sus actividades en el mundo de las relaciones.

En mayor rigor, es el principio rector de la historia de la humanidad, que nos puede llevar a alcanzar el bien común y la justicia social. La libertad no constituye un derecho, sino un valor personal y social (al igual que la justicia, la honradez y la verdad) que está vinculado a la confianza y al orden público. Un sistema democrático, un legítimo Estado de derecho, está sustentado en la libertad y en la igualdad de los derechos de sus ciudadanos⁽³⁹⁾.

En consecuencia, es el derecho a la libertad y a obrar de la manera en que uno desee, dentro de los marcos establecidos por la sociedad, un derecho esencial de la persona, que debe ser respetado por el Estado.

Cada individuo tiene la capacidad de obrar del modo que uno crea conveniente, y poder disponer de algunos derechos que le han sido conferidos, también tiene el derecho de disponer libremente de su sexualidad cuando se encuentre con la capacidad física y psicológica para hacerlo; en este sentido la Ley debe ir de manera paralela con la realidad social y no establecer marcos normativos inadecuados con la misma.

Corresponde al Estado (a sus organismos pertinentes) y a la familia desplegar los esfuerzos y adoptar las medidas para la debida formación in-

⁽³⁹⁾ Crft. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique; Libertad Personal, en La Constitución Comentada Tomo I: Gaceta Jurídica, págs. 226 y 227; Lima, 2006.

tegral de los niños, y desde luego, en cuanto al ámbito sexual, informando y orientando oportuna y debidamente para preparar a tiempo a los que serán adolescentes para el desempeño racional de sus potestades sexuales⁽⁴⁰⁾.

Un adolescente mayor de 14 años debido a su desarrollo bio-psico-social, cuenta con los elementos indispensables para la disposición de su sexualidad, debido a ello, ha de ser libre para decidir el momento y la persona con quien entablará relaciones de carácter sexual.

El derecho a la libertad tiene sustancia constitucional y puede ser usado de manera negativa o positiva; en el tema bajo análisis, para negarse la interesada a la relación sexual o para consentir en la misma.

No debe por tanto vulnerarse su derecho en aquella edad del desarrollo a decidir libremente sobre temas que guardan relación estricta con un ámbito de su desarrollo en sociedad.

7.4.3. Respecto al derecho a ser procesado por cargos que emanen de ley escrita e inequívoca -principio de legalidad penal- (al negar los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes) (artículo 2, Inciso 24 acápite d) de la Constitución Política del Perú

El reconocimiento de la antijuridicidad en una conducta presupone, según ZAFFARONI⁽⁴¹⁾, considerar al orden jurídico como un todo unitario para cuya totalidad la conducta es ilícita, porque no se puede dar lugar al "escándalo jurídico" de afirmar y negar algo al mismo tiempo y por ello "una conducta lícita en un ámbito del derecho, no puede ser ilícita en otro", salvo que se trate de comportamientos diferentes.

Ello obliga a la razonable búsqueda de la coherencia normativa en el conjunto del acervo legislativo, dado que no resulta jurídicamente aceptable que unas normas permitan lo que otras prohíban, mucho menos, bajo aflicciones de privación de libertad.

⁽⁴⁰⁾ El autor estima que la medida de prohibir de manera cerrada las relaciones sexuales de los adolescentes, sancionar penalmente las mismas de modo absoluto, no sólo no resuelve los problemas de ausencia de orientación, sino que genera otros problemas adicionales, y finalmente, encubre la carencia de atención de éstas áreas.

⁽⁴¹⁾ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA y Alejandro y SLOKAR, Alejandro; *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 2005. Págs. 459 y 460.

El Código Penal peruano, desde el 5 de abril de 2006 (fecha de publicación de la Ley 28704) que modificó el parámetro típico precedente (bajo el cual se reconocía el derecho a la libertad sexual de las personas de 14 años de edad en adelante) proscribía las relaciones sexuales de los menores de edad (incluyendo a los adolescentes de 14 años en adelante), bajo sanciones penales diversas, en tanto que el Código Civil permite el matrimonio de los adolescentes de dieciséis años en adelante bajo ciertas reglas, de modo tal que la coexistencia de aquel ámbito de permisión colisiona con la prohibición penal y genera, cuando menos a su vez, una excepción de punición (por cuanto de no entenderse así, el matrimonio de adolescentes de 14 años implicaría directamente una comisión delictiva con participación de los padres que autorizan el matrimonio y del Alcalde o el Funcionario Municipal celebrante del acto, o en su defecto implicaría la generación de un matrimonio exento de las potestades y deberes de lecho y habitación en tanto alcanza el menor la mayoría de edad, hipótesis que no se ha previsto en la ley).

El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (que el Perú suscribió y por tanto es exigible), como se ha señalado anteriormente, concede a hombres y mujeres en edad núbil el derecho a casarse y fundar una familia.

Por *edad núbil* se puede entender solamente la edad legal para el matrimonio (del connubio), pero, en sentido lato, desde una perspectiva biológica-fisiológica, lo es la edad de la pubertad, asociada, en el caso de la mujer a la menarquía que, como proceso complejo se presenta aparejada de una carga importante de cambios hormonales que influyen en las esferas psíquica y social de su desempeño personal ante el surgimiento de nuevas características dirigidas a la reproducción aunque no se tenga la perspectiva de engendrar, por lo que resulta aconsejable que al legislar sobre derechos sexuales de las púberes se acuda a las investigaciones académicas sobre el particular⁽⁴²⁾.

Si el matrimonio es una célula fundamental de la familia y si el niño recién nacido tiene derecho a pertenecer a una familia, como consecuencia de las indicadas prerrogativas constitucionales, es válido concluir que cuando menos las personas de 16 años en adelante, pueden sostener relaciones sexuales y engendrar estando casadas, sin que les afecte el alcance de ninguna norma penal ni a ellas ni a sus cónyuges aunque sean éstos mayores de 18 años de edad.

⁽⁴²⁾ GIBERTI, Eva; ¿Solamente reproducirse?: La Edad Núbil, extraído de www.rimaweb.com.ar/infancia_adolescencia/giberti1.html; página consultada el 25 de mayo de 2007.

A ello se suma que al no haber sido expresamente derogado el artículo 175 del Código Penal⁽⁴³⁾, que sanciona bajo el epígrafe de seducción, las relaciones sexuales sostenidas bajo engaño en perjuicio de las personas de catorce a dieciocho años de edad, resulta paradójico que el sujeto activo que engañe a un menor que tenga de catorce a dieciocho años de edad para sostener relaciones sexuales deba ser sancionado con pena de tres a cinco años de privación de la libertad, en tanto que el sujeto activo que sostenga relaciones sexuales consentidas con un menor que se halle en idénticos parámetros de edad, deba padecer privación de libertad de veinticinco a treinta años.

No ha de perderse de vista que según el Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, evento realizado en El Cairo, en septiembre de 1994 (en que el Perú estuvo representado), se resalta en el principio once el deber de los Estados y la comunidad de prevenir los abusos contra los menores, en especial los de carácter sexual, en tanto que en el apartado seis punto diez se destaca el deber de los Estados de proteger a los niños y jóvenes contra todo tipo de explotación, y en el apartado seis punto quince se precisa que los jóvenes tienen derecho a información sexual para evitar los embarazos precoces, lo que implica, según estimación del autor, que los Estados representados en aquel evento internacional consideraron, en beneficio de los adolescentes, un ámbito de libre determinación informada para el embarazo temprano (sea el originado por relaciones sexuales o – de modo más complejo – bajo técnicas de reproducción asistida),

(43) La disposición del artículo 4 de la Ley 28704 efectúa una declaración de derogación y/o modificación genérica de las disposiciones que se opongan a la indicada ley, derogación que no alcanza al artículo 175 del Código Penal, que sigue apareciendo en el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ), a cargo del Ministerio de Justicia, como disposición vigente, con el texto siguiente:

Artículo 175.- Seducción

El que, mediante engaño, practica el acto sexual u otro análogo, con una persona de catorce años y menor de dieciocho, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicio comunitario de treinta e setenta y ocho jornadas. (1)(2)

(1) Artículo vigente conforme a la modificación establecida por el Artículo 1 de la Ley N° 26357, publicado el 28-09-94.

(2) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28251, publicada el 08-06-2004, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 175.- Seducción

El que, mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

de diferente tratamiento al del abuso sexual contra menores, generador o no de embarazo), todo ello de conformidad con los compromisos contraídos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño.⁽⁴⁴⁾

A partir del indicado Informe sobre la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo se puede colegir que, no están satisfechas las necesidades de los adolescentes en materia de enseñanza y de servicios dirigidos a que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable; la salud reproductiva está en muchos casos en el mundo, fuera del alcance de muchas personas a causa del conocimiento insuficiente sobre la sexualidad humana, la información y los servicios insuficientes o de mala calidad en materia de salud reproductiva, hallándose los adolescentes dentro de los más vulnerables⁽⁴⁵⁾.

Queda por tanto, la interrogante si fue legítimo, desde la expectativa jurídica constitucional, el método de negar la libertad sexual de los adolescentes de 14 años a más, para enfrentar el problema de la indicada vulnerabilidad (puesto que el artículo 170 del Código Penal protege ya a todos respecto de la violación sexual bajo violencia o amenaza aunque nada impide que se califique especialmente la violencia o la amenaza como medios comisivos cuando se trata de víctimas de catorce a dieciocho años de edad por los efectos especialmente nocivos del abuso sexual en el proyecto de vida).

Ergo es válido concluir que el legislador Peruano no tiene claro ni definido de modo incontrovertible si un sector de los adolescentes (entendiéndose por tales cuando menos a los que van de los catorce años en adelante) están o no necesaria y/o absolutamente excluidos de los denominados derechos sexuales y reproductivos que se hallan reconocidos y declarados como derechos de la humanidad.

Si el Estado (Parlamento y Poder Ejecutivo) no tiene al respecto una posición firme y unívoca, no es legítimo que se exija a la ciudadanía que se motive en las prohibiciones penales que no son claras (y no lo son para los adolescentes –que podrían incurrir en infracciones penales en aplicación del Código de las Niñas, los Niños, las y los Adolescentes- como para los adultos -relativa o plenamente responsables- que sostengan relaciones sexuales con personas que tienen entre catorce y dieciocho años de edad).

(44) Cfr. http://www.unlpa.org/icpd/docs/icpd/conference-eport/finalreport_icpd_spa.pdf

(45) Cfr. http://www.unlpa.org/icpd/docs/icpd/conference-eport/finalreport_icpd_spa.pdf

10. Si en el reconocimiento médico de cualquiera de las partes se encontraran evidencias adicionales, el médico legista formulará el acta de hallazgo de evidencias, generará la cadena de custodia correspondiente, reemitiéndolas al Laboratorio para su procesamiento, con conocimiento del Fiscal.
 11. El Hisopado vaginal o anal del agraviado se llevará a cabo en la División Médico Legal, en estos casos se levantará las actas pertinentes y la Cadena de Custodia que corresponda. El Hisopado prepucial del investigado se realizará en el Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional o en la División Médico Legal. El procesamiento pericial de las muestras se realizará por la entidad con mayor capacidad resolutive. En caso de existir prendas que requieran pericia biológica, éstas se remitirán al Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional o al de IML, para su procesamiento.
 12. La declaración del agraviado deberá hacerse en presencia del Fiscal de Familia y, generalmente, con presencia del Fiscal Penal, y las demás partes legitimadas en la investigación, si estuvieran presentes.
 13. Si el Fiscal Penal considerara adecuado para su Teoría del Caso, solicitará la declaración de la víctima como prueba anticipada, a fin de no re victimizar a la menor agraviada llevándola a la audiencia pública de juzgamiento para al interrogatorio y contra interrogatorio, con grava perjuicio para su personalidad psicológica, haciendo uso de la Cámara Gesell en el Distrito correspondiente.
 14. De ser necesario se realizará una constatación Técnico policial o fiscal in situ, lavantándose las actas correspondientes, como acta de incautación (de arma de fuego por ejemplo); recojo de prendas, reconocimiento de la habitación o lugar donde se produjo el hecho etc. En caso de uso de armas de fuego, el fiscal podrá disponer la realización de una pericia da absorción atómica, pericia balística o dactiloscópica u otras.
 15. Se dispondrá un reconocimiento físico o fotográfico de acuerdo al caso. No procede el careo entre el imputado y la víctima menor de 14 años de edad, salvo que quien lo represente o su defensa lo solicite expresamente, de conformidad con el Art. 182 del NCPP.
- Quando la denuncia sea interpuesta en la Fiscalía de turno, deberá seguir los procedimientos anteriores.

10. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA Y DE CONSULTA

- BACIGALUPO, Enrique. Estudios sobre la parte especial del Derecho penal. Ed. Akal iure, Madrid, 1991.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Derecho Penal, Parte Especial, I, Madrid, 1985.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Compendio de Derecho Penal (parte especial) Vol. I y II, Colección Ceura-Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid -España, 2003
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Universidad Externado de Colombia. 2009.
- BRAMONT ARIAS Luis A. Temas de Derecho Penal T. V; SP Editores. Lima 1988. Código Penal - Parte Especial, Lima 1995.
- BRAMONT ARIAS TORRES y GARCIA CANTIZANO María del Carmen, Manual de Derecho Penal Parte Especial, Tercera Edición, ED San Marcos, Lima 1998.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Ed. Ariel, S.A. Barcelona, 1986.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.; POLITOFF, S.; GRISOLIA, F.; Derecho Penal Parte Especial, Los Delitos Contra la Persona, Santiago de Chile, 1970.
- CALDERÓN CEREZO A. y CHOCLÁN MONTALVO, Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona 1999.
- CREUS, C. *Derecho Penal / Parte Especial. Tomo I*. 6 ED. Astrea. Buenos Aires.
- DONNA, Edgardo; Derecho Penal parte especial Tomos I, IIA y IIB Rubinzal Culzoni Editores; Buenos Aires- Argentina,
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial, 16va Edición, actualizada por Guillermo Ledesma, Bs. As., 2002.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier, *Derecho penal – Parte Especial*. Tomo II. Jurista Editores; Primera Edición. Lima, 2011
- HURTADO POZO José y PRADO SILDARRIAGA Víctor. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Editorial IDEMSA agosto 2011
- LENCIONI LEO Julio, Los delitos Sexuales, Editorial Trillas, Mexico, 2002.
- MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 8 edición. Editorial Reperior 2008.

- MALLARRÉ HORMAZÁBAL, Hernán. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*. Colección Sello de Oro de las Ciencias Penales. IDEMSA. Lima. 2005
- MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *Delitos de agresiones sexuales violentas*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2005
- NUÑEZ, Ricardo. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Lerner, Córdova, Argentina, 1981.
- NOGUERA RAMOS, Iván. *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual*. Editorial Jurídica Griley. Lima 2011. Páginas 39 y 42).
- NOVAK FABIAN y NAMIHAS Sandra. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos; Academia de la Magistratura*. Primera edición. Lima. 2004
- PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial, I II Ediciones Jurídicas*, 1992.
- PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial, II, Ediciones Jurídicas*, Lima, 1993.
- PEÑA-CABRERA Freyre Alonso Raúl, *Delito Contra la Libertad e Intangibilidad Sexual- un estudio jurídico desde una perspectiva penal, procesal y criminológica-Derecho penal parte especial*; Idemsa Editores; Lima-Perú; 2007 .
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de Parte Especial del Derecho Penal, I-IV (con la participación de Enrique Gimbernat y Carlos García Valdés en la segunda edición)*.
- QUINTERO OLIVARES Gonzalo y VALLE MUÑIZ Jose Manuel, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Ed Aranzadi, Pamplona 1996.
- QUINTERO OLIVARES Gonzalo y MORALES PRATS Fermin, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Ed Aranzadi, Navarra, 2005.
- REYNA ALFARO Luis *Delitos Contra la libertad e indemnidad sexual. Enfoque dogmático y jurisprudencial*. Jurista Editores. Primera Edición 2005
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*, Tomo I, Fundamentos, la Estructura de la Teoría del Delito, Traducción de la 2da. Edición Alemana por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial CIVITAS .Reimpresión. año 2000
- SALAS ARENAS Jorge Luis; *Constitucionalidad y Aplicación Judicial. Experiencias de Control Difuso Antiguo y Nuevo Régimen*. Editorial San Bernardo. Lima 2011.

UNIDAD IV: DERECHO PROCESAL PENAL

- **BASES CONSTITUCIONALES DEL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO.** César Landa Arroyo. Instituto de Ciencia Procesal Penal.

BASES CONSTITUCIONALES DEL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL PERUANO

*César Landa Arroyo**

Sumario:

I. Presentación. II. Bases Constitucionales del Nuevo Código Procesal Penal Peruano. III. Conclusión.

I. PRESENTACIÓN

Los intentos de reforma del proceso procesal penal en el Perú, en los últimos años, han fracasado por diversas razones. En primer lugar, por la falta de voluntad política para llevar adelante las modificaciones legales en la materia; en segundo término, por la falta de perspectiva en la implementación de dichas reformas. Se suma a ello, el hecho de que la mayoría de los juicios todavía no han logrado superar su visión positivista del Derecho en general,³⁷⁷ con los cual, todavía rezan el credo de que "el juez debe limitarse a la aplicación de la ley".³⁷⁸

De ahí que todavía persista, en nuestra cultura judicial, y en detrimento del principio de fuerza normativa de la Constitución, la renuencia de aceptar y aplicar los principios y disposiciones constitucionales, los cuales no son aplicables sólo a un determinado ámbito del ordenamiento jurídico, sino que son de alcance general.

Se ha olvidado, por tanto, que en todo Estado constitucional democrático, la potestad de administrar justicia debe estar enmarcada dentro de los cauces constitucionales; es decir, en observancia de los principios, valores y derechos fundamentales que la Constitución consagra y reconoce. Esto así porque la Constitución, a partir del derecho de supremacía constitucional, sienta las bases constitucionales sobre las cuales se edifican las diversas instituciones del Estado; a su vez, dicho principio exige que todas las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico deben ser acordes con lo que la Constitución señala.

* Doctor en Derecho por la Universidad Alcalá de Henares de España. Catedrático de Derecho Constitucional de en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Magistrado Tribunal Constitucional. Ensayo con la colaboración de Jorge León

377 LANDA César, «Constitutionalismo y cultura judicial» En A.A.VV. *Visión iberoamericana del tema constitucional*. Caracas: Fundación Manuel García Pelayo, 2003. pp. 303 y ss.

378 BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1987. p.23

Es que el proceso judicial, en general, y el proceso penal, en particular, en nuestro medio, siempre han sido analizados desde la perspectiva estrictamente procesal, soslayando, de esta manera, sus bases constitucionales. En este sentido, es positivo que el nuevo Código Procesal Penal (en adelante CPP)³⁷⁹, en su Título Preliminar, no haya hecho otra cosa que recoger los principios y derechos constitucionales que la Constitución prevé y que son la aplicación al proceso penal. Por ello, en este trabajo corresponde analizar las bases constitucionales que el nuevo CCP ha incorporado en su Título Preliminar en concordancia con la Constitución Política de 1993.

II. BASES CONSTITUCIONALES DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO

2.1 Tutela procesal efectiva

«ARTÍCULO 1. Justicia Penal.- 1. La justicia penal es gratuita, salvo el pago de los costos procesales establecidos conforme a este Código. Se imparte con la imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un proceso razonable.

2. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas del Código.

3. Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.

4. Las resoluciones son recurribles, en los casos y en el modo previsto por la Ley. Las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de recurso de apelación.

5. El Estado garantiza la indemnización por errores judiciales».

La Constitución de 1993, en su artículo 139º, establece determinados principios y derechos relacionados con la tutela procesal efectiva, que consiste en el derecho de toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales con el objeto de que pueda obtener un pronunciamiento (sentencia o auto) que resuelva una controversia de relevancia jurídica. Se derivan en este derecho fundamental, las siguientes exigencias³⁸⁰: 1) acceso a órganos propiamente judiciales; 2) prohibición de exclusión del conocimiento de las pretensiones en razón de su fundamento; 3) prohibición de impedir su acceso (*principio del favor actionis a pro actione*), el cual se manifiesta a través del respeto al debido proceso, el acceso a la justicia.

379 El nuevo Código Procesal Penal, promulgado mediante el Decreto Legislativo N.º 957, fue publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 29 de julio de 2004.

380 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 2004. pp. 64 y ss.

En concordancia con esta disposición constitucional, en el artículo 1 del nuevo Código Procesal Penal se puede identificar determinados principios y derechos relativos a la tutela jurisdiccional en el ámbito del proceso penal. El inciso 1, por ejemplo, relaciona el principio y derecho de la gratuidad de la administración de justicia y el principio de independencia de los órganos jurisdiccionales.

La tutela procesal efectiva, como hemos señalado, se manifiesta en el debido proceso y el acceso a la justicia. El derecho fundamental al debido proceso está reconocido en el artículo 139°-3 de la Constitución y su aplicación no sólo se circunscribe al ámbito judicial, sino que también alcanza a todo tipo de procesos y procedimientos de naturaleza distinta a la judicial.³⁸¹

En cuanto al contenido de este derecho fundamental cabe señalar que es amplio, porque no sólo se refiere a que, en el proceso penal, se respete el derecho al libre acceso al órgano jurisdiccional y el derecho de defensa del justiciable, sino que también se refiere a la igualdad procesal entre las partes, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, a obtener una resolución fundada en Derecho, a acceder a los medios impugnatorios, etc.

Por otro lado, el nuevo Código, en este artículo, también ha incorporado el *principio de igualdad* procesal, el cual se deriva del derecho fundamental (artículo 2°-2 de la Constitución), y consiste en que las partes en el proceso penal –que es el caso que ahora nos ocupa– se encuentren en condiciones paritarias y dispongan de los mismos instrumentos para hacer vales sus pretensiones en el proceso (*igualdad de armas*). Es decir, por este principio, las partes de un proceso deben tener “los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo tal que no quepa la existencia de privilegios ni a favor ni en contra de alguna de ellas”³⁸²

El Nuevo Código ha reconocido, además, el derecho a la instancia plural (denominado también como derecho al recurso), que no es sino el derecho que tienen las partes del proceso de recurrir ante el órgano jurisdiccional de instancia superior, con el objeto de que revise una resolución judicial. Este derecho (enunciado en el artículo 139°-6 de la Constitución) implica, por lo demás, acceder a los recursos previstos por ley y la prohibición de exigir formalismos irrazonables en su concesión.

No obstante, es del caso añadir que el derecho a la instancia plural adquiere toda su fuerza en el ámbito penal, al proscribe la reforma peyorativa –*reformatio in peius*–; vale decir, la prohibición que la situación jurídica del recurrente se vea agravada como consecuencia de su propio recurso.³⁸³

381 LANDA, César. *Teoría del Derecho procesal constitucional*. Lima: Palatka Editores, 2004, p. 136.

382 MONTERO AROCA, Juan y otros. *Derecho Jurisdiccional I*. Parte General. Valencia: Trónt Lo Blanch, 9ª edición, 2006, p. 322.

383 RAMOS MENDOZA, Francisco. El proceso penal. Tercera lectura constitucional, Bosch editor S. A., Barcelona, 1993, pp. 407 y ss.

Finalmente, este artículo también hace referencia al derecho a la indemnización frente al error judicial. No se trata de un mecanismo de subsanación, sino de un auténtico derecho que se encuentra reconocido en el inciso 7 del artículo 139° de la Constitución y, en particular, en el inciso 6 del artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconocen el derecho que tiene toda persona que haya sido objeto de error judicial en un proceso penal –y también ante una detención arbitraria–, para que sea indemnizada en la forma que la ley lo disponga.³⁸⁴

2.2. Presunción de inocencia

«ARTÍCULO II.- Presunción de inocencia.- 1. Toda persona imputada de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.

2. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido».

La presunción de inocencia que la Constitución consagra en el artículo 2° -24-e, en el ámbito constitucional, es un derecho fundamental, pero también un principio constitucional. En efecto, la presunción de inocencia, en el primer caso, es el derecho fundamental que asiste a toda persona a que sea considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

El fundamento de este principio es el *in dubio pro homine*, el mismo que está relacionado en tanto se reconoce que la defensa de la persona humana y de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado, según lo establece el artículo 1° de la Constitución, y que constituye la piedra angular de todo el ordenamiento jurídico³⁸⁵. En el segundo caso, es decir, como principio, la presunción de inocencia es el fundamento del proceso penal del moderno Estado constitucional democrático porque de él se derivan no sólo los límites para el legislador, sino que también constituye un elemento importante de interpretación de las disposiciones³⁸⁶.

384 LANDA, César. «Los derechos humanos como fundamento constitucional del derecho penal». En *Actualidad Jurídica*, Tomo, 110, marzo, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 48.

385 LANDA, César. «Divinidad de la persona humana» En *constituciones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N.º 7, julio-diciembre, México D. F., 2002, p. 110.

386 BALAGUER CARRILLO, Francisco (coordinador). *Derecho constitucional*. Vol. II. Madrid: Tecnos, 1999, pp. 214-215.

Ahora, desde el punto de vista constitucional, el derecho fundamental a la presunción de inocencia tiene diferentes manifestaciones³⁸⁷, a saber: 1) la carga de la prueba es responsabilidad de la parte acusadora, lo cual quiere decir, en otras palabras, que el inculcado no tiene la obligación de probar su inocencia; 2) la aplicación del principio in dubio pro reo recogido en el artículo 139º -11 de la Constitución, según el cual, el juez está obligado a la absolución del imputado debido a la ausencia de elementos probatorios que puedan enervar la presunción de inocencia; 3) en cuanto se presume la inocencia del imputado, su detención será una circunstancia excepcional. En forma concordante con esta disposición constitucional, el artículo II del Título Preliminar del nuevo CPP.

Cabe decir, no obstante, que el principio a la presunción de inocencia no es absoluto, sino más bien relativo, pues la quiebra de dicho principio se produce cuando se demuestra la culpabilidad de la persona mediante una sentencia firme y debidamente motivada.

Por último, debemos resaltar un aporte importante del nuevo CPP, en lo que se refiere a la prohibición de las autoridades o funcionarios públicos de mostrar a una persona como culpable de un delito o brindar información de la cual se pueda colegir en ese mismo sentido.

Esto es especialmente relevante frente a la arraigada costumbre de las autoridades o funcionarios del Estado (congresistas, jueces, fiscales, policías) e incluso de los medios de comunicación de no respetar el principio-derecho a la presunción de inocencia.

2.3. Principio de *ne bis in idem*

«ARTÍCULO III.- Interdicción de la presunción penal múltiple.- Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo. La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la Sentencia Condenatoria expedida en algunos de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código».

El Principio *ne bis in idem* es un principio de naturaleza sustantiva y procesal. En un primer término, viene a configurarse como el derecho de la persona a no ser sancionada dos veces por un mismo hecho-delito, falta o infracción-, este es el *ne bis in idem* sustantivo. De otro lado, se presenta como el derecho de la persona de no ser procesada, nuevamente, por un hecho que ya fue objeto de prosecución judicial, en este segundo supuesto estamos frente al *ne bis in idem* procesal³⁸⁸.

No obstante, debemos señalar que el principio *ne bis in idem* está relacionado, estrechamente, con el principio de cosa juzgada, contenido en el artículo 139º -2 y 139º -13 de la Constitución. En efecto, el principio de cosa juzgada consiste en que el justiciable (agraviado y acusado) obtenga una resolución judicial firme, inmutable y; por lo tanto, oponible a cualquier pretensión análoga ulterior, siempre que ésta no haya vulnerado los derechos fundamentales de terceros. Por ello, en última instancia, solo la cosa juzgada material -no lo formal- es la que otorga seguridad jurídica a los fallos judiciales.

Este principio ha sido escogido por el legislador en el artículo III del Título Preliminar del nuevo CPP, que no es sino la prohibición de la persecución penal múltiple. En este sentido se señala, en dicho artículo, que nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Sin embargo, la relevancia de esta disposición no está solamente en referencia a este principio en el ámbito penal, sino en la extensión de este principio al Derecho administrativo sancionador, que por lo demás, tiene preeminencia sobre el Derecho administrativo.

2.4. Rol del Ministerio Público

«ARTÍCULO IV. Titular de la acción penal.- 1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio.
2. El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos del 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.
3. Los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional. Cuando fuera indispensable una decisión de esta naturaleza la requerirá al órgano jurisdiccional, motivando su petición».

El Ministerio Público, en nuestro ordenamiento, es un organismo de relevancia constitucional, pero no tanto porque dicha institución esté prevista expresamente en la Constitución, sino por los roles constitucionales a los que está llamado a desempeñar. En efecto, según la Constitución 1993 (artículo 159º), el Ministerio Público cumple, básicamente, las siguientes funciones: 1) promover de oficio o petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos que el derecho tutela; 2) velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia; 3) representar en los procesos judiciales a la sociedad; 4) conducir desde su inicio la investigación del delito, para lo cual la Policía Nacional está obligada a prestar colaboración de los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función; 5) ejercitar la acción penal de oficio o petición de parte; 6) emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos previstos por la ley; y 7) ejercer la iniciativa legislativa

387 Quiroga Farfán, Fany. *El derecho a la presunción de inocencia*. Lima: Palestra Editores, 2004, pp. 42 y ss.

388 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Penal Penal*. Vol. I. Lima: Grijley, 2001, pp. 61 y ss.

en la formación de leyes. Como puede apreciarse, las funciones del Ministerio Público no solo se limitan al ámbito procesal penal, sino que también cumple funciones constitucionales.

No obstante, corresponde analizar el rol del Ministerio Público en la forma como ha sido prevista en el artículo IV del Título Preliminar del nuevo CPP. En concordancia con lo que establece la Constitución, el nuevo Código atribuye, en exclusiva, al Ministerio Público la titularidad de la acción penal, lo cual quiere decir que el Ministerio Público actúa de acuerdo al principio de legalidad, es decir, que no se rige por criterios de oportunidad al momento de ejercitar la acción penal³⁸⁹.

De ahí que el Código señale que el Ministerio Público «debe actuar con objetividad», con lo cual queda fuera de lugar la promoción de la acción penal por motivos subjetivos o de conveniencia particular. Pero, además, se le atribuye una función importante de control frente a los «actos de investigación» que realiza la Policía, con lo cual asume una responsabilidad determinante de controlar los excesos, siempre latentes, de los actos que la Policía lleva a cabo, que, por lo demás, como establece la Constitución en su artículo 166°, deben estar relacionados con la finalidad fundamental de garantizar, mantener y restablecer el orden interno, y con la prevención y lucha contra la delincuencia.

Otro aspecto sobre el cual debemos llamar la atención es en lo que se refiere a la posición del Ministerio Público frente a la Policía Nacional. En este sentido, es claro que la Constitución y el nuevo CPP han asignado al Ministerio el rol del conductor de la investigación preparatoria, para lo cual puede solicitar el apoyo de la Policía Nacional. Esta posición es sumamente importante, por cuanto permite delimitar claramente cuál es el papel de la Policía Nacional frente al Ministerio Público, lo cual puede contribuir positivamente a desterrar la inconstitucionalidad práctica de los atestados policiales de tipificar el delito, pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de una persona.

Por ello, debe quedar claro, que la relación entre ambas instituciones es la de conductor de la investigación preparatoria y colaborador de ella, respectivamente, lo cual no excluye que el actuar de ambas instituciones debe realizarse de acuerdo al principio de mutua colaboración³⁹⁰.

Finalmente, también es de relevancia que el artículo IV del Título Preliminar, en su párrafo final, haya definido la naturaleza de las funciones del Ministerio Público, al señalar que los actos que realiza tanto el como la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional.

Es que, como se señala en la doctrina, el Ministerio Público es una institución distinta del Poder Judicial, puesto que no posee funciones jurisdiccionales, «no es un Poder Judicial; no ejerce jurisdicción (no es un órgano revestido de la potestad de resolver disputas

aplicando el Derecho en un procedimiento contradictorio entre partes, dictando una decisión tendencialmente irrevocable)»³⁹¹.

2.5. Rol del Poder Judicial

«ARTÍCULO V. Competencia Judicial.- 1 Corresponde al órgano jurisdiccional a la dirección de la etapa intermedia y, especialmente, del juzgamiento, así como expedir las sentencias y demás resoluciones previstas en la ley.
2. Nadie puede ser sometido a pena o medida de seguridad sino por resolución del órgano jurisdiccional determinado por la ley».

Desde que en los inicios de constitucionalismo se formuló el principio de división de poderes como mecanismos de garantizar la independencia de los tres poderes clásicos del Estado, tal principio ha sufrido, en la actualidad, una transformación que ha llevado al tránsito de su rigidez a uno de mayor flexibilidad. Prueba de ello es que en el actual Estado constitucional democrático, el Poder Ejecutivo desarrolla una función legiferante bastante importante, con lo cual la función legislativa ha dejado de ser privativa del Parlamento.

Del mismo modo, las funciones del Poder Ejecutivo se han ido trasladando a otras entidades y organismos a través de mecanismos de descentralización, que convierte al Ejecutivo ya no en el Poder único y exclusivo encargado de llevar a cabo las políticas de gobierno en los distintos ámbitos del Estado.

Lo mismo no ha sucedido, sin embargo, con el Poder Judicial, que desde sus orígenes y hasta la actualidad ha conservado, para sí, privativamente, la potestad de administrar justicia. Esto es, el Estado reserva al Poder Judicial la potestad de *decir, decidir y declarar* el derecho a aplicar en un conflicto entre particulares o entre ellos y el Estado. Esta potestad exclusiva se manifiesta, aún más claramente, cuando se encarga al Poder Judicial de ejercer el *ius puniendi* del Estado, es decir, la facultad de sancionar las infracciones y las afectaciones de bienes jurídicamente protegidos.

De ahí que nuestra Constitución, en su artículo 139° -19 prohíba el ejercicio de la función jurisdiccional por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución y las leyes.

En esa línea de pensamiento, la Constitución de 1993 (artículo 138°) dispone que la «potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes [...]»³⁹². Sobre esta disposición constitucional se plantea dos problemas sobre los cuales debemos llamar

389 MONTERO ARCECA, Juan y otros. Derecho Jurisdiccional I. Parte General. Valencia: Tirant Lo Blanch, 9ª edición, 2000, p. 63.

390 AZARACHE, César. Introducción al procedimiento penal. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 153.

391 BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coordinador). Derecho constitucional. Vol. II..., op. cit. P. 448, De Llera Suñer, Héctor, Emilio. El modelo constitucional de investigación penal. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, p. 123.

392 LÓPEZ GUERRA, Luis. El Poder Judicial en el Estado constitucional. Lima: Palestra Editores, 2001, p. 22.

la atención: la legitimidad del Poder Judicial y la exclusividad que la Constitución reconoce, al Poder Judicial, para el ejercicio de esa potestad.

Con respecto al primer punto cabe señalar, como regla, que en nuestro ordenamiento, la legitimidad de los jueces, en general, no proviene de la elección por voluntad popular. Pero entonces cabe indagar de dónde le viene esa legitimidad. El mismo artículo 88º nos ofrece una primera aproximación a su respuesta.

En efecto, si bien la legitimidad de los jueces, en nuestro ordenamiento, no proviene de un sufragio universal o de una elección popular, sí cabe afirmar que es una legitimidad indirecta, es decir, en su vinculación a la Constitución, es una norma jurídico-política.

Por otro lado, la Constitución (artículo 139º-1) reconoce la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, estableciendo, a su vez, la prohibición de establecer jurisdicciones independientes del Poder Judicial, a excepción de la justicia militar y la arbitral.

En este mismo sentido, el artículo V del Título Preliminar del CPP ha reservado para el Poder Judicial dos fases, a nuestro entender determinantes, del proceso penal: 1) la dirección de la etapa intermedia del proceso penal, es decir, de aquella en la que el juzgador va a decidir si existe mérito suficiente para que se pase a la etapa del juzgamiento; y 2) la etapa de juzgamiento propiamente.

Cabe señalar que ambas etapas del proceso penal, el juez debe actuar dentro del marco que establecen no sólo las disposiciones del nuevo CPP, sino también en observancia del principio de independencia judicial (artículo 139º-2 de la Constitución) y de *fuera normativa de la Constitución*, es decir, que las actuaciones de los jueces no sólo tienen que ser legales, sino que, especialmente en lo que se refiere a sus facultades (dictar sentencias, medidas cautelares, etc.), constitucionales, esto es, observando los principios y valores superiores que la Constitución reconoce, así como el respeto de los derechos fundamentales. Ello, por cuanto los jueces, como es obvio, también están sometidos a la Constitución³⁹³.

2.6. Principio de legalidad de las medidas limitativas de derechos

«ARTÍCULO VI. Legalidad de las medidas limitativas de derechos.- Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad.

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos de las personas, pero también instituciones objetivas valorativas que informan todo el ordenamiento jurídico³⁹⁴. En tal sentido, no son derechos absolutos, sino más bien relativos y, como tales, pueden ser restringidos.

Pero las restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales no pueden dictarse por cualquier autoridad ni bajo cualquier circunstancia, sino que se encargarán a una autoridad específica y bajo supuestos claramente establecidos que deben ser previstos en el ordenamiento jurídico.

Pero además de ello, las limitaciones de los derechos fundamentales, especialmente dentro de un proceso penal, dentro de la estricta observancia del procedimiento previsto para tal efecto y con las garantías que se derivan tanto de la Constitución como de las leyes pertinentes. En nuestro ordenamiento, como regla general, se ha encargado a la autoridad judicial la limitación de derechos.

De otro lado, desde el punto de vista constitucional, el artículo VI del Título Preliminar del nuevo CPP, ha recogido lo previsto por la Constitución en su artículo 139º-5, que exige la motivación escrita de las resoluciones judiciales, a excepción de los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley que se está aplicando y los fundamentos de hecho en que se fundan.

Con esto se busca proteger el derecho de todas personas a la *verbeza judicial*, es decir, el derecho a que las sentencias y autos estén debidamente fundamentados o motivados; de modo tal, que el texto de la resolución demuestre con claridad el razonamiento respecto al hecho que se conoce como al derecho que se aplica. Se hallan exceptuadas del cumplimiento de esta regla, como ya hemos señalado, las resoluciones de mero trámite, es decir, los decretos.

Otro aspecto relacionado con este artículo del nuevo CPP es la incorporación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad como parámetros a considerar cuando se trata de la limitación de un derecho fundamental por una resolución judicial. Esto es especialmente importante por cuanto, mediante la observación de este principio, se busca evitar que el juez incurra en arbitrariedades cuando se trate de la limitación de un derecho fundamental, mediante una resolución judicial, dentro del marco del proceso penal. De esta manera, los principios de razonabilidad y proporcionalidad, por los cuales los medios empleados deben ser legítimos y proporcionales al fin perseguido³⁹⁵, se convierte en un parámetro importante a observar por los jueces; con lo cual se busca prevenir la afectación arbitraria e ilegal de los derechos fundamentales.

2.7. Ley Procesal Penal. Vigencia e interpretación

394 HABEBE, Meter. La Libertad fundamental en el Estado constitucional. Lima: MDC-Fondo Editorial de la PUCEP, 1997, pp. 363 y ss.

395 Habebé, Meter. La Libertad fundamental en el Estado constitucional. ., op.cit. p. 127.

393 DE OTTO, Ignacio. Estudios sobre el Poder Judicial. Madrid: centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1989, p. 70.

- «ARTÍCULO VIII. Vigencia e interpretación de la Ley procesal penal.- 1. La Ley procesal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es al tiempo de la actuación procesal. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.
2. La Ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible.
3. La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos.
4. En caso de duda insalvable sobre la ley aplicable, debe ser la más favorable al reo».

Según lo establece el artículo 109° de la Constitución, “la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o parte”. No obstante, el artículo VIII del Título Preliminar del nuevo CPP ha establecido que la ley procesal penal anterior para los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que ya hubieran empezado a correr.

De otro lado, este artículo del Título Preliminar del CPP, siguiendo el artículo 103° de la Constitución, el cual señala que «ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo», ha extendido también el principio de retroactividad de la ley procesal penal al imputado, incluso cuando los actos a los que se pretende aplicar ya hayan concluido, siempre que ello sea posible.

También se hace referencia al *principio de interpretación restrictiva* de los siguientes supuestos:

- 1) Aquellas disposiciones que restrinjan el derecho fundamental a la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas;
- 2) Las disposiciones que limiten una facultad concedida a las partes; y
- 3) Las que establezcan sanciones procesales.

Del mismo modo, de conformidad con el principio constitucional de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos (artículo 139° -9 de la Constitución). No obstante, las excepciones a esa regla vienen dadas por: 1) la permisón de la aplicación de una interpretación extensiva y de la analogía incluso, cuando favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos; y 2) en caso de duda sobre la ley procesal aplicable, se debe estar a la que más le favorezca.

2.8. Legitimidad de las Pruebas

- “ARTÍCULO VIII. Legitimidad de la prueba.- 1. Todo modo de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.
3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

La constitución ha establecido que carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia, quien la emplea incurre en responsabilidad, en el artículo 2-24-h. A partir de ellos se debe entender que las pruebas dentro del proceso penal deben ser obtenidas en el marco de lo que establece la Constitución, las leyes y el respeto a los derechos fundamentales.

De ahí que el artículo VIII del Título Preliminar del nuevo CPP haya establecido que el juez debe valorar las pruebas sólo en la medida en que hayan sido obtenidas e incorporadas al proceso penal, a través de los medios constitucionalmente legítimos. De lo contrario, las pruebas que hayan sido obtenidas con la afectación del contenido esencial de los derechos fundamentales, carecen de valor legal y, por tanto, no producen efecto jurídico alguno.

Sin embargo, se plantea el problema de las denominadas pruebas dicitas. Es que, a tenor de lo establecido por el artículo VIII, se proscribe absolutamente la posibilidad de que una prueba obtenida ilícitamente, pueda surtir algún efecto legal en el proceso penal. Al respecto, es del caso señalar que existen diferentes teorías al respecto.

Así, un sector de la doctrina entiende que las pruebas dicitas y las que se deriven de aquellas, por más que estas últimas sean lícitas, no deben surtir ningún efecto jurídico, por cuanto su obtención ha sido de modo ilícito (teoría del fruto del árbol envenenado). Otra tesis contraria sostiene que la prueba ilícita debe ser válida y eficaz, sin perjuicio de la sanción que se debe imponer a los responsables de dicha obtención, pues debe primar la verdad.

El nuevo CPP parece haber acogido la «teoría del fruto del árbol envenenado» (*fruit of the poisonous tree doctrine*), según la cual «el restarle mérito a la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que, si bien son en sí mismas legales, están basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, llegándose a concluir que tampoco esas pruebas legales pueden ser admitidas»³⁷⁶.

No obstante, si bien se proscribe la valoración de los medios de prueba obtenidos al margen del procedimiento constitucionalmente legítimo, debemos señalar que los derechos fundamentales no son derechos absolutos y, en esa medida, el juzgador debería

376. PAPA QUESADA, Juan. «Pruebas dicitas». *Revista de Derecho*, N° 14, Lima, 1997, p. 30.

valorar las pruebas ilícitamente obtenidas considerando el principio de razonabilidad y proporcionalidad³⁹⁷.

2.9. Derecho de defensa

«ARTÍCULO IX. Derecho de Defensa.- 1. Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; en plena igualdad; en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala.

2. Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

3. El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición».

El derecho de defensa se halla contenido en el inciso 14 del artículo 139° de la Constitución.

Sin embargo, debemos señalar que la defensa no es sólo un derecho, sino también un principio, cuyo contenido es amplio.

Así, por ejemplo, desde el punto de vista constitucional, el derecho-principio a la defensa se manifiesta en que: 1) ninguna persona puede ser privada del derecho de defensa en ningún estado del proceso; 2) toda persona debe ser informada inmediatamente y por escrito de las causas o razones que justifiquen la detención de la persona; 3) toda persona tiene el derecho de comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde su citación o detención; y 4) toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas y razones que motivan su detención (artículo 139° -15 de la Constitución).

En tal sentido, el derecho de defensa consiste en el derecho que tiene toda persona de defenderse de manera eficaz y oportuna durante todo el estado del proceso penal, e incluso en la investigación fiscal prejurisdiccional, respecto a todo acto procesal ya sea que éste provenga de la parte acusadora como del juez y que pueda, eventualmente, ocasionar algún menoscabo en sus derechos, intereses o su situación jurídica.

El derecho de defensa se traduce, también, en la prohibición de generar en el acusado una situación de indefensión³⁹⁸. Este derecho comprende, a su vez, el derecho a ser oído, a la asistencia de un letrado, ya sea éste elegido por el propio acusado o asignado obligatoriamente por el Estado (defensor de oficio).

A este principio-derecho es el que hace referencia, ampliamente, el artículo IX del Título Preliminar del nuevo CPP, en concordancia con las garantías que sobre la materia ha incorporado la Constitución de 1993. Pero, además de ello, debemos referirnos a un derecho fundamental: “A la no auto incriminación” que reconoce el párrafo final del mencionado artículo.

Si bien como derecho fundamental no está expresamente previsto en nuestro ordenamiento constitucional, el derecho a la no auto incriminación está previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8-2-g), el cual como sabemos forma parte del ordenamiento jurídico³⁹⁹, según lo establece el artículo 55° de la Constitución.

2.10. Naturaleza de las normas del Título Preliminar

«ARTÍCULO X.- Prevalencia de las normas de este Título.- Las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación».

En general, las disposiciones que están contenidas en un título preliminar gozan de cierta prevalencia frente a las demás. Es decir, son disposiciones, pero también principios que orientan las demás disposiciones de las cuales forman parte. De ahí que podemos afirmar que son normas rectoras no sólo por que orientan, sino también porque sirven como parámetros de interpretación.

En ese sentido, el nuevo CPP tiene el acierto de haber precisado la prevalencia de las disposiciones del Título Preliminar, porque, como hemos visto, las disposiciones constitucionales contenidas en el artículo preliminar, antes que normas de carácter estrictamente procesal, son de naturaleza constitucional. Ello justifica, por tanto la preeminencia de estas normas, con lo cual, en caso de contradicción entre éstas y de las normas restantes, deben aplicarse aquéllas.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Luego de haber analizado, brevemente, las bases constitucionales del nuevo proceso penal, cabe afirmar que los lineamientos esenciales para la reforma del proceso penal

³⁹⁷ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. *El problema de la prueba ilícita: un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional penal*. En *Thesis*, Nº 43, Segunda Época, Lima, 2001, p. 157.

³⁹⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional...*, op. Cit. Pp. 196 y ss.

³⁹⁹ LANDA, César. *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Lima: Palestra Editores, 2da edición corregida y aumentada, 2003, pp. 783 y ss.

peruano están dados. No obstante, sería bastante duso pensar que el nuevo CPP solucionará automáticamente los graves problemas que aún hoy, en un Estado democrático, están presentes en el ámbito judicial.

Sin embargo, es ya un notable avance el hecho de que el nuevo Código Procesal Penal Peruano se haya previsto a partir de los principios constitucionales que sustentan el Derecho el Procesal Penal, y no a partir de una perspectiva estrictamente procesal. De ahí que sea necesario que el proceso penal se realice siempre dentro del ámbito del marco establecido por la Constitución, vale decir, dentro del respeto de los derechos fundamentales, y no sólo a través de las disposiciones infraconstitucionales que regulan el proceso penal.

En tal sentido, el éxito o el fracaso de la implementación de este nuevo orden procesal penal dependerá, en gran medida, de la prudente y adecuada aplicación judicial de los principios y disposiciones constitucionales que el nuevo Código Procesal Penal ha previsto.

INTRODUCCIÓN GENERAL AL ESTUDIO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL (Apuntes Preliminares)

CESAR EUGENIO SAN MARTIN CASTRO

1. El nuevo Código Procesal Penal – NCPP-, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 957, del 29 de julio del 2004, es la culminación de un amplio movimiento de reforma del proceso penal iniciado con singular fuerza desde la década del

siglo pasado, que representa, a su vez, la coronación de una idea sustantiva; el problema del proceso penal peruano no podía empezar a resolverse, manteniendo los principios y la estructura del viejo Código de 1940, sino configurando un nuevo modelo procesal penal. Producto de esa idea fuerza fue, en su día, el Código Procesal Penal de 1991, luego el Proyecto de 1995 – ambos intentos fallidos y, finalmente, El presente Código del 2004.

2. El NCPP también constituye un reto para los poderes públicos, particularmente para los integrantes del sistema de justicia: Ministerio Público, Policía Nacional, en funciones del Policía Judicial, Defensoría Pública y Poder Judicial. La implementación adecuada, debidamente modulada por el Decreto Legislativo N° 958 (que ordena, entre otras medidas que la Comisión creada en efecto, apruebe el Plan General de Implementación del Código en los primeros meses del año 2005), se erige en un factor clave de la transición y de ella dependerá sentar las bases necesarias para su correcta aplicación. A mediano plazo también será un factor clave del nuevo sistema procesal tanto su desarrollo reglamentario, a cargo fundamentalmente del Ministerio Público, del Poder Judicial y del Ministerio del Interior, cuanto la configuración progresiva de una jurisprudencia del Supremo Tribunal, sin perjuicio de la que corresponde al Tribunal constitucional, que asuma los valores, principios y directivas del NCPP.

3. Cabe acotar, sin embargo, a modo de prevención, que, en primer lugar, la reforma del proceso penal no sólo significa modificar o transformar la ley, al punto que como señala MAC LEAN, este ámbito no representa propiamente ni el 10% de la reforma; y, en segundo lugar, que más que presupuesto – siempre importante y necesario-, se requiere principalmente de recursos humanos (jueces, fiscales y abogados) y de una gestión o gerencia idónea al sistema de enjuiciamiento penal (es de recordar que todo código, y en especial el procesal, es antes que nada un Programa que exige que se desarrolle con gerencia consistentemente en el tiempo).

4. Por otro lado, como demuestra la experiencia comparada, un sistema acusatorio penal –con todas las matizaciones y adaptaciones que es del caso tener presente-, en comparación con un sistema mixto tendencialmente inquisitivo y limitadamente contradictorio- como el nuestro-, reduce los tiempos del proceso, aunque en este ámbito la prevención que se ha de asumir está en la configuración y funcionamiento de los modelos organizacionales y prácticas institucionales que se pongan en ejecución. Sin embargo, en términos de eficacia, el reto central estaba en elevar el número de casos juzgados y en mejorar sensiblemente la calidad del juzgamiento. Esto último tiene que ver, como se sabe, en primer lugar, con la formación universitaria del abogado y el sistema de nombramientos judiciales; en segundo lugar, con la fortaleza y organización del Ministerio Público Nacional –este requisito, a final de cuentas, será central en la lucha contra la tranquilidad-; y, en tercer lugar, con la ordenación, calidad y cantidad de los defensores de oficio.

5. El NCPP, es del caso anotar, no sólo representa una expresión del movimiento reformista nacional, también es parte, aunque tardía, de la reforma procesal penal en América Latina, cuyo punto de partida más consistente fue el Proyecto de Código Procesal Penal Tipo para Ibero América de 1978, cuyas normas inspiraron en lo sustancial, los Códigos en Centroamérica, Chile y, recientemente, Colombia.

En esa perspectiva, sí es del caso citar algunas fuentes del NCPP, podemos mencionar, en el continente americano, al indicado Proyecto Tipo de 1978 y, con mayor fuerza, al Código Costarricense de 1996 y al Chileno del 2000, aunque sin desconocer algunas normas de la legislación procesal penal colombiana. En el continente europeo, tal vez con más énfasis que los anteriores, son de mencionar la OPP Alemana reformada de 1987 y, sobre todo, el código de Procedimiento Penal de Italia de 1988.

II

1. El Código Procesal Penal del 2004 pretende ser una norma integral, que abarca el conjunto de instituciones procesales penales, lo que en todo caso es una reacción de un lado, a la parquedad y notoria insuficiencia del Código de 1940; y, de otro, a la proliferación de normas complementarias que en busca cuenta restaban coherencia y uniformidad al Ordenamiento Procesal Penal. Así, consta de un Título Preliminar, en el que se ha seguido el esquema colombiano –aunque ya es una constante en nuestra reciente tradición legislativa procesal, como es el caso del Código Procesal Civil de 1992 y del novísimo Código Procesal Constitucional del 2004–, y se ha incorporado un conjunto de principios esenciales del proceso penal. Luego, contienen seis libros, destinados a las disposiciones generales, a la actividad procesal, al proceso común, a la impugnación, a los procesos especiales, a la ejecución y las costas, y a la cooperación judicial internacional.

2. En cuanto al Título Preliminar –TP–, es de destacar, en primer lugar, el Artículo X que estatuye que sus disposiciones prevalecen sobre las demás normas del Código. Ello significa que dichas disposiciones tienen un nivel de desarrollo constitucional y por ende se integran al texto fundamental; e, igualmente, constituyen fundamentalmente para la interpretación de todas las normas del Código, lo que importa privilegiar el criterio finalista o teleológico en la interpretación de las normas procesales penales y, básicamente, que su resultado siempre se amolde a los principios, directiva y normas constitucionales, tal como ha venido insistiendo el Tribunal Constitucional en su reciente jurisprudencia (vid.: por todas, STC N° 1230-2002-HC/TC, del 20.6.2002, Asunto Tino Cabrera).

3. Las demás normas importan, como ya se ha dicho, desarrollos razonables de la constitución en materia de principios y garantías procesales. Así tenemos:

1. Bajo una lógica marcadamente acusatoria se reconoce el papel investigador y acusador del Ministerio Público, y su condición de titular de la etapa de investigación preparatoria (vid.: art. IV del TP del NCPP). De ello se desprende que es el Fiscal quien finalmente plantea los casos penales ante el órgano jurisdiccional, es él quien organiza la persecución penal, recolecta la prueba y decide qué persona debe ser llevada ante los tribunales bajo la atribución de la comisión de un delito.

Gossel formula dos afirmaciones al respecto, que muy bien se extienden al nuevo proceso penal nacional: (i) La facultad de decisión relativa a la acusación o al sobreseimiento (vid.: art. 344°.1 del NCPP) que se confiere al Ministerio Público, constituye una prerrogativa lógico-jurídica que le obliga a la averiguación del hecho; y, (ii) Todo el procedimiento de investigación, desde que surge la primera sospecha hasta que se resuelve sobre la interposición de la acusación o la propuesta de sobreseimiento, está conferido al Ministerio Público, a quien se ha calificado como “señor del procedimiento preliminar de investigación” (vid.: art. 61°.2 y 65° del NCPP).

A partir de lo que estatuye el art. 159°.4 de la constitución, recogido plenamente por el NCPP, se entiende, como expuso Morcón Catena, que la investigación de los delitos no es función propia de los jueces; no es una actividad contenida en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, del juicio y de la ejecución; tampoco es posible sostener que se trate de una actividad realizada en garantía de derecho alguno. Esta posición activa, a su vez, como es conocido por todos, permite al Juez concentrarse en lo que le corresponde con exclusividad: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y por tanto garantiza su imparcialidad (son particularmente significativos tres fallos del TEDH: Piersack, del 26.10.1984; De Cuber, del 25.6.2002; y, Perrotc Pellón, del 17.6.2003).

En cuanto a ese requisito es particularmente importante, como lo ha consagrado el TEDH, apuntar lo siguiente: “...la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, (...), de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto” (STEDH del 1.10.1979, Asunto Piersack vs. Bélgica).

2. Se afirma radicalmente la intervención del juez en todo supuesto que implique dictar medidas limitativas de derechos: medidas instrumentales restrictivas de derechos y medidas provisionales – algo más, por cierto, que las medidas con función cautelar–, a cuyo efecto se opta por dos principios esenciales: INTERVENCIÓN INDICIARIA “...suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho

fundamental objeto de limitación” y, **PROPORCIONALIDAD**: principio de rogación, motivación judicial, previsión legal, necesidad, adecuación y estricta proporcionalidad (vid.: art. VI del TP del NCPP):

El principio de proporcionalidad, por ejemplo, según la doctrina consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, expuesta por GIMENO SENDRA, tiene cuatro notas esenciales. Así: i) toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental de estar motivada; ii) las medidas limitadoras habrán de ser necesarias para conseguir el fin perseguido por el acto de investigación, el cual habrá de estar constitucionalmente protegido; iii) ha de existir una adecuación o congruencia entre la medida prevista o aplicada y la procuración de dicho bien constitucionalmente relevante; y, iv) la finalidad perseguida por el acto instructorio y lesivo del derecho fundamental no ha de poder alcanzarse, sino mediante dicho acto y no con otro igualmente eficaz, pero no restrictivo del derecho fundamental o no debe poderse comprobar ex post que el mismo objetivo hubiera podido alcanzarse con un medio menos restrictivo.

3. Se desarrolla, a partir de la jurisprudencia del Supremo Tribunal (Fj. Sup. Del 2.8.1999, Exp. N°227-99/Lima), el concepto de presunción de inocencia, reconociendo todos sus elementos constitutivos, en especial la exigencia de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales, para la expedición de una condena (vid.: art. II TP NCPP). Tal como ha sido reconocido por el nuevo Código , y conforme resume PERAZA PÉNALVA, la presunción de inocencia despliega sus efectos en un triple orden: a) al fijar el objeto sobre el que habrá de recaer la actividad probatoria para que pueda ser considerada de cargo; b) en la determinación de cuáles son las “pruebas” válidas para desvirtuar la licitud y regularidad; y , c) y como “regla de juicio”, gravando del acusado conforme a los postulados que de ella se derivan.

Una regla específica derivada de la presunción de inocencia es que, la prueba indiciaria no se opone a esta institución, la misma que ha sido cuidadosamente regulada en sus presupuestos en el art. 158° 3 NCPP (por lo demás, las STEDH recaídas en los Asuntos Pham Hoang vs. Francia del 25.9.1992, 33; y Telfner vs. Austria, del 20.3.2001, 5, han declarado que esa prueba no se opone al respeto a la presunción de inocencia). Por lo demás, el control de la presunción de inocencia que corresponde realizar al máximo Tribunal de Justicia en orden a la actuación de los Tribunales de Instancia – primera y segunda- exige, en primer lugar, el juicio propiamente sobre la existencia de la prueba; en primer lugar, el juicio propiamente sobre la existencia de la prueba, en segundo lugar, el juicio sobre la motivación de la prueba.

Es de rigor puntualizar que, en este ámbito, debe distinguirse cuidadosamente- lo que es particularmente cierto en los delitos contra el honor donde está en juego la libertad de expresión, específicamente la libertad de opinión y el derecho de dar a conocer ideas- entre hechos y juicios de valor, pues la realidad de los primeros puede probarse – aquí recae la fuerza de esta garantía-, los segundos no son susceptibles de prueba, sino que están sujetos a los principios de proporcionalidad, pertinencia y suficiencia (Stedh 8.7.1986, Asunto Lingens vs. Austria, 40 y 46).

El tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el Asunto Barberá, Messegue y Jabardo vs. España 77, estipuló que el principio de presunción de inocencia exige, entre otras cosas (véase su carácter abierto e inclusivo) que los miembros del Tribunal, en el desempeño de sus funciones, no partan de la idea preconcebida de que el acusado ha cometido el acto imputado, además, que la carga de la prueba recae sobre la acusación y la duda beneficia al acusado, que a la acusación le incumbe informar al interesado de los cargos que se le imputan, y presentar las pruebas siguientes para fundamentar una declaración de culpabilidad.

En esta misma línea se prohíbe que la autoridad pública presente a una persona como culpable o que brinde información en tal sentido. El Código tuvo en cuenta la emblemática sentencia del TEDH del 10.2.1995, recaída en el Asunto Allenet de Ribemont vs. Francia, 41, que estableció que si altos funcionarios – policiales en este caso- designan directamente a una persona como un participante en un delito constituye “... evidentemente una declaración de culpabilidad que, por una parte, incita al público a creer en éstas y, de otra, prejuzga la apreciación de los hechos por los jueces competentes”.

4. Se asume el principio de interdicción, de la persecución penal múltiple o ne bis in idem procesal- que no se persiga o juzgue dos veces por un mismo delito – (vid.: art. II TP NCPP), en cuya virtud una persona no puede ser juzgada dos veces por un mismo o único hecho: si las figuras penales o la infracción administrativa y el tipo penal no difieren en sus elementos esenciales, como dice el TEDH en el asunto Oliveira vs. Suiza (vid.: ASTEDH del 30.6.20052, asunto W.F.C. vs. Austria, 26). A este respecto tiene dicho la CHDII, en el asunto Loayza Tamayo vs. Perú, que si una autoridad jurisdiccional –militar u ordinaria- se pronuncia sobre los hechos objeto de la acusación, valorando los elementos probatorios de la acusación, valorando los elementos probatorios del comportamiento atribuido, no es posible que esos mismos hechos, bajo otra perspectiva jurídica, sean de conocimiento por la autoridad jurisdiccional (vid.: SEDHII, del 17.9.1997).

5. También se complementa adecuadamente el derecho de defensa introduciendo, amén de derecho a la asistencia letrada, no sólo el derecho del imputado a guardar silencio (vid.: art. IX TP NCPP). Es claro, como anotan MOORILLON Y DE COURTEN, que el derecho de callarse que tiene el imputado, no significa sin embargo que tiene el derecho a rechazar el participar en algunas operaciones de la investigación.
6. Asimismo, reconoce expresamente que el derecho al plazo razonable, siendo a este respecto definitivas las sentencias del Tribunal Constitucional, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (vid.: SSTEDH del 29.1.1997, Asunto Genie Lacayo, 7; y, del 13.11.1997, Asunto Suárez Rosero, 72) y, en especial, del Tribunal Europeo de Derechos, cuyas premisas aceptó íntegramente nuestra Corte Regional (vid.: STEDH 7.7.1989, Asunto Unión Alimentaria Sanders. SA: complejidad de la causa, comportamiento del agente en el curso del procedimiento y actitud del órgano judicial). También reconoce el derecho a la igualdad de armas (vid.: art. I TP NCPP)- que, como señala el TEDH en el Asunto F.R. vs. Suiza, "...requiere que a cada parte se le ofrezca una oportunidad razonable de presentar su causa en condiciones que no le coloquen en una desventaja importante respecto a su adversario".

El problema que resta por aclarar son las consecuencias de una dilación indebida en la situación jurídica del acusado. Lo primero que ha de mencionarse es que la alegación acerca de la carga procesal y de la amplitud de la competencia de los tribunales no son aceptables, en tanto el Estado, por disposición constitucional y convencional -CADH- asumió la obligación de organizar su sistema judicial a fin de garantizar el respeto del derecho a un proceso sin dilaciones indebida (Así, por ejemplo tiene declarado las SSTEDH de 24.4.1998, recaída en el Asunto Mavronochis; y, del 29.9.1999, recaída en el Asunto Djaid. 31). Otro punto relevante que ha de desarrollarse legal y jurisprudencialmente será el efecto de una dilación indebida sobre el imputado; al respecto, el TEDH, aprobando al parecer del Tribunal Supremo Alemán, ha considerado adecuada la compensación traducida en una atenuación proporcionada de la pena (vid.: STEDH, del 15.7.1982, Asunto Eckler).

7. Finalmente, incorpora solemnemente la interdicción de la prueba prohibida, en cuya virtud las pruebas obtenidas, directa -prueba originaria- o indirectamente -prueba derivada o fruto del árbol envenenado- con violación del contenido esencial de los fundamentales de la persona carecen de efecto legal (vid.: art. VIII TP NCPP), esto es, se opta por la tesis de la inutilización de pruebas inconstitucionales.

Cabe señalar que este tema de la prueba prohibida, que está teniendo un desarrollo muy vertiginoso, no sin contradicciones, se ha vuelto a plantear

en el Perú con el reciente anteproyecto de reforma parcial de la Constitución de octubre del 2004, al afiliarse a la tesis intermedia de la "ponderación de intereses en conflicto" de fuente anglosajona, cuyo texto dice: "25. Un debido proceso. Como manifestaciones de éste, enunciativamente tiene aquél obtenido violándose un derecho fundamental, salvo que, a criterio del juzgador, el derecho discutido tenga tanto o más trascendencia que el derecho violado a: f) Que no sea admitido como medio de prueba en su contra, aquél obtenido violándose un derecho fundamental, salvo que, a criterio del juzgador, el derecho discutido tenga tanto o más trascendencia que el derecho violado".

III

1. Es, de particular interés, en este muy breve estudio introductorio del nuevo Código, concentrarse en los principios más relevantes del proceso penal. Por tanto, considero atinado analizar siguiendo a CORTES DOMINGUEZ, de un lado, los principios relativos a la estructura del proceso penal y consustanciales a la idea del proceso?, que dimanen del derecho fundamental al debido proceso, como son los de contradicción y de igualdad de armas; y, de otro lado, el principio, típicamente procesal penal, referido al objeto procesal (precisa a qué sujetos les corresponde la pretensión procesal y cuál será el grado de vinculación respecto de ella que deba someterse el juez), como es el acusatorio.

2. El principio de contradicción, como enseña DE LA OLIVA, implica por esencia la dualidad de sujetos procesales en posturas opuestas y la situación primordialmente expectante del Juez. Como tal, es múltiple y se expresa en tres niveles. En primer lugar, está el derecho de acceso al proceso: las partes, incluso la víctima, tienen libre acceso al proceso y, por tanto, la posibilidad de ejercitar sus derechos de acción y de defensa, así como de acceder a todas las etapas del procedimiento (vid.: arts. 1.3 TP y 95 NCPP). El nuevo Código no crea obstáculos al desenvolvimiento de las partes.

En segundo lugar, está el derecho a la adquisición del status de parte, la legitimación está en función a la imputación, a la intimación (precisión de cargos, pruebas en su contra y ley penal aplicable), y a la debida notificación o emplazamiento a todas las partes, lo que permite el ejercicio de todos sus derechos (fíase destacar, al respecto, la doctrina sentada por el TEDH sobre este principio. Así, en la STEDH del 20.2.1996, recaída en el Asunto Lobo Machado vs. Portugal, estipuló que el derecho a un proceso contradictorio implica para las partes la facultad de tener conocimiento de toda pieza u observación presentada al Juez que tenga la posibilidad de influir en la decisión del Tribunal de discutirla). La garantía de esta condición de parte se extrema al máximo, para lo cual, en sede de investigación preparatoria, el afectado - a quien se le reconoce el derecho al silencio y a la no auto incriminación- puede ejercer acción de tutela ante el juez (muy vinculado a los plazos procesales y a la afectación de los derechos de las partes: vid.: arts. 71º, 4, 343º y 375º NCPP).

En tercer lugar, está el derecho a la última palabra, que en el NCPP se ha reforzado al permitir la autodefensa y, esencialmente, al garantizar un tiempo de reflexión al tribunal para valorarla (vid.: arts. 391º y 392º NCPP).

3. El principio de igualdad de armas es fundamental para la efectividad de la contradicción. Como tal requiere que se reconozca a las partes los mismos medios de ataque y de defensa, esto es, idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación (La STEDH del 13.10.1996, recaída en el Asunto Ankerl vs. Suiza, señaló que este principio requiere que a cada parte se le ofrezca una oportunidad razonable de presentar su causa en condiciones que no lo esloquen en una desventaja importante con respecto a su adversario; y, en la STEDH del 20.2.1996, recaída en el Asunto Vemeulen vs. Bélgica, precisó que todas las partes tiene el derecho a conocer y pronunciarse sobre todas las pruebas u observaciones presentadas). El nuevo Código descarta todo tipo de privilegios tanto en materia de ofrecimiento y actuación de pruebas, como de impugnación: el interrogatorio cruzado es directo, el ofrecimiento probatorio es común a las partes acusadoras y a las partes acusadas. Ello, como se sabe, no se opone a las restricciones del sumario en materia de reserva y secreto (SSTEDH de 10.12.1986, Asunto Axen, y del 22.2.1984, Asunto Sutter), a la posibilidad de dictar medidas instrumentales restrictivas de derechos – informada por dos principios constitucionales esenciales: intervención indiciaria y proporcionalidad: vid.: art.203 NCPP-, ya a la imposición de algunas restricciones en orden a la actuación de los actos de investigación, cuya razonabilidad está dada por su muy relativo nivel de prueba. Un cje importantísimo es la obligatoriedad de la asistencia letrada en todo acto que importe ejercicio del derecho de defensa material y probables actos de disposición por parte del imputado (vid.: art. 86º.2 NCPP).

4. El principio acusatorio, concibe, al decir del Profesor DR. LA OLIVA, como un criterio configurador del proceso penal, según el cual se necesita de una acusación – la imputación a una o varias personas concretas de unos determinados hechos- para el inicio del juicio oral y para una sentencia de condena-. Siendo así, en rigor, informa el objeto del proceso penal (desde luego, sólo lo hace con el objeto penal, pues el objeto civil – reparación civil- está informado por el principio dispositivo. Recuérdese que en nuestro proceso continúa la tradición de acumular obligatoriamente ambas pretensiones e incluso, otorga al fiscal legitimación sobre la misma, positivizada entraña del principio, al decir de GIMENO SENDRA, son:

A. Desdoblamiento de la función instructora y decisoria, que es una garantía de imparcialidad. El Fiscal instruye – además, funcionalmente, es el director jurídico funcional de la Policía Nacional en funciones de Policía Judicial (vid.: arts. 159º.4 Const.) y el Juez decide, concentrado en el propio, ente jurisdiccional. Aquí funciona la idea – fuerza que el Juez que controla la investigación preparatoria (tres son los ámbitos específicos del control jurisdiccional, circunscritos – entre otros-: a) al derecho de defensa: vid.: art. 71º.4 NCPP; b) a las solicitudes de diligencias de investigación desestimadas: vid.: art. 375º.5 NCPP; y, c) al control del

plazo de la Investigación Preparatoria: vid.: art. 343º NCPP) no interviene en el enjuiciamiento, y que el Juez del Juicio no interviene en la recopilación de evidencias ni en su calificación de suficiencia en la fase intermedia (vid.: arts. 28º y 29º NCPP). Se asumió, al respecto, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH del 28.10.1998, recaída en el Asunto Algarus vs. España, en cuya virtud “...Todo acto que evidencia una convicción anticipada sobre la participación del imputado en el hecho punible” impide la intervención del Juez.

B. Distribución de las funciones de acusación y de decisión. No existe procesamiento sin imputación fiscal (no hay procesamiento judicial de oficio), no existe juicio sin acusación fiscal. La introducción de prueba de oficio se admite limitadamente (sólo es de aceptarse la denominada “prueba complementaria”, destinada a contrastar o verificar otras pruebas ya aportadas por raspares, distinguiendo entre la prueba de la existencia de los hechos y la comprobación de si la prueba sobre ellos es o no fiable), al igual que se reconoce al Tribunal una disminuida intervención en el interrogatorio de los órganos de pruebas en el acto oral (estrictos fines de aclaración de lo expuesto por aquellos, no de lograr nuevos datos). Esto último, en buena cuenta, está vinculado a otro principio, reflejo de la naturaleza y características del Derecho Penal, y cuya discusión se centra en el par dialéctico: “aportación de parte vs. Investigación oficial”; la búsqueda de la verdad – como anota BUJOSA VADIELL –justifica, en todo caso, la iniciativa probatoria de oficio, lo que se expresa, por ejemplo, en los arts. 244º.2 de la CPP Alemana, 81º del CPP Francés y 340º.1 del CPP Portugués. Al respecto, es claro que las partes inician y delimitan el objeto del proceso en el juicio oral preparatorio con la nula intervención judicial-, y fundamentalmente introducen los medios probatorios, pero esto último se matiza con el poder de “prueba complementaria” (vid.: Arts. 155º.3, y 385º, 1 y 2 NCPP). A tomo con Barberá, Messegue y Tabardo vs. España), así como con los poderes oficiales de ordenación del material probatorio y de revisión libre de la prueba instrumental.

Pese a ello, lo central del modelo estriba, en primer lugar, en que la prueba es aportada esencialmente por las partes; en segundo lugar, que el interrogatorio de los órganos de prueba es de responsabilidad de las partes, de suerte que al juez sólo se le cabe una intervención residual: aclaración de dichos o conceptos y suplencia de omisiones o vacíos; en tercer lugar, que las partes controlan la introducción de la prueba en el juicio; y en cuarto lugar, se incorpora la conformidad con la acusación, idea que regula el juicio, al punto que si ésta institución se produce concluye el debate.

C. Congruencia. Se reconoce una absoluta vinculación fáctica del fallo a la pretensión penal en cuanto al hecho penal. En lo atinente a la calificación jurídica, es posible cierta desvinculación, pero sujeta a la homogeneidad del bien jurídico vulnerado entre delito acusado y delito condenado.

Con tal propósito, a fin de resolver las exigencias formuladas por el Tribunal Constitucional (vid.: STC 1330-2002-11C/TC, del 9.7.2002 asunto Mori Dávila), siguiendo el modelo germano, con respecto a lo contradictorio, se incorpora el planteamiento de la tesis para variar la calificación jurídica de los hechos – que lógicamente incluye tipicidad y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal- (vid.: arts. 374º y 409º NCPP). Esta regla de la congruencia también opera en la impugnación con la incorporación de la institución de la *reformatio in peius* (vid.: art. 39º NCPP).

§ 1. El Libro Primero está dedicado a la acción penal, a la acción civil, a la jurisdicción y competencia, y a las partes procesales. Tal vez, los cambios más resaltantes son los siguientes:

1. La ampliación de las bases de los criterios de oportunidad regla, incluyendo, bajo el principio del consenso, el acuerdo reparatorio. Esta nueva institución no toma en cuenta criterios de falta de merecimiento o de falta de necesidad de pena- que por lo demás han sido ampliados en los apartados anteriores siguiendo el modelo germano-, sólo exige la aceptación de la víctima e imputado y la fijación de un monto por concepto de reparación civil.
2. La autonomización relativa de la acción civil ex delicto. La víctima puede renunciar a la reparación civil, así como transigir. Por otro lado, la reparación civil deberá imponerse, aún cuando medie sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento, siempre que tengan lugar los criterios de imputación del Derecho civil. Se ha fijado un procedimiento incidental para anular transferencias del imputado que violen el artículo 97º CP, que como se sabe sanciona con la nulidad todos aquellos actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible, en cuanto disminuya el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación.
3. En materia de competencia es de resaltar, en primer lugar, la creación de la figura del Juez de la Investigación Preparatoria, destinado a controlar la legalidad de la investigación preparatoria y a dictar las medidas limitativas de derechos, así como dirigir la etapa intermedia y la ejecución de la sentencia. En segundo lugar, la institucionalización del Juez Penal, unipersonal y colegiado, para el

conocimiento del juicio oral. En tercer lugar, la definición de las Salas Penales Superiores como Tribunales de Apelación. Y, en cuarto lugar, la configuración de la Sala Penal de la Corte Suprema como Tribunal de Casación y órgano creador de la doctrina legal o jurisprudencial.

§ 2. El nuevo Código asume con toda ortodoxia la función específica de la jurisdicción penal, que como apunta GIMENO SENDRA está vinculada a la actuación del ius puniendi y a la protección del derecho a la libertad del inocente – que es parte integrante de la más amplia función de control normativo o de vigencia de la legalidad con respecto a las particulares-. Esta función no sólo se expresa en decir el derecho a través de una sentencia en el marco de un proceso, sino también en su intervención en garantía de los derechos fundamentales: la restricción o la injerencia en los derechos fundamentales a propósito de la posible aplicación del derecho penal y de la investigación demanda, siempre, la intervención judicial.

Desde esta perspectiva el juez interviene a través de seis funciones:

- (1) Función de garantía, en el ámbito de la Investigación Preparatoria, que se expresa en la función de tutela (lesiones al derecho de los sujetos procesales), de incorporación de las partes, y de imposición de medidas de protección.
- (2) Función de coerción, que se concreta en la imposición de medidas provisionales e instrumentales restrictivas de derechos.
- (3) Función de instrumentación o documentación, que se manifiesta esencialmente en la anticipación probatoria.
- (4) Función ordenatoria, que se traduce en la resolución del conflicto.
- (5) Función de decisión, que se traduce en la resolución del conflicto.
- (6) Función de ejecutoriedad, que importa la ejecución de lo juzgado.

§ 3. En lo atinente a las partes procesales destaca, sin duda las personas jurídicas como partes acusadas pasivas, en tanto pueden ser pasibles de las medidas previstas en los artículos 104º y 105º del CP. Aquí radica una de las novedades más singulares del nuevo Código, cuya incorporación cumplida la respuesta al reto que planteó el Código Penal al prever las medidas contra las personas jurídicas, obviando el procedimiento que ha de seguirse para imponerlas con pleno respeto del contradictorio y, en general, del derecho de defensa.

§ 1. El libro Segundo está dedicado a la actividad procesal, que aborda las actuaciones procesales (plazos procesales, formación del expediente, disposiciones fiscales y resoluciones judiciales), las pruebas y las medidas instrumentales restrictivas de derecho es bajo el título – de raíz italiana- “Búsqueda de pruebas y restricción de derechos”.

§ 2. Merece resaltarse el hecho de que el Ministerio Público, en el ámbito de su intervención en el proceso, ya no dictamina – se acabó la institución de origen francés de las denominadas vistas fiscales- ni dicta resoluciones, sino formula requerimientos y expide disposiciones y providencias (vid.: art. 122° NCPP). También cabe significar que el expediente adquiere una nueva fisonomía, pues ya no será un simple acopio de documentos por orden cronológico, y es del todo factible el ingreso de la tecnología informática para darle un contenido singular y, en su día, instituir los expedientes electrónicos.

§ 3. En materia de prueba es de destacar, en primer lugar, que se regula el conjunto de medios de prueba, con especial énfasis en la prueba videográfica; y, respecto a las medidas instrumentales restrictivas de derechos, se desarrollan todas las posibles, incluso aquellas propiamente del ámbito de prevención del delito, siguiendo el modelo germano y su recepción española, tales como el control de la identidad policial –que ha sido objeto de discusión pública por los posibles excesos policiales que daría lugar- y la videovigilancia. En segundo lugar, la introducción de un tema novedoso, que dará muchos comentarios en torno a la vigencia –absoluta o matizada?- del principio de aportación de parte en el proceso penal o, en todo caso, a la necesaria presencia, aunque ahora muy relativizada, del principio de investigación o instrucción en este campo: las denominadas “convenciones probatorias” (vid.: arts. 156°3 y 350°2 NCPP), en cuya virtud las partes pueden acordar que determinada circunstancia no necesita ser probada (objeto de prueba), o podrán proponer los hechos que aceptan y que el juez dará por acreditados obviando su actuación en el juicio, así como los medios de prueba que serán necesarios para determinados hechos que se estimen probados; empero, el factor de corrección que se reconoce al juez estriba en que éste podrá desvincular los mismos mediante resolución fundada.

§ 4. En lo concerniente a las “medidas de coerción” –denominación igualmente germana, adoptada por el Proyecto Tipo para Iberoamérica- destacan: a) la división de la privación de libertad en detención y prisión preventiva, con su correlato de necesaria audiencia ante el Juez de la Investigación Preparatoria para decidir esta última –como lo exigió, por ejemplo, la STEDH del 25.10.1989, recaída en el Asunto Kampanis vs. Grecia-, siendo uno de los principios más importantes de proporcionalidad y temporalidad, de suerte que ésta debe variar cuando ha desaparecido o

modificado los motivos que lo determinaron –STEDH del 26.10.2000, Asunto Kudla-; b) la incorporación de la internación preventiva para los anormales psíquicos, de origen germano; c) la estructuración de la detención domiciliaria como medida sustitutiva, ya no alternativa como lo es en la legislación vigente del CPP de 1991; d) la suspensión privativa de derechos para los imputados por delitos que merecen pena de inhabilitación en función a la reiteración delictiva; y, e) las medidas preventivas contra las personas jurídicas, a tono con su incorporación como parte y la exigencia del Código Penal que, bajo determinados presupuestos, las hace pasibles de medidas penales (vid.: art. 313° NCPP).

VI

§ 1. La estructura del proceso penal está desarrollada en los libros tres, cuatro y cinco. El primero está dedicado al proceso común, el segundo a la impugnación, y el tercero a los procesos especiales. En este ámbito cabe destacar varias notas características del nuevo Código.

§ 2. Tres datos iniciales es del caso resaltar:

1. La Constitución, como se sabe, reconoce al Fiscal la titularidad de la persecución penal pública, que no es otra cosa que la vigencia tanto del principio de oficialidad como de legalidad u obligatoriedad, vinculados a la esencia y caracteres del Derecho penal material (vid.: art. 1° del NCPP). El Juez no puede iniciar actuaciones penales de oficio, tanto por la exigencia constitucional de imparcialidad y objetividad, cuanto por presencia del derecho a la tutela judicial que requiere que sea ajeno al pedido de tutela, pues tiene el deber correlativo de tutelar y darle contenido. Ello, desde luego, no tiene nada que ver con la disposición del mismo por el Fiscal dado los intereses públicos del Derecho penal, ni está en contradicción con el principio de oportunidad reglada.

2. La Ley Fundamental impone el principio de necesidad del proceso penal: se sanciona penalmente a una persona por el Poder Judicial y a través del proceso (vid.: art. 139°10 Const.). Además, prevé los principios esenciales de contradicción, igualdad, acusatorio, publicidad, y algunas garantías como las de pluralidad de la instancia, juez legal, presunción de inocencia, etc (vid.: arts. 2° y 139° Const.). Empero, no desarrolla, como es obvio y natural, todo el proceso, pues éste es una institución de configuración legal.

3. Lo acusatorio del nuevo proceso penal, a partir de las exigencias del Derecho Penal, como postula Armenta Deu, entraña la asunción de cuatro principios esenciales, ya anotados: i) Necesidad: el Derecho penal sólo se realiza a través del proceso y por el órgano jurisdiccional; ii) Oficialidad: el proceso, su objeto, los actos procesales y la sentencia están en función a un interés público y se hacen valer conforme a las situaciones por la ley, aunque el Nuevo Código lo ha matizado con la introducción de los principios del consenso y de conformidad; iii) Obligatoriedad: el Ministerio Público es el que persigue los delitos, y sólo por ley y en la forma prevista por ella es posible abstenerse de promover la acción penal –oportunidad–; y, iv) el par dialéctico de aportación de parte y de investigación, que rigen en las etapas de enjuiciamiento y de investigación preparatoria, respectivamente, aunque tendencialmente prima el de aportación de parte, en cuya virtud las partes inician y delimitan el objeto del proceso, ellas introducen los hechos, corren la carga de probarlos y pueden/deben solicitar la práctica de los medios probatorios pertinentes.

§ 3. Sobre la base de una estructura mínima que tiene todo proceso: actos de alegación y actos de aportación de hechos, es posible que el juez sentencie. Pero no sólo se necesita, los efectos de la tutela, propiamente del enjuiciamiento, también se requiere de una actividad complementaria: la ejecutiva, cuya efectividad se impone al juez, incluso mediante actos forzados (vid.: arts. 488º y 489º del NCPP). Pero el derecho al debido proceso requiere que la dilucidación del conflicto penal, en función a la estructura mínima de actos de alegación y actos de prueba, se lleve a cabo bajo la vigencia e imperio de los principios como el de igualdad, contradicción, publicidad, oralidad y demás principios estructurales, puntualmente recogidos en el art. 1º del TP del NCPP.

§ 4. Lo anteriormente expuesto está en relación a los procesos de corte contradictorio. El proceso contradictorio incluye, con algunas matizaciones, una modalidad celeré de organizar una causa, que es el denominado «proceso inmediato» (vid.: art. 446º del NCPP), que procede cuando se está ante supuestos de flagrancia delictiva, confesión del imputado y prueba evidente. Este proceso pone término o evita la investigación preparatoria, salta la fase intermedia y se traduce en un juicio rápido. Tiene como meta, en buena cuenta, como explica GIMENO SENDRA, el derecho a «un proceso sin dilaciones indebidas», en clara respuesta a la lentitud de los procesos ordinarios «el proceso común según el nuevo Código», sin merma alguna del principio acusatorio y del derecho de defensa, así como apunta a dar respuesta a la inseguridad ciudadana en delitos de masiva comisión como los patrimoniales, entre otros.

En esa lógica de aceleramiento de la justicia penal, el Código ha incorporado con particular insistencia el principio del consenso, que se traduce en fórmulas para evitar el proceso y para concluirlo anticipadamente. Se trata, en el primer caso, del ya mencionado «acuerdo preparatorio» bajo aprobación judicial, y en el segundo caso tanto de la conformidad «de inspiración española» (vid.: art. 372º del NCPP), cuanto de la terminación anticipada «de inspiración italiana» (vid.: art. 468º del NCPP).

Otra pauta, siguiendo ese principio aunque con lógicas propias, se encuentra en los procesos por colaboración eficaz –inspirado en el modelo colombiano– (vid.: art. 472º y ss. del NCPP): su objetivo no es acelerar la justicia, sino buscar la eficacia en la lucha contra el crimen organizado concediendo beneficios al colaborador o «arrepentido». No obstante ello, es del caso anotar, conjuntamente con SINTURA VARELA, que se trata de un instrumento útil, si y sólo si, de él se hace un uso racional, ponderado, objetivo y bajo directrices de política criminal y debidamente trazadas desde la alta dirección de la Fiscalía.

§ 5. En el propio proceso (la declaración, se tiene lo siguiente, a partir de su obvia división en tres etapas: (1) investigación preparatoria, bajo el señorío del Fiscal, y de corte escrito y no jurisdiccional (vid.: art. IV.3 TP del NCPP) aunque desformalizada; (2) etapa intermedia, bajo dominio judicial –del Juez de la Investigación Preparatoria: vid.: art. 29º del NCPP– e introducción del contradictorio, destinado a decidir el enjuiciamiento del inculcado; y que permite tanto la corrección del pedido de sobreseimiento como la posible desestimación de una acusación notoriamente infundada (vid.: arts. 246º y 352 del NCPP), a la vez que ordena las pruebas –incluso puede haber acuerdo sobre la actividad probatoria misma: vid.: art. 350º.2 del NCPP– y dilucida todo aquello vinculado a los presupuestos procesales y cuestiones de competencia, tras la institución, en todos los casos, la Audiencia Preliminar (vid.: arts. 345º.3, 351º y 352º del NCPP); y, (3) la etapa del juicio oral, con toda plenitud del contradictorio y de la igualdad de armas (vid.: art. 356º.1 NCPP). El Juicio lo realiza, según el caso, un juez Colegiado o Unipersonal, en función a la pena conminada: seis años (la privación de libertad en su extremo mínimo (vid.: art. 28º. 1 y 2 del NCPP).

§ 6. Tres ideas fuerza, como anota TALAVERA ELGUERA, preside la investigación en cuanto etapa del nuevo proceso penal: flexibilidad, eficacia y racionalización.

A. Flexibilidad. Si el Fiscal es el responsable (al incoar un caso, entonces, la investigación debe apuntar, antes de formalizarse, a realizar diligencias preliminares, cuyas actuaciones no se repetirán en la Investigación Preparatoria propiamente dicha. La formalización sólo opera si existe mérito para procesar a una persona. Los actos de investigación, en principio, no constituyen actos de prueba y no pueden fundar una condena.

B. Eficacia. La reducción de los espacios de impunidad, apuntan a erigir al Fiscal como el director de la investigación, quien diseña estrategias de investigación adecuada a cada caso (vid.: art. 65º.4 del NCPP). Con esa finalidad el Código reconoce al Fiscal y a la Policía un conjunto de atribuciones: control de identidad, video vigilancia, pesquisas, intervenciones corporales, control de comunicaciones, incautación de documentos privados, etc. Por otro lado, tcje pautas especiales para enfrentar la delincuencia organizada y violenta, tales como la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos y el agente encubierto (vid.: arts. 340º y 341º del NCPP), institución última, por lo demás, plenamente aceptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (vid.: STEDH del

15.6.1992, Asunto Luidi vs. Suiza, § 44), aunque con un límite: no puede usarse esa prueba si hay provocación por parte del agente infiltrado y el delito es cometido en virtud a esa provocación, y la versión del agente -en aras del respeto al debido proceso y a la igualdad de armas- debe ser posible de contradicción por el imputado, sometándolo a interrogatorio (vid.: STEDH del 9.6.1998, Asunto X vs. Portugal; y, del 20.11.1989, Asunto Kostovsky vs. Holanda, § 44). Por lo demás, para determinar su validez se requiere: a) si las declaraciones han sido prestadas ante el Juez de la causa, éste ha de conocer la identidad de los testigos y, como es obvio, conceder a la defensa del acusado la posibilidad de que formule preguntas y b) si se trata de actas que se incorporen al proceso -sin interrogatorio personal del juez-, la defensa no ha de haber planteado la posibilidad de interrogar al testigo, que esa declaración no sea la única prueba de cargo y que se utilice esas declaraciones con 'precaución y circunspección' (STEDH del 14.2.2002, Asunto Visser).

C. Racionalización. La eficiencia de la investigación preparatoria está en función al control del flujo adecuado y priorización de los casos. A partir de ese eje, el nuevo Código permite al Fiscal no iniciar una investigación cuando no lo amerite (vid.: art. 334°.1 del NCPP), reservar provisionalmente las actuaciones preliminares (vid.: arts. 336°.1 y 334°.4 del NCPP), principio de oportunidad y acuerdo reparatorio (vid.: art. 2° del NCPP), terminación anticipada (vid.: art. 468° NCPP), juicio inmediato (vid.: art. 446° del NCPP).

§ 7. El tema más polémico, que ha sido incluso llevado a los medios de comunicación social, es el de la investigación, de los poderes institucionales a su alrededor y de su eficacia, tal acopio ha sido diseñada en el NCPP. ¿Cuál es el rol del Ministerio Público y cuál es su vinculación con la Policía Nacional del Perú? Esa es la pregunta clave -de actualidad-, sin descuidar por cierto otras preguntas como el control judicial de la misma y el papel de la defensa en su desarrollo, así como el diseño de las medidas de coerción, personal y real, en orden a la participación de las partes y, esencialmente, del Juez.

La respuesta a la primera pregunta es compleja.

- i) No sólo debe decirse que, en la clasificación interna, antes del procesamiento propiamente dicho, y luego de él (Diligencias preliminares: vid.: art. 330 del NCPP, e Investigación Preparatoria, tras la formalización comunicada al Juez: vid arts° 336° y 3° NCPP), la lógica estructural de la investigación es única. Las diligencias de averiguación no se repiten, al estar sometidas a una misma pauta jurídica (vid.: art. 337°2 NCPP).

- ii) Las relaciones Ministerio Público / PNP, desde su lógica de atribuciones, está definida centralmente en los arts. 65°, 3 y 4 CPP, y 6° y 68 del NCPP.
- iii) La clave, más allá de la celeridad y del aseguramiento de las fuentes de prueba que ello implica, se encuentra alrededor de su validez procesal ¿Qué función tienen esos retos en la conformación de la prueba? ¿Puede el Juez sustentar en dichas diligencias un fallo condenatorio? La respuesta, en este caso es más clara: como regla, sólo apuntan a decidir el enjuiciamiento de una persona; sólo sirven al Fiscal para acusar y a la, defensa para diseñar su resistencia o defensa, así como para sustentar las resoluciones judiciales de imputación. Como excepción al principio de prueba plenaria -sin perjuicio de la prueba anticipada, que es aquella que se practica antes del juicio oral, pero, ante otros jueces: Juez de la Investigación, Preparatoria (vid.: art. 242° NCPP)-, es posible considerar los «actos de prueba sumariales preconstituidos», que están en función a las diligencias objetivas e irreproducible realizadas durante la Investigación Preparatoria, por el Policía en funciones de Policía Judicial o la propia Fiscalía -en este caso, claro está, que se requerirá que el autor de la diligencia vaya a juicio a someterse a contradicción, salvo aceptación de las partes-, en los supuestos de definitiva irreproducibilidad. Esta doctrina, sin duda, deberá construirse jurisprudencialmente, en un ámbito normativo deliberadamente escaso.

§ 8. La Constitución garantiza el derecho a la pluralidad de la instancia (vid.: art. 139.6 de la Const.). El NCPP ha entendido, junto con un sector de la doctrina, con la exigencia de, por lo menos, la generalización del recurso de apelación (que es el recurso que mayores garantías ofrece a las partes), el cual es un medio de impugnación ordinario y devolutivo; y, como tal, no necesita fundarse en causa legal preestablecida, y en él pueden aducirse la totalidad de los errores judiciales o vicios, materiales y formales, sufridos en la sentencia o en las actuaciones de la primera instancia: vid.: arts. 416°.1 y 419° del NCPP. La necesidad de este recurso, tal acopio se concibe en el mundo eurocontinental, está avalada por la Sentencia de la Corte Interamericana del 2.7.2004, recaída en el Asunto Herrera Ulloa vs. Costa Rica, que ha considerado insuficiente que sólo se autorice contra la sentencia de instancia el recurso de casación. Este fallo asumió la doctrina del Comité de Derechos Humanos recaídas en los Dictámenes recaídos en los Asuntos Gómez Vázquez vs. España del 20.7.2000, Semey vs. España del 19.9.2003, y Sincero Fernández contra España del 19.9.2003.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en dicho fallo, asumió los siguientes principios rectores, sobre la base del artículo 8°2.h) de la Convención Americana de Derechos Humanos:

- a) Que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior

jerarquía orgánica [el recurso debe ser devolutivo].⁹

- b) Que este derecho debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiere calidad de cosa juzgada [la presencia de un proceso de revisión penal no es suficiente].
- c) Que el Tribunal Superior debe reunir las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. El proceso es uno solo a través de sus diversas etapas.
- d) Que el recurso debe ser eficaz, esto es, debe dar resultados o repuestas al fin para el cual fueron concebidos. Además, debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que torne ilusorio este derecho.
- e) Que el deber que tiene el Tribunal Superior es de proteger las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes.
- f) Que, independientemente de la denominación que se le dé al recurso, debe garantizar un examen integral de la decisión recurrida. Es insuficiente que se limite a la revisión de los aspectos formales y legales de la sentencia [por eso que la sola casación, sin recurso de apelación previo, no cumple con las exigencias (la CHDF)].

§ 9. El nuevo Código, en la parte general del sistema de recursos, incorpora siete reglas esenciales. Son las siguientes:

Primera regla. Recurribilidad expresa (art. 404° NCPP), que a su vez entraña una delimitación del objeto impugnado y la legitimación de la parte que debe recurrir, que incluye expresamente al defensor. Asimismo, regula la adhesión al recurso (art. 404°.4 del NCPP), siempre que se formule por quien tiene derecho a recurrir, se interponga antes de la elevación del recurso, y se cumplan las demás formalidades: agravio, motivación, escrituralidad, precisión de puntos impugnados y motivación: art. 405°.1 del NCPP.

Segunda regla. Principio dispositivo. Las partes son las que libremente deciden si recurren o no, así como sobre su extensión. No hay recursos *ope legis*. Como tal, son materia de desistimiento (art. 406 NCPP), siempre que se formule antes que se absuelva el grado; y, si bien el defensor puede desistirse, necesita la autorización de su patrocinado. El desistimiento no perjudica a los demás recurrentes, ni tampoco a los adherentes.

Tercera regla. Ámbito del recurso. Cómo el Código, siguiendo nuestra tradición legislativa, acumula obligatoriamente la acción civil a la penal, el Ministerio Público y el imputado pueden recurrir indistintamente del objeto civil y del objeto penal de la resolución. La persona jurídica, el actor civil y el querellante particular y el responsable civil tienen su propio ámbito recursal, a mérito de los artículos 93°.1, 104° y 109°.1, y 113°.1, respectivamente del NCPP.

Cuarta regla. Poderes del Tribunal Revisor. Son cuatro los principios reconocidos al amparo del art. 409° del NCPP:

- a) *Tantum devolutum quantum appellatum*, que traduce un límite a la competencia del Tribunal de Alzada, circunscrito a la pretensión impugnativa, con la consiguiente prohibición de extenderse más allá de lo que pidan las partes (*index ne eat ultra petita partum*), esto es, el juez sólo resuelve los motivos del recurso y la instancia no se abre de oficio.

- b) Corrección hacia lo favorable cuando recurre el Ministerio Público, aún cuando el Fiscal recurra solicitando una pena más grave que la impuesta en la sentencia y el imputado se conformó con la pena, el Tribunal puede incluso absolver.

c) Extensión de oficio de la competencia del Tribunal Revisor cuando se trata de nulidades absolutas o sustanciales (vid.: ex art. 150° NCPP), que por lo demás, como anota DANIEL PASTOR, es un tema que necesariamente debe vincularse con el criterio rector de favorabilidad en relación al imputado.

d) Interdicción de la reforma pectorativa. Como dice CLAUS ROXIN, la sentencia no puede ser modificada en perjuicio del acusado, en la clase y extensión de sus consecuencias jurídicas. Este principio, como ya reconocido en la STC del 28.1.2000, recaída en el asunto Lucy Tirado Vázquez, no rige en los supuestos de apelaciones múltiples o cruzadas.

Quinta Regla. Impugnación diferida. El artículo 410° del NCPP, precisa que en las causas complejas y si se dicta auto de sobreesimiento estando pendiente el enjuiciamiento de otros imputados, la elevación de la causa se difiere, <...salvo que ello ocasione grave perjuicio a alguna de las partes>. El control de legalidad de la decisión del Tribunal de diferir la alzada se hace vía recurso de queja.

Sexta Regla. Efecto no suspensivo del recurso conforme al art. 412° del NCPP. Esta norma comprende, en primer lugar, la ejecución provisional de la resolución impugnada; y, en segundo lugar, en homenaje a la presunción de inocencia o, mejor dicho, al principio de proporcionalidad, la excarcelación del absuelto o al imputado a quien se impuso pena compurgada o una pena distinta de la privativa de libertad, pese a la interposición y concesión del recurso. Si opera el vencimiento de la pena dentro del trámite recursal, igualmente, se excarcela al imputado.

Séptima Regla. Efecto extensivo del recurso penal; art. 498° del NCPP. Este efecto que es propio de lo penal, pues en lo civil rige el principio de personalidad de los recursos, consiste en que los efectos favorables de una decisión se extienden al no recurrente, siempre en lo favorable, si está en la misma situación jurídica del recurrente.

§10. El nuevo Código reconoce un modelo de apelación tendencialmente limitada (vid.: art. 422° del NCPP), a terno con la tendencia dominante en el derecho comparado; y, respetuoso de los principios de inmediación y oralidad, pues circunscribe determinada valoración de la prueba personal (vid.: art. 425°.2 del NCPP); y, cuando se trata de juicio de culpabilidad, instituye la nueva audiencia o juicio de apelación (vid.: art. 423° del NCPP), tal como lo exigió el TEDH en numerosos fallos [SSTEDH del 26.5.1998, recaída en el Asunto Bkbatani vs. Succia; y, del 27.6.2000, recaída en los Asuntos Tierce vs. San Marino, y Contantinescu vs. Rumania].

§ 11. Por otro lado, cumpliendo la exigencia constitucional (vid.: art. 141° de la Const.) instituye el recurso de casación penal, sin reenvío (vid.: art. 433°.1 del NCPP), de competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema. Se trata, siguiendo a

GARBERI/GONZALEZ-CUELLAR, de una institución de derecho orgánico procesal y de derecho funcional procesal, configurada como un medio de impugnación de carácter extraordinario, de conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema, el cual puede ser interpuesto únicamente contra las resoluciones expresamente previstas por la ley y por los motivos establecidos en ella, cuya existencia tiene como fin esencial proteger el derecho fundamental de los ciudadanos a la igualdad en la aplicación de la ley.

Como novedad, es de resaltar, la incorporación de dos motivos interesantes de casación. En primer lugar, el control de logicidad de fallo de segundo grado, de inspiración italiana (vid.: art. 42º.4 del NCPP), que no es una casación por error facti sino iuri, vinculada, de un lado, al respecto de la legislación sobre la prueba, y, de otro lado, al respeto de los principios que informan la corrección del pensamiento humano. Señalan, al respecto GONZALES NOVILLO/ FIGUEROA, que bajo este aspecto se realiza un examen sobre la aplicación del sistema probatorio establecido por la ley a fin de custodiar la aplicación de las reglas de la sana crítica en la fundamentación de la sentencia, verificando si se han observado las reglas fundamentales de la lógica, la psicología, y la experiencia, quedando, como es obvio, incólume la estimación valorativa de la prueba y las conclusiones fácticas de la sentencia que son privativas del tribunal de mérito. En segundo lugar, la vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional como de la Sala Penal de la Corte Suprema (vid.: art. 42º.5 del NCPP), con lo que se da un peso específico al derecho jurisprudencial.

§ 12. Otra novedad, a tono con este segundo novedoso motivo de casación, y en relación al rol del Supremo Tribunal, es la institución del precedente judicial o jurisprudencia obligatoria (vid.: art. 433º.3 y 4 NCPP). A estos últimos efectos sirve las denominadas «sentencias normativas y las «sentencias plenarias». Con ello se busca hacer realidad el principio de seguridad jurídica y el de igualdad en la aplicación judicial de la ley, a la vez que, como explica LOPEZ BARJA DE QUIROGA, evitar pronunciamientos arbitrarios e inmotivados al adaptar la norma al supuesto concreto.

VII

§ 1. Propiamente, sobre la estructura del proceso penal y los tipos de procedimiento que configura el nuevo Código, es de puntualizar que siguiendo a la OPP Alemana y, al CPP Italiano se opta por una clasificación en virtud de la cual el conjunto de procedimientos penales se ubican en dos grandes rubros:

1. El procedimiento común, que es el ordinario para delitos, y se ubica en un mismo nivel con el procedimiento por faltas.
2. Los procedimientos especiales. Son seis:
 - i) el procedimiento inmediato, guiado por el principio de celeridad o aceleramiento procesal;

- ii) el procedimiento por razón de la función pública, que incluye a los funcionarios aforados y no aforados, que en puridad constituye un procedimiento con especialidades procedimentales, pues su estructura es la del procedimiento común;
- iii) el procedimiento de seguridad, para la imposición de medidas de seguridad, de directa influencia germana;
- iv) el procedimiento por delitos privados;
- v) el procedimiento de terminación anticipada, que al igual que el primero, inmediato, ha seguido el modelo italiano; y,
- vi) el procedimiento por colaboración eficaz, de evidente influencia colombiana y portorriqueña.

Los procedimientos ordinarios: común y por faltas, se configuran a partir de la naturaleza de la infracción penal, y se siguen para todo tipo de hecho punible, de ahí, como anota MONTÓN REDONDO, su calificación de ordinario. Los procedimientos especiales, a su vez, están previstos para delitos muy concretos o para circunstancias específicas de especial relevancia procesal, que obliga a una configuración procedimental propia, alejada del procedimiento ordinario, y que de modo general están informados por los principios de celeridad, simplificación y consenso, según el caso.

§ 2. El ámbito de aplicación del procedimiento común, de hecho el más importante y emblemático, se circunscribe a toda clase de delitos y agentes delictivos, siempre que merezcan una pena, esto es que se trate de sujetos capaces de culpabilidad, pues en este ámbito opera una división esencial, compatible con la posición dualista del Código Penal, en tanto que para el sujeto inimputable peligroso, que necesita la imposición de una medida de seguridad, corresponde el procedimiento de seguridad.

Asimismo, como ya se anotó, no existen diferencias de procedimiento por la pena conminada por el delito perseguido. El criterio de simplificación que asume el nuevo Código se concreta, de un lado, en circunstancias puntuales derivadas de la evidencia probatoria, que genera el procedimiento inmediato, y, de otro lado, en el consentimiento de las partes, que puede dar lugar a los procedimientos de terminación anticipada y colaboración eficaz. La diferencia en orden a la gravedad del injusto sólo se expresa orgánicamente, y se reduce a la etapa o fase de enjuiciamiento, pues si el delito está conminado en su extremo mínimo con una pena mayor de seis años, el tribunal será colegiado (vid.: art. 28º.1 del NCPP).

§ 3. En orden al procedimiento de declaración, según ya se expuso, éste se divide en las etapas o fases de investigación, en la que se incluye el procedimiento de iniciación, intermedia y de enjuiciamiento.

El procedimiento de iniciación tiene que ver con el régimen jurídico de la denuncia y los actos de incoación de la investigación (vid.: arts. 326º a 332º del NCPP). El régimen

jurídico de la denuncia no trae mayores novedades, pues ratifica el sistema de denuncia-derecho, salvo las excepciones de denuncia-deber. Lo que sí es claro es que el Fiscal es, el sujeto pasivo de la denuncia, no el Juez, de suerte que es el Fiscal quien promueve la acción penal y el ciudadano sólo tiene un derecho de petición que lo ejerce ante el Ministerio Público.

Por otro lado, el nuevo Código ratifica que el Fiscal cuando tenga «... conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que revista los caracteres del delito» (vid.: art. 329° NCPP) está obligado a intervenir, con lo que asume los principios de obligatoriedad y oficialidad. Es interesante resaltar que el Fiscal es quien promueve la acción penal, y lo puede hacer de oficio o a solicitud de los denunciante, descartándose en este último caso la equívoca expresión «solicitud de parte».

§ 4. La investigación fiscal propiamente dicha consta de dos posibles momentos: a) Diligencias Preliminares y b) Investigación Preparatoria. El órgano encargado de conducirla o dirigirla es el Fiscal Provincial (vid.: art. 322° del NCPP), con intervención -ciertamente puntual- y a solicitud de parte del Juez de la Investigación Preparatoria (acciones de tutela, medidas limitativas de derechos, prueba anticipada, control de los plazos de culminación de la investigación, vid.: art. 323° del NCPP). El objeto de la investigación consiste en «... reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa»; y, su finalidad, es «... determinar si la conducta inculpada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado» (vid.: art. 321° del NCPP).

Corresponde al Fiscal Provincial decidir discrecionalmente, sin posibilidad de control, jerárquico o jurisdiccional, si ante la noticia criminal opta por disponer Diligencias Preliminares o se decide por la inmediata formalización de la causa y da lugar a la Investigación Preparatoria. En todo caso, el nuevo Código -a modo de orientación- precisa que la finalidad inmediata de la primera -en aras de determinar si formaliza la Investigación Preparatoria, vid.: art. 330°.1 NCPP- es «... realizar los actos urgentes e inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión y, dentro de los límites de la ley, asegurarlas debidamente» (vid.: art. 330°.2 del NCPP) y el plazo de duración de las Diligencias Preliminares en supuestos simples es de 20 días, y en supuestos distintos es ligado discrecionalmente; instada su finalización y si el plazo que fija el Fiscal es irrazonable o no decide, corresponde resolver, a instancia del afectado, al Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia con asistencia de las partes (vid.: art. 334°.2 del NCPP).

El Fiscal Provincial, frente a la denuncia o ante las actuaciones preliminares ya culminadas o con el plazo vencido, está obligado a decidir si promueve la acción penal o archiva las actuaciones. La «Disposición de Archivo» es recurrible vía control jerárquico,

mientras que la «Disposición de Formalización» no es recurrible y sólo comunicada al Juez de la Investigación Preparatoria. Si bien, para dictarla, rigen los criterios de tipicidad, no presencia de causas de extinción de la acción penal, individualización del imputado y cumplimiento de las condiciones de perseguibilidad (vid.: art. 334° del NCPP), se exige un presupuesto jurídico adicional: indicios reveladores de la existencia de un delito, lo que dice de la noción indeterminada de fuente germana de «sospecha simple», que importa una mera posibilidad delictiva.

Es importante resaltar que la Disposición de Formalización genera dos efectos importantes. El primero, que se concreta la intervención judicial, al punto que el archivo de la causa sólo puede tener lugar por orden del Juez de la Investigación Preparatoria; y, el segundo, que se suspende la prescripción (vid.: art. 339° del NCPP). Este último efecto es especialmente problemático, en tanto se aparta definitivamente del sistema instaurado tradicionalmente por el Código Penal, que prevé la interrupción del plazo prescriptivo por actuaciones de la instrucción o del proceso en general (vid.: art. 83° del CP) y reconoce la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal frente a la necesidad de resolver previamente cualquier cuestión que condiciona el inicio o la continuación de la causa penal (vid.: art. 84° CP), a la par que la suspensión sólo importa tener por no contabilizado el tiempo transcurrido durante ese período. ¿Significa que con la entrada en vigor del nuevo Código y dictada una Disposición de Formalización, que automáticamente importa la suspensión del plazo de prescripción del delito, prácticamente se acabó con las prescripciones que pueden acaecer en el curso del procedimiento penal, de modo que se abroga el artículo 83° del CP?

Los actos de investigación, sea que se lleven a cabo durante las Diligencias Preliminares o durante la Investigación Preparatoria, están sometidos a un mismo régimen jurídico, no pueden repetirse. Su ampliación está condicionada a que se acredite un grave defecto de actuación o que se requiera su complementación por haber surgido nuevos elementos de convicción que obliguen a su actuación (vid.: art. 337°.2 del NCPP). Los actos de investigación pueden actuarse contradictoriamente, el Fiscal para la concurrencia de imputados, testigos y peritos tienen potestad de conducción compulsiva, y ante una solicitud de actos de investigación está autorizado a rechazarla si no los considera pertinentes, útiles y conducentes, en cuyo caso el afectado puede instar a la intervención judicial (vid.: art. 337° 4 y 5 NCPP).

El procedimiento de conclusión de la investigación preparatoria está regulado en los artículos 342° y 434° del Nuevo Código. El plazo regular es de 120 días más una prórroga de 60 días, naturales en ambos supuestos. Si la investigación es compleja, para la cual existen parámetros puntuales, el plazo será de 8 meses prorrogables 8 meses más. La Investigación Preparatoria concluye mediante una Disposición Fiscal, salvo que las partes insten la intervención del juez de la Investigación Preparatoria cuando venzan los plazos y el Fiscal omite hacerlo.

§ 5. La etapa intermedia es una etapa del proceso bajo dirección judicial, del juez de la Investigación Preparatoria. Está destinada a calificar la Investigación Preparatoria y

decidir el sobreseimiento o la apertura del juicio oral con la emisión del auto de enjuiciamiento.

Las notas características son las siguientes:

1. Corresponde al Fiscal pronunciarse formulando un requerimiento de sobreseimiento o profiriendo una acusación escrita. Lo último se planteará cuando «... exista base suficiente para ello (vid.: art. 334°.1 del NCPP). La decisión jurisdiccional está precedida de un debate contradictorio.

2. La decisión judicial requiere de la celebración de una audiencia de control del sobreseimiento -si el Fiscal solicita esa decisión- o de una audiencia preliminar -si el Fiscal formula acusación-.

3. La audiencia de control del sobreseimiento se realiza imperativamente, aún cuando las partes no formulen oposición al respectivo requerimiento fiscal o no soliciten una investigación suplementaria para efectuar los actos de investigación omitidos. La vista oral se lleva a cabo con los que asistan, para lo cual todos los sujetos procesales deben ser citados. El debate está centrado en los alegatos que sobre el particular formulen las partes, no se actúan pruebas.

4. La decisión que, como consecuencia de la celebración de la audiencia de control, profiera el juez de la Investigación Preparatoria puede ser el auto de sobreseimiento, el auto de instauración de una investigación suplementaria y el auto de elevación de lo actuado al Fiscal Superior forzando la acusación. En este último caso, la decisión del Fiscal Superior culmina el procedimiento.

5. Emitida la acusación, la audiencia preliminar de control de la acusación tiene propósitos múltiples: a) control formal y control sustancial de la acusación; b) deducir y decidir la interposición de medios de defensa; c) solicitar la imposición, modificación o levantamiento de medidas de coerción; d) instar un criterio de oportunidad; e) ofrecer pruebas, cuya admisión está sujeta a la pertinencia, utilidad y conducencia de la misma, así acopio pedidos de prueba anticipada; f) cuestionar el monto de la reparación civil pedida por el Fiscal; y, g) proponer otra cuestión para una mejor preparación del juicio. Además, lo que constituye una novedad singular en el nuevo proceso al amparo del modelo Chileno, se puede proponer la aceptación de hechos y la dispensa de pruebas, así como acuerdos sobre medios de prueba para acreditar determinados hechos; se trata de las denominadas «convenciones probatorias», que son acuerdos relativamente vinculantes, pues el juez sólo si resultan irrazonables puede desestimarlos.

6. La audiencia preliminar no está destinada a actuar pruebas, salvo la prueba anticipada. Para su instalación se requiere la asistencia obligatoria del Fiscal y del Abogado Defensor, no así del imputado. En dicha audiencia, además, se puede aclarar, modificar o integrar la acusación, que se aceptará previo trámite de traslado. Realizada la audiencia, sobre el mérito de la acusación, el juez puede emitir auto de enjuiciamiento o puede dictar auto de sobreseimiento, siempre que estime que el hecho imputado no está acreditado y que no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio nuevos elementos de convicción...

7. El auto de sobreseimiento es recurrible mediante recurso de apelación. Las decisiones que se dictan en el curso de la audiencia preliminar sólo son recurribles

las que estimen excepciones o medios de defensa. No, es recurrible el auto de enjuiciamiento. Esta resolución, a su vez, dispone la remisión de los actuados al juez Penal competente. Este último es quien dicta el auto de citación a juicio.

§ 6. En lo atinente a la etapa de enjuiciamiento, el nuevo Código la reconoce explícitamente como la etapa principal del proceso, que se realiza sobre la base de la acusación y en forma continua (vid.: art. 356° .I y 2 del NCPP).

En relación con el modelo vigente, el nuevo Código trae las siguientes novedades:

1. Profundización del los principios de unidad y concentración del debate. Entre sesiones de una misma audiencia, no pueden intercalarse o realizarse otros juicios, salvo que en ese lapso puede concluir, es decir, si la nueva causa lo permita (vid.: art. 360° .5 del NCPP).

2. El Juez no interviene en la actuación probatoria, salvo contadas excepciones con fines exclusivos de esclarecimiento (vid.: art. 375° .4 del NCPP). El juez tiene poder para dirigir la audiencia y controlar su adecuado desarrollo y finalidad. Las partes son las que realizan el interrogatorio directo a los órganos de prueba (vid.: art. 375° .3 del NCPP).

3. Incorporación de un paso previo, antes de dar inicio a la actividad probatoria propiamente dicha. Es el trámite de conformidad, con relativa influencia española. Lo específico es que la conclusión anticipada del juicio, en caso de varios acusados, permite la ruptura de la unidad de la audiencia sin límite alguno (vid.: art. 372° del NCPP).

4. El Tribunal está facultado para plantear la tesis, y el Fiscal a su vez puede introducir cambio, que es lo que se denomina «acusación complementaria» (vid.: art. 374° .2 del NCPP), sin perjuicio de reconocer que su acusación escrita puede ser alternativa en cuanto a los tipos penales invocados (vid.: art. 349° .3 del NCPP).

5. El examen del acusado está condicionado a su previa aceptación.

6. Para evitar juicios leídos y no orales, se limita las pruebas que pueden leerse en la audiencia. Sólo pueden leerse las pruebas estipuladas en el artículo 383° del NCPP: diligencias objetivas e irreproducibles, prueba anticipada, prueba instrumental propiamente dicha, dictamen pericial y testificales en vía excepcional. En buena cuenta, este es el artículo clave en materia de derecho probatorio respecto a la denominada «prueba preconstituida». Siguiendo a la OPP Alemana se puede evitar la lectura de documentos muy numerosos.

7. La sentencia se lee ante quienes comparezcan a juicio en la sesión pertinente. Los plazos para deliberar y leer la sentencia se amplían, a 8 días. Se eliminan las cuestiones de hecho o veredicto.

8. En cuanto al régimen jurídico de la sentencia se tiene que: i) sólo pueden formar parte de la misma la prueba legítimamente incorporada al juicio; ii) se profundiza el principio acusatorio, en cuya virtud no se puede imponer pena más grave que la pedida por el Fiscal, salvo que el pedido fiscal importe un requerimiento de pena por debajo del mínimo legal sin justificación legal; iii) para los efectos de la pena privativa de libertad, se descuenta el tiempo de prisión preventiva y de detención domiciliaria; y, iv) si la pena impuesta es privativa de libertad efectiva y el acusado está libre, el Tribunal podrá disponer la prisión preventiva si existe peligro de no sometimiento a la pena impuesta, la medida no es automática como lo es con la ley procesal vigente.

VIII

§ 1. El Libro Sexto, especialmente en su Segunda Sección, introduce la institución de las costas, antes sólo reservadas al proceso civil. Las costas, de sólida raigambre en el Derecho procesal penal comparado, como dice VEGAS TORRES, son las respuestas a los costos económicos que implica el empleo de numerosos recursos humanos y materiales que realiza el Estado, existiendo consenso en que una parte de esos gastos debe ser sufragada por los litigantes. Tal hecho, sin embargo, está debidamente matizado tomando en consideración que los litigantes deben pagar las costas -el perdedor- y quien, no obstante lo anterior, por su precariedad económica no puede hacerlo.

§ 2. Finalmente, el Libro Séptimo está destinado a regular la Cooperación Judicial Internacional. Aquí se aborda, en primer lugar, todas las instituciones vinculadas a la cooperación judicial incluida la extradición, fijando las pautas de derecho interno para su debida aplicación; y, en segundo lugar, la cooperación con la Corte Penal Internacional, con lo que se cumple con las exigencias del Tratado que la instituye.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

1. ARMENTA DEU, TERESA: Lecciones de Derecho Procesal Penal, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2003.
2. BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE: Derecho Penal - Parte General, Lima, Ara Editores, 2004.
3. BUJOSA VADELL, LORENZO: Principio acusatorio y juicio oral en el proceso penal español. Derecho Penal Contemporáneo, Número 9, Bogotá, Legis, Diciembre 2004.
4. DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS; ARAGONESES MARTÍNEZ, SARA; HINOJOSA SEGOVIA, RAFAEL; MUERZA ESPARZA, JULIO; TOMÉ GARCÍA, JOSÉ ANTONIO: Derecho Procesal Penal, Madrid, Ed. Caura, 2002.
5. DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS; DIEZ-PICAZO JIMENEZ, IGNACIO; VEGAS TORRES, JAIME: Derecho procesal Madrid, I J. 2002.
6. GARBERI LLOBREGAT, JOSÉ; GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, NICOLAS: Apelación y Casación en el proceso civil, Madrid, Ed. Colex, 1994.
7. GIMENO SENDRA, VICENTE: Derecho Procesal Penal, Ed. Colex, Madrid, 2004.
8. GONZALES NOVILLO, JORGE R.; FIGUEROA, FEDERICO: Recurso casación en el proceso penal, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 1993.
9. GOSSEL, HARI. HEINZ: El proceso penal, Lima, Ed. Grijley, 2004.
10. JAEN VALLEJO, MANUEL: Justicia Penal Contemporánea, Lima, Ed. Librería Portocarrero, 2002.
11. JAEN VALLEJO, MANUEL: Derechos Fundamentales del proceso penal, Medellín, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.
12. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO: Tratado de Derecho Procesal Penal, Navarra, Ed. Thomson & Aranzadi, 2004.
13. MONTERO AROCA, JUAN; GOMEZ COLOMER, JUAN LUIS; MONTON RECONDO, ALBERTO; BARONA VILAR, SILVIA: Derecho Jurisdiccional III - Proceso Penal, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2004.
14. MOREILLON, LAURENT; DE COURTEN, FREDERIQUE: La lucha contra el terrorismo y los derechos del sospechoso: el principio de seguridad a prueba de los derechos fundamentales. En: La reforma del proceso penal peruano, Anuario de Derecho Penal, Lima, 2004.
15. MORENO CATENA, VICTOR; CORTES DOMINGUEZ VALENTIN; GIMENO SENDRA, VICENTE: Introducción al Derecho Procesal, Madrid, Ed. Colex, 2000.
16. PASARA, LUIS (compilador); MAC LEAN UGARTECHE, ROBERTO y otros: En busca de una justicia distinta. Lima, Consorcio Justicia Viva, 2004.
17. PASTOR, DANIEL: Tensiones ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites? Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2004.
18. PEDRÁS PENALVA, ERNESTO: Derecho Procesal Penal. Tomo. Madrid, Ed. Colex, 2000.
19. ROXÍN, CLAUD: Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2000.
20. SINTURA VARELA, FRANCISCO JOSÉ: Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado. Derecho Penal Contemporáneo, Número 9, Bogotá. Legis, Diciembre 2004.
21. TALAVERA ELGUERA, PABLO: Comentarios al nuevo Código Procesal Penal, Lima, Ed. Grijley, 2004.

UNIDAD IV: DERECHO PROCESAL PENAL

- DERECHO DE REVISIÓN DE LA CONDENA PENAL VS. DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN. Salas Arenas, Jorge Luis. *Condena al Absuelto. Reformatio in peius cualitativa. Editorial Jurídica IDEMSA 2011. Pág. 15 - 54*

DERECHO DE REVISIÓN DE LA CONDENA PENAL VS. DOBLE GRADO DE JURISDICCIÓN

**(FUNCIÓN DE REVISIÓN DE MÉRITO DEL FALLO
CONDENATORIO RESPECTO DE QUIEN FUE ABSUELTO
EN PRIMERA INSTANCIA DE JUZGAMIENTO)**

JORGE LUIS SALAS ARENAS

Resumen

Los artículos 419 y 425 del nuevo Código Procesal Penal contemplan un supuesto de revocación del fallo absolutorio por uno condenatorio, sino abarcar la posibilidad de revisión éste, siendo una posible solución la creación de una función de revisión de mérito en otra Sala Superior llamada por ley.

Palabras clave.- 1. Pluralidad de instancias. 2. Derecho de Revisión. 3. Fallo absolutorio. 4. Fallo condenatorio. 5. Condenado.

Abstract

Articles 419 and 425 of the new penal code include a case of revocation of acquittal by a conviction, not contemplating this review, one possible solution to create a merit review function call in another room Superior by law .

Key words.- 1. Multiple instance. 2. Right of review. 3. Acquittal sentence 4. Conviction Sentence 5. Condemned

Sumario

Introducción. Capítulo I. Planteamiento del Problema. Capítulo II. Fallo Condenatorio, Pluralidad de Instancia y Derecho de Revisión. III. Conclusiones y Propuestas de Solución

INTRODUCCIÓN

Como fruto de la experiencia cotidiana, queda en claro que – cuando menos en algunos casos –, nuevas o diferentes perspectivas de análisis que según en el transcurso del tiempo en que se ejercita materialmente determinada institución jurídica, suele poner en evidencia diversos vacíos, defectos, imprecisiones o contradicciones en los dispositivos legales y en alguna oportunidad, vulneraciones a alguno o algunos de los derechos fundamentales que fueron consagrados propiamente de la conquista de la humanidad a través de la historia⁽¹⁾.

Resulta ineludible obligación ciudadana el respeto, cumplimiento y defensa de los principios, valores, derechos y obligaciones contenidos en nuestra Carta Magna, que constituyen obligaciones ciudadanas, como líneas fundamentales del pacto social que debe regir el desenvolvimiento de la colectividad democrática⁽²⁾.

El orden procesal ha establecido distintos niveles jerárquicos en la administración de la justicia penal⁽³⁾; en los que se procura otorgar garan-

tías suficientes al procesado y a las partes para ejercer tanto el derecho humano y fundamental al juicio justo como el de defensa de sus respectivas perspectivas.

En cumplimiento de lo dispuesto por el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁽⁴⁾, los integrantes de la Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú llevaron a cabo en el año 2010 el VI Pleno Supremo Penal, que tuvo como agenda para el debate, la decisión de 7 aspectos propuestos para dicho certamen, de los cuales, finalmente sólo se aprobaron 6, no habiéndose logrando los votos necesarios para consolidar un acuerdo jurisprudencial respecto al tema de la “*condena al absuelto*”, único asunto pendiente para que la judicatura suprema nacional emitiera criterios orientadores con carácter vinculante.

Abordar éste tema, apreciando el resultado del evento jurisdiccional precedentemente mencionado, conduce a analizar las posturas que generan discordia académica vigente, entre quienes creemos que el artículo 425.3.b del Nuevo Código Procesal Penal, en adelante NCPP, concordado con el artículo 419.2 del citado Código, contraviene la Constitución por vulnerar el derecho a la revisión de la condena en doble instancia y otros derechos conexos, frente a quienes señalan lo contrario (tales posiciones disímiles, férreamente sostenidas gravitaron decididamente en la imposibilidad de arribar a un acuerdo supremo vinculante respecto del indicado punto todavía pendiente).

Con los parámetros establecidos en el NCPP (D. Leg. 957) respecto a la apelación de sentencias se ha avanzado considerablemente al estatuir que la revisión de las decisiones finales emitidas en primera instancia se ha de producir en el ámbito de un plenario judicial ante el órgano revisor, que se desarrolle con las características fundamentales de oralidad, publicidad y contradicción, con la probabilidad de nueva actuación probatoria –artículo 422 NCPP– (por tanto, no solo del análisis documental y a la audición ocasional de informes orales, como ocurría con el Decreto Legislativo 124 y ante la sala penal de la Corte Suprema con el código de procedimientos penales de 1940).

⁽¹⁾ Es pertinente tener presente que esta rama (la historia) de las ciencias sociales, nos permite proyectar el desarrollo de los pueblos en base a la consolidación de las hazañas de los mismos, rectificando los errores que se presentaron en el pasado y que la historia en general y de las instituciones jurídicas en particular, se construye en la cotidianeidad.

⁽²⁾ Las reglas fundamentales deben ser materialmente cumplidas, mas allá de haber sido declaradas, admitidas o incorporadas en el acervo jurídico nacional.

⁽³⁾ El artículo 16 del Nuevo Código Procesal Penal indica que la potestad jurisdiccional del Estado en materia penal se ejerce por:

1. La Sala Penal de la Corte Suprema.
2. Las Salas Penales de las Cortes Superiores.
3. Los Juzgados Penales constituidos en órganos colegiados o unipersonales, según la competencia que le asigna la ley.
4. Los Juzgados de Investigación Preparatoria
5. Los Juzgados de Paz Letrado, con las excepciones previstas por la Ley para los Juzgados de Paz.

⁽⁴⁾ El artículo 116 señala sobre Plenos Jurisdiccionales que: “Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial”.

Ante tal situación, en el presente análisis hace referencia al “*Hard Law*” y al “*Soft Law*” internacionales pertinentes, pudiéndose apreciar casos similares en los que dicha actuación en su momento fue objeto de pronunciamiento por órganos jurisdiccionales supranacionales que impusieron sanciones y establecieron obligaciones a los Estados miembros infractores de un tratado previo.

Es de resaltar que nuestro país aceptó como jurisdicción supranacional la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ende tiene la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, y por lo mismo la obligación de garantizar los derechos y garantías de toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, la obligación de adecuar el ordenamiento jurídico y la actuación de todos los poderes públicos a fin de garantizar de manera efectiva los derechos, entre otras obligaciones que se desprende de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por ello, la finalidad del presente estudio es prevenir la configuración de alguna forma de responsabilidad internacional al colocarse el Estado Peruano en condición de infractor potencial de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y otros instrumentos internacionales, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 139.6 de la Constitución Política del Perú.

En ese entendido, se propone una fórmula normativa que permita instaurar una denominada instancia de revisión frente a la sentencia emitida por la Sala Superior Penal (“de Apelaciones”), expresada en un proyecto de ley, entendiendo que dicha propuesta legislativa, legitimada constitucionalmente, no resulta suficiente, sino que de aprobarse se debe adecuar el ordenamiento jurídico interno a las previsiones de la Convención, y principalmente respetando la Constitución que nos rige, honrando el principio de unidad constitucional⁽⁵⁾.

También es necesario precisar que en nuestra legislación interna, no existen supuestos de inapelabilidad o irrevisabilidad de sentencias de condena teniendo en cuenta que, por el contrario, el marco constitucional

declara el derecho de cuestionar la decisión sancionatoria, en la forma dentro de los cauces previstos en las leyes específicas⁽⁶⁾.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

- 1.1 El aspecto central estriba en si el principio fundamental de la pluralidad de instancias (derecho de revisión de las sentencias en general) se cumple en el ámbito penal respecto de la sentencia de condena (revisión de sentencias de condena) en todos los supuestos bajo las reglas del nuevo modelo procesal penal.
- 1.2 Teniendo en cuenta que el derecho de revisión de la sentencia penal puede o no ejercerse por el interesado según lo estime (fora parte del libre ejercicio de sus potestades), surgen entre otros varios supuestos:

Supuesto a) Si el acusado de una conducta delictiva fuera condenado por el Juez Unipersonal o el Juzgado Colegiado, la revisión de la condena a su pedido puede generar la absolución.

Supuesto b) Si el acusado de una conducta delictiva fuera condenado por el Juez Unipersonal o el Juzgado Colegiado, la revisión de la condena a pedido del Ministerio Público puede generar la confirmación de la condena o la variación del castigo (incluso incremento del castigo).

En ambos casos, la condena emitida por un Juez o Tribunal, ha de ser revisada por otro Tribunal y finalmente el procesado condenado debe tener dos instancias de debate y de mérito, cualquiera que fue el resultado.

Supuesto c) Si el acusado de una conducta delictiva fuera absuelto por el Juez Unipersonal o el Juzgado Colegiado y la apelación formulada por el Ministerio Público, la confirmación de la decisión de absolución no genera problema de vulneración al derecho de revisión por cuanto la determinación fue sometida a doble instancia de debate, conforme a ley.

⁽⁵⁾ Definido en el FJ 12 acápite a de la Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano EXP N° 5854-2005-AA/TC. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.html>

⁽⁶⁾ No está demás precisar que no es factible generar por interpretación exigencias o cargas no previstas de modo específico por el llamado a establecerlas (el legislador) – Estando en el VII.B del TP del NCPP–.

Supuesto d) Si el acusado de una conducta delictiva fuera absuelto por el Juez Unipersonal o el Juzgado Colegiado y la apelación fuera formulada por el Ministerio Público, de no confirmarse por el órgano superior, es legalmente factible expedir decisión superior de condena con arreglo a los artículos 419.2 y 425.3 del Nuevo Código Procesal Penal.

- 1.3 Toda vez que es recién en la segunda instancia donde se produce por vez primera una decisión de condena (antes materialmente inexistente), surge el problema jurídico trascendente que va más allá de lo procesal y se enraíza en el orden fundamental (derechos humanos) y en el orden constitucional, puesto que esa determinación de condena (ciertamente fruto de un juicio revisorio, probablemente con nueva actuación probatoria) no podrá ser discutida en otra y diferente instancia de mérito.

Debido a ello, se formula la siguiente hipótesis de solución del problema⁽⁷⁾:

- Dado el supuesto de que en revisión de sentencia de absolución se tenga que optar por el tribunal revisor una decisión de condena, y dado que no se encuentra prevista en la normatividad procesal penal vigente una instancia de debate y de mérito respecto de la condena judicial emitida en esta hipótesis, es probable que se requiera de la implantación del derecho de apelación de la sentencia revisora que condena al absuelto o en otros términos, se prohíba una reforma peyorativa de la absolución que estuviera exenta de posibilidad de revisión en tanto perjudica al procesado, y para ello, se requiera ley específica modificatoria del régimen actualmente existente.

⁽⁷⁾ Debiendo todo ciudadano cumplir las leyes que emanan del Congreso de la República y los jueces aplicarlas al caso concreto sometido a su conocimiento funcional, la judicatura tiene únicamente dos posibilidades democráticas para corregir la contravención constitucional insalvable detectada en la ley que precisamente han de aplicar al caso bajo su conocimiento: de un lado, el ejercicio del control constitucional difuso (STC 0020-2003-AI/TC y STC 0030-2005-PI) con estricto arreglo a la Constitución y la LOPJ -operación que servirá solamente para el indicado caso judicial- y del otro, la iniciativa legislativa modificatoria, igualmente contemplada en la LOPJ -cuyo efecto final (de ser asumido por el Parlamento según las reglas de la democracia), se aplicará "erga omnes".

II. FALLO CONDENATORIO, DERECHO DE REVISIÓN Y PLURALIDAD DE INSTANCIA

1. Bases legales que determinan la pluralidad de instancias de revisión de la condena

1.1 Legislación Internacional-"Hard Law"

a) Convención Americana sobre Derechos Humanos:

- Artículo 8º, inciso 2, literal h "Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior";
- Artículo 8º, inciso 5 El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia(8).

b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

- Artículo 4, inciso 1 "En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
- Artículo 4, inciso 3 " Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comuni-

⁽⁸⁾ Se entiende, por extensión, que el proceso penal de revisión de la condena debe ser público; nótese que el texto de la Convención se refiere a **proceso penal** -de determinación de la responsabilidad (en primera instancia), o de revisión de la decisión de condena (en segunda instancia); dado que no hay razón para diferenciar o establecer una etapa de revisión de condena sin aquellas características propias del proceso judicial democrático-; no se refiere la Convención en consecuencia al recurso casatorio, excepcional y tasado -que no implica una instancia de mérito-.

cación por el mismo conducto en la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”.

- Artículo 14º.5 “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

c) Declaración Universal de Derechos Humanos:

- Artículo 8º “Toda *persona* tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales *nacionales* competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la *constitución* o por la ley”.
- Artículo 11º. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
- Artículo 30º. Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta.

d) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

- Artículo XVIII “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un *procedimiento* sencillo y breve por el cual la *justicia* lo ampare contra actos de la *autoridad* que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

1.2 Legislación Nacional

a) La Constitución Política del Estado:

- Artículo 139º, Principios y derechos de la Función Jurisdiccional inciso 6, establece que: La Pluralidad de Instancia”.
- Artículo 139º, Principios y derechos de la Función Jurisdiccional inciso 3, establece la observancia al debido proceso y la tutela jurisdiccional.

- b) La Ley Orgánica del Poder Judicial, que en su Artículo 11º, precisa que: “Las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, con arreglo a ley, en una instancia superior. La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable. Lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada. Su impugnación sólo procede en los casos previstos en la ley”.

2. Garantía de pluralidad de instancias

El derecho a la pluralidad de instancias es una garantía del debido proceso, puesto que con él se persigue que lo dispuesto por un juez “*A Quo*”, pueda ser revisado por un órgano legal y funcionalmente superior, y del tal forma se permita que lo resuelto sea objeto de un doble pronunciamiento jurisdiccional. Sin que ello suponga ningún nivel de subordinación o dependencia de las instancias inferiores respecto de las instancias superiores, debido a que todos los jueces y tribunales son independientes en el ejercicio de su función jurisdiccional.

La condena al absuelto, se sustenta en la facultad legal que el NCPP ha otorgado al Colegiado Superior, para que en base al desarrollo de un juicio en ésta instancia, seguida con las mismas reglas del juicio de primera instancia en cuanto le sean aplicables (artículo 423.1), con actividad probatoria limitada pueda condenar a quien fue absuelto por el Juez o el Colegiado “*A Quo*”.

En base a la premisa normativa planteada por el legislador del NCPP del 2004, se debe determinar la actividad probatoria que se seguirá en la audiencia de apelación, es decir, la posibilidad de ofrecer nuevos medios probatorios, siendo regulada esta etapa del juicio por el artículo 422 inciso 2 del NCPP que es excluyente dado que en esta sede, sólo se admiten como medios de prueba:

- a) Los que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia.
- b) Los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva; y,
- c) Los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él.

Pruebas que son admitidas, en razón de que se impugna el juicio de culpabilidad o inocencia, para sean actuadas en el juicio, y en cumpli-

miento y respeto de los principios de oralidad, contradicción e inmediatez (inciso 2 del artículo I del Título Preliminar del NCPP).

Como efecto del desarrollo del juicio, para la emisión de sentencia de segunda instancia, rige lo dispuesto por el artículo 425 del NCPP, entendiéndose que en una eventual condena al absuelto, este sólo podrá interponer el pedido de aclaración o corrección material y recurso de casación, siempre que cumpla los requisitos establecidos para su admisión (artículo 425.5), mas no el recurso de apelación o revisión del juicio de culpabilidad para el ahora recientemente condenado, vulnerando de esa manera el derecho a la pluralidad de instancias⁽⁹⁾.

Recientemente, con fecha 11 de agosto de 2011 mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano EXP. N° 4235-2010-PHC/TC se esbozó claramente el contenido *prima facie* del derecho a la pluralidad de instancia en el sentido de que toda persona tiene derecho a recurrir las sentencias que le impongan una condena penal⁽¹⁰⁾, es decir que el condenado tenga derecho al ejercicio del recurso de apelación de condena.

3. El derecho a la revisión

3.1 El artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁽¹¹⁾ -Pacto de San José-, teleológicamente tratan del **derecho que tiene el condenado al doble examen y a la doble revisión de la condena**, así como el derecho a la impugnación, cuyas configuraciones y ejercicios no se presentan cuando sólo queda como medio impugnatorio la casación, debido a que únicamente se trata de una mera discusión de derecho y de distinta naturaleza (extraordinaria)⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ Es claro que los pedidos de aclaración o corrección y esencialmente la interposición del recurso de casación tienen una connotación distinta al ejercicio del recurso de apelación.

⁽¹⁰⁾ Cfr. FJ 17 EXP. N° 4235-2010-PHC/TC "Los dispositivos reseñados permiten sostener, en primer término, que pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el derecho de toda persona a recurrir las sentencias que le impongan una condena penal (...)" www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/04235-2010-HC.html

⁽¹¹⁾ El artículo 8) sobre Garantías Judiciales señala que: 2) Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas, y establece el: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

⁽¹²⁾ El "Hard Law" fundamental no se refiere a la doble instancia de debate del proceso sino a la doble instancia de discusión de la decisión de condena.

3.2 Similares fórmulas garantistas se pueden apreciar a nivel de los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos en los casos Gómez Vaca vs. España en el año 2000, Sineiro Fernández vs. España y Semey vs. España, estos últimos en el año 2003⁽¹³⁾.

4. La connotación del recurso de casación y del recurso de apelación en el nuevo Código Procesal Penal peruano

El Nuevo Código Procesal Penal prevé como recursos que pueden interponerse contra resoluciones judiciales: el de reposición, el de apelación, el de casación y el de queja.

Se debe tener en cuenta que la casación en la Instancia Suprema sólo se produce por motivos o causas establecidas en el artículo 429 del Nuevo Código Procesal Penal⁽¹⁴⁾, radicando allí lo extraordinario de su naturaleza. Por ende, la decisión de no haber lugar al recurso casatorio por parte del Colegiado Supremo, se emite sin la realización de un juicio de mérito previo, ni segunda instancia respecto del condenado absuelto en primera instancia, con lo que se afianza la vulneración al derecho de igualdad⁽¹⁵⁾ debido a que el sentenciado por la Sala Penal Superior, no se encontrará en igualdad de condiciones e igualdad de armas respecto del

⁽¹³⁾ En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho internacional de los derechos humanos, posee fuerza normativa directa o aplicabilidad directa, constituyendo parámetros de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que indica que los ámbitos de protección de los tratados, son parámetros que deben contribuir al momento de interpretar un derecho constitucional, en éste caso el derecho a la pluralidad de instancias en el sentido interpretativo de la doble revisión de condena. En consecuencia la interpretación de los derechos fundamentales debe efectuarse en el sentido dirigido a alcanzar mayores niveles de protección. Siendo así la doctrina sostiene que los derechos constitucionales han de interpretarse como mandatos de optimización.

⁽¹⁴⁾ El artículo 429 señala como causas para interponer recurso de Casación: 1) Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de alguna de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías. 2) Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad. 3) Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación. 4) Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor. 5) Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

⁽¹⁵⁾ El derecho a la igualdad como principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad. Por su parte, la igualdad, en tanto derecho, implica una exigencia individualizable que cada persona puede oponer frente al Estado para que éste lo respete, proteja o tutele. Cfr. Exp. N° 0606-2004-AA, del 28 de junio del 2004, S2, FJ. 9.

sentenciado por un Juzgado Unipersonal o Colegiado de primera instancia, que tendrá la opción de revisión en instancia de mérito.

En esta línea argumentativa, y tras reiterar que la casación no es una instancia meritoria, en el supuesto que el "*Ad Quem*" -con actuación probatoria mínima y limitada-, condene a quien fue absuelto por el tribunal *A Quo* -con actuación probatoria plena-, y que exista pronunciamiento casatorio por la Corte Suprema, -sin actividad probatoria-, se configuraría el supuesto expresado por el supremo intérprete de la Constitución, en relación al problema causado al no haber actuado determinados **medios de prueba** y que sobre la base de pruebas incompletas o insuficientes se condene al imputado, lo que no resulta un tema que ocasione la violación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, sino más bien, se relaciona con la eventual afectación del derecho a la presunción de inocencia, *máxime* si este principio resulta aplicable en caso de no existir prueba plena que determine la responsabilidad penal del acusado, hipótesis en el que los jueces deben absolver (y por tanto no condenar) lo que finalmente coadyuvaría al incremento de la impunidad (y la sensación ciudadana de inseguridad) por no existir un proceso con las debidas garantías.

El recurso de casación (artículo 427 del Nuevo Código Procesal Penal) cuya conformación es la de un mecanismo tasado y extraordinario, se encuentra previsto esencialmente como una herramienta de control de la constitucionalidad y la legalidad, así como de unificación jurisprudencial.

Según Taruffo, la casación se refiere a la prevalencia del derecho⁽¹⁶⁾. No resulta por tanto suficiente la existencia de un recurso de casación cuya naturaleza y finalidad procesal es distinta del recurso de apelación⁽¹⁷⁾ para tener por satisfecho el derecho de revisión de la condena en segunda instancia.

(16) La distinción entre hecho y derecho es el concepto más importante de la casación, que puede y debe hacerse, más allá de las sutiles objeciones que se le puedan formular desde el punto de vista lógico. No se distingue el hecho del derecho para asegurar la uniformidad de la jurisprudencia, sino que esta uniformidad se obtiene, en mayor o menor grado, gracias a esta característica del recurso. El juez de casación resuelve casos concretos, donde se constata esta característica del recurso. El juez de casación resuelve casos concretos, donde se constata esta característica del recurso. El juez de casación resuelve casos concretos, donde se constata esta característica del recurso. En cada uno de ellos, debe examinar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas efectuadas por el Tribunal de juicio a los hechos establecidos, no en cuanto esa interpretación y aplicación sean susceptibles de reproducirse por imitación o contagio, sino en cuanto norma general y abstracta, contenida en el ordenamiento jurídico positivo y aplicable al caso concreto.

Cfr. http://www.rimjc.org/w/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=194.
(17) El recurso de casación es aquel medio impugnatorio vertical y extraordinario procedente en supuestos estrictamente determinados por ley (el art. 429 del NCPP ha establecido las cau-

Es atinente tener en cuenta que CALAMANDREI (1937) definió al recurso de casación como un derecho de impugnación concedido a la parte vencida para hacer que la Corte de Casación anule, no toda sentencia injusta, sino solamente aquella cuya injusticia en concreto se demuestre fundada en una errónea interpretación de la ley⁽¹⁸⁾.

CARRIÓN LUGO, señala que la casación es un recurso impugnatorio de **carácter extraordinario**, que tiene por finalidad el control de la aplicación correcta por los jueces de mérito, del derecho positivo, tanto el sustantivo como el adjetivo⁽¹⁹⁾.

El recurso de casación tiene como fundamento el principio y derecho a impugnar las resoluciones desfavorables, que es un derecho constitucional que asegura la interdicción de la arbitrariedad y la unificación de la interpretación de la ley penal sustantiva y procesal⁽²⁰⁾.

GUZMÁN FLUJA ha precisado que el **carácter extraordinario** del recurso de casación se debe a lo limitado de sus motivos o causales de procedencia, pero, más aún a las limitadas resoluciones judiciales contra las que puede interponerse⁽²¹⁾.

Para GÓMEZ OBRANEJA, mediante la casación se pide la anulación de resoluciones definitivas de los tribunales inferiores, no sujetas a ninguna otra impugnación, por error de derecho sustantivo o procesal. La casación se limita partiendo de los mismos hechos fijados en la instancia, a examinar la concepción jurídica causal del fallo, o bien, desentendiéndose del sentido de este, la regularidad del proceder que haya conducido a él⁽²²⁾.

Es claro que el recurso de apelación es consecuencia directa del principio de la doble instancia, en virtud del cual las resoluciones de los

sas para interponer recurso de casación en materia penal) y dirigido a lograr que el máximo tribunal (Corte Suprema de Justicia) se pronuncie al respecto. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto; "Medios Impugnatorios en el proceso Civil", editorial, pág. 183.

(18) CALAMANDREI, Piero. Casación civil, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p. 17.

(19) Cfr. CARRIÓN LUGO, Jorge. El recurso de casación en el Perú., Vol 1, 2da Edición, Grijley, Lima, 2002, p.3.

(20) Medios impugnatorios-Ld nuevo del Código Procesal Penal de 2004 Sobre los medios impugnatorios- Gaceta Jurídica, Lima 2010, págs. 102, 106, 108.

(21) Cfr. GUZMÁN FLUJA, Vicente, El recurso de casación civil. Control de hecho y de derecho. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág.15.

(22) Cfr. GÓMEZ OBRANEJA, Emilio/ HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*, 10 a edición Artes Gráficas y Ediciones, Madrid 1987, pág. 302

jueces inferiores, pueden ser examinadas por un órgano jurisdiccional colegiado. Este recurso impugnatorio ha de determinar un nuevo estudio del problema que plantea la resolución, en donde la parte que se considera agraviada con la resolución, tiene que rebatir los argumentos contenidos en la resolución inferior.

En consecuencia, el recurso de apelación y el de casación son de naturaleza, sustanciación, competencia y efectos distintos.

El siguiente cuadro explica las diferencias esenciales entre ambos recursos:

Recurso de Apelación	Recurso de Casación
La apelación es un recurso judicial ordinario;	El recurso de casación es extraordinario.
La apelación constituye instancia, en consecuencia se pueden revisar los hechos, y abrirse a o agregarse pruebas;	La casación no es instancia, en consecuencia no se pueden revisar los hechos, ni mucho menos abrirse a o agregarse pruebas.
La apelación que se reduce a los intereses de las partes.	La casación tiende a proceder en el sólo interés de la ley, pudiendo incluso declararse de oficio.
Los fallos en apelación no suelen formar jurisprudencia obligatoria.	La casación es, como en muchas legislaciones, fuente de jurisprudencia obligatoria.
La apelación ordinariamente la conocen solamente las Salas Superiores Penales (de Apelaciones).	La casación la conoce solamente la Sala Penal Suprema.

Ahora, en el NCPP se permite la interposición del recurso de apelación contra tres tipos de resoluciones, contra la dictadas por el Juez de Paz, llamada apelación elemental, contra las emitidas por el juez especializado en lo penal, también denominado apelación superior y contra las resoluciones dictadas por la Sala Penal Superior o la Sala Penal de la Corte Suprema, también denominada apelación suprema, únicamente cuando el proceso se haya iniciado en ésta instancia⁽²³⁾.

(23) Cfr. NEYRA FLORES, José. *Manual del Nuevo Proceso Penal & Litigación Oral*. IDEMSA Editores Lima julio pág. 390 y ss.

5. Los medios de prueba en segunda instancia

La prueba es el medio más confiable para descubrir la verdad, y, a la vez se constituye en garantía contra la arbitrariedad de las decisiones jurisdiccionales, la importancia de la presentación y admisión de pruebas en segunda instancia, los medios de prueba en segunda instancia, a decir de Víctor CUBAS VILLANUEVA en el recurso de apelación, supone una nueva valoración⁽²⁴⁾.

El sistema de apelación⁽²⁵⁾ que adopta el legislador de procesal penal del 2004 en el Perú, es un sistema híbrido o mixto que recoge los

(24) Por ello, la perennización válida de las incidencias del juicio oral por ejemplo en España, se hace bajo el registro videográfico (Ley 13/2009 de 03 de noviembre), que permite al órgano competente revisar cómo se actuó y valoró la actividad probatoria en la instancia de mérito, cuando la impugnación versa sobre esos aspectos.

(25) La doctrina también nos indica, que el recurso de apelación debe de contar con una clasificación, que permita conocer el ámbito de aplicación de este recurso. La clasificación está determinada por tres características que permiten diferenciar ambos sistemas entre sí. En efecto, dichos sistemas se van a diferenciar por la respuesta a las siguientes interrogantes: a) ¿La apelación como continuación o como revisión de la Sentencia dictada por el Juez A Quo?, b) ¿Cuál es la libertad en la admisión de nuevas pruebas?, y, finalmente, c) ¿Cuál es el contenido de la sentencia dictada por el Juez A Quem?.

Apelación Plena

Este sistema nace en Alemania en 1977, con la Ordenanza Procesal Civil Alemana (ZPO), aplicable también al proceso penal, en la que se establecen las características fundamentales que informan éste sistema.

Este sistema de apelación en su estado más depurado, implica, siguiendo a GIMENO SENORRA tres características:

- Que la apelación es una mera continuación de la primera instancia que significa un novum iudicium encaminado a obtener una segunda decisión judicial sobre la controversia inicialmente deducida ante la Jurisdicción.
- Que el material instructorio de la segunda instancia se nutre tanto del que fue aportado en el primer grado como del novedosamente introducido en la fase de impugnación, admitiéndose nuevos hechos y medios de prueba, y hechos y medios de prueba anteriores no utilizados, por ello se reconoce el llamado "ius novorum" en apelación que comprende tanto los nova producto (materiales acontecidos con posterioridad a la finalización de la etapa de alegación y prueba en primera instancia), como los "nova reperta" (materiales anteriores a ese momento pero que no pudieron utilizarse por tomar la parte conocimiento de los mismos con posterioridad) y los "nova allegata" (materiales no utilizados voluntariamente en el primer proceso).
- Que la sentencia de apelación contiene un segundo pronunciamiento sobre la controversia, que implica aceptar que la sentencia decisoria de la apelación se pronuncia de nuevo sobre el objeto del proceso y que el tribunal de segunda instancia puede llegar a un pronunciamiento distinto del declarado en la resolución apelada con independencia no del acierto o corrección de ésta última, por ello, ROXIN señala que en consonancia con el objeto de la apelación, en la audiencia oral (...) no se examina solamente si la decisión de la primera instancia era correcta o no lo era (y) por ello la instancia de apelación es, en cierto modo, una segunda primera instancia.

Cabe destacar que la característica más importante del sistema pleno -sin desconocer la importancia de las otras dos características-, viene constituida por la libertad en la aportación y actuación de nuevos medios probatorios, en ese sentido se pronuncia la doctrina alemana cuando se menciona, al describir el sistema acogido en dicho país, que "se admite ilimitadamente nuevos medios probatorios". Y es también en esa característica, donde se han dirigido las principales críticas.

Cabe precisar, que esta amplitud en la admisión de hechos y nuevas pruebas no significa permitir la introducción de nuevas pretensiones ajenas a la primera instancia.

Por tanto, esta apelación plena, de origen Alemán, supone una aplicación amplia; tanto en el aspecto de legalidad, como en la relación jurídico material de la sentencia apelada- fundamentos de hecho y derecho, logrando que la resolución del Juez revisor se extienda hasta la estimación de la ilegalidad de la resolución del Juez de primera instancia.

Apelación Limitada

Este sistema de apelación fue incorporado por la Ordenanza Civil Austriaca de 1895, como una crítica al modelo de apelación anterior, tiene un contenido diverso, en el sentido que el órgano revisor se limita a efectuar un simple control de lo resuelto por la primera instancia. Si en el modelo pleno la apelación se podía expresar como creación, en éste se habla sólo de revisión.

En efecto, el sistema de apelación limitado tiene en su versión más pura, y siguiendo nuevamente a GIMENO SENDRA, tres características que lo diferencian sustancialmente del sistema anterior.

- Que la apelación se constituye en una simple revisión de la sentencia dictada en primera instancia, que significa que ésta no es autónoma sino complementaria y vinculada a la misma.
- Que el material instructorio es idéntico en ambas fases, sin perjuicio alguno a la admisión de "ius novorum", ello implica que no se consiente a las partes deducir nuevas excepciones y nuevos medios de ataque y defensa, ni hechos o pruebas que no hayan sido deducidos en primera instancia.
- Que la sentencia estimatoria del recurso es meramente negativa, en ese caso el Juez revisor se limita a la observación de la ilegalidad de la resolución y, si esta fuera considerada ilegal, sólo cabe el reenvío mas no la sustitución. En consecuencia, en esta apelación es imposible formular una nueva declaración. Es decir, se limita solamente a controlar la legalidad o no de la resolución apelada, dejando de lado la revisión sobre el fondo del asunto (relación material discutida) y así evitar un pronunciamiento nuevo sobre el conflicto. Por tanto, el órgano revisor, frente a una sentencia de primera instancia que cree que no es conforme a derecho, sólo se limitará a anularla, mas no a su estudio de fondo.

Las ventajas derivadas de asumir un sistema limitado de apelación son resaltadas por la más autorizada doctrina, sustentando su postura en la segunda característica de éste sistema, es decir, el referido a la imposibilidad de aportación de nuevos medios de prueba.

En ese sentido, se señala, como una ventaja, que éste produce un efecto pedagógico (nutre la mentalidad de los litigantes con la obligación de exponer en primera instancia, abiertamente, con claridad y exhaustividad los argumentos que tengan a su disposición para fundamentar las respectivas pretensiones, en la conciencia de que, en otro caso, se verán impedidos en el futuro de hacer un valor de aquellos fundamentos que han omitido voluntariamente... Vicente GIMENO SENDRA) que postula que los litigantes tendrán que hacer uso de todos los medios probatorios a su alcance y no esperarlos en una segunda instancia, porque ésta no los permitirá. Asimismo, se señala que sólo este modelo lograría que no se pierda un grado jurisdiccional porque en base a dichas novedosas alegaciones no se dictará sino una única solución (...) de forma que para salvaguardar la garantía de la doble instancia, en esos casos, una de dos, o se instaura una tercera instancia limitada- con lo que no se habrían casos, sino dilaciones- o una cadena infinita de instancias plenas. Cfr. Neyra Flores, José. Manual del Nuevo Proceso Penal & Litigación Oral. IDEMSA Editores Lima julio pp. 388 y ss.

postulados de la apelación plena e ilimitada, puesto que en segunda instancia radica la existencia de un juicio de apelación.

La presentación y admisión de los medios probatorios con las características del inciso segundo del artículo 422⁽²⁶⁾ del NCPP, recoge parcialmente la tradición del sistema pleno, situación contraria que recoge el artículo 419 del NCPP al manifestar características del sistema limitado.

Y debido a éste sistema híbrido adoptado por legislador procesal penal de 2004, es que para las apelaciones, el juzgado "A Quem", se convierte en uno con amplias facultades de decisión, *pudiendo incluso condenar al absuelto, ello se deriva de la existencia de la audiencia de apelación y la posibilidad de aportar nuevos medios probatorios con las limitaciones señalada*⁽²⁷⁾.

Tales limitaciones se plasman en los momentos de la actividad probatoria como en el ofrecimiento, admisión y la valoración de los medios probatorios en sede Colegiada Superior, donde resulta que por la regulación del NCPP no se garantiza el debido proceso de revisión de la decisión del antes absuelto y ahora condenado.

5.1. Respecto del ofrecimiento de pruebas

El artículo 421 del NCPP referente al trámite inicial de pruebas precisa que "Recibido los autos, la Sala conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación por el plazo de cinco días. Cumplida la absolución de agravios o vencido el plazo para hacerlo, si la Sala Penal Superior estima inadmisibile el recurso podrá rechazarlo de plano. En caso contrario, comunicará a las partes que pueden ofrecer medios probatorios en el plazo de cinco días (...)".

Entendiéndose que el escrito que fundamenta la apelación, es distinto al escrito de ofrecimiento de pruebas (422.1), situación que también genera crítica por el plazo simultáneo que se les otorga al apelante y al recurrido (5 días) dado que el apelante, Ministerio Público, presenta

(26) Art. 422.2. Sólo se admitirán los siguientes medios de prueba: a) Los que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia; b) Los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva; y, c) Los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él."

(27) NEYRA FLORES, José. *Manual del Nuevo Proceso Penal & Litigación Oral*. Idemsa Editores Lima julio. p. 389

pruebas que sustentan la responsabilidad del procesado, denominadas pruebas de cargo, durante el mismo plazo, el imputado absuelto, también debe ofrecer las pruebas que corroboren su inocencia, pruebas de descargo, pero dichas pruebas deben corresponder al contraataque, es decir referirse a los medios presentados por quien continúa teniendo la carga de la prueba, pero siendo igual el plazo de presentación, puede suceder que los sujetos procesales de la apelación alcancen sus medios probatorios en el mismo momento, o puede suceder, como señala Ore Guardia, que el Ministerio Público ofrezca sus medios de prueba el último día y hora, limitando o imposibilitando al procesado a presentar sus propios medios de prueba de descargo. Si bien esta no es la materia central del análisis, es pertinente señalar que concuerdo con lo expresado por el maestro Arsenio Oré sobre el plazo.

Se debe tener en cuenta que en segunda instancia el control de admisibilidad los realizan los jueces superiores (no hay juez de garantías o juez de investigación preparatoria), dado que los jueces que admiten, ahora valoran la prueba, convirtiéndose en jueces que aprueba la actuación de los medios bajo exigencias de utilidad, utilidad y pertinencia y respectiva idoneidad.

5.2. Vulneración de la Constitución

El Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución tiene dicho en el Expediente N° 3261-2005-PA/TC, que el derecho a la pluralidad de instancias, reconocido en el inciso 6) del artículo 139° de la Constitución, "tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal".

Así mismo, tiene dicho que "el problema relativo a cuales y cuántas deben ser esas instancias jurisdiccionales no ha sido precisado por la disposición constitucional que reconoce tal derecho, por lo que, en base a las exigencias que se derivan del principio de legalidad en la regulación de los derechos fundamentales, artículo 2°, inciso 24, literal «a», de la Ley Fundamental, el laconismo constitucional de su formulación lingüística debe entenderse en el sentido de que su determinación es una tarea que compete al legislador. En tal sentido, hemos sostenido que el derecho a la pluralidad de instancias es un derecho de configuración legal".

Sin embargo, al mismo tiempo se advirtió que la condición de derecho de configuración legal no quiere decir que el legislador pueda decidir si prevé (o no) tales instancias. Dado que el inciso 6) del artículo 139° no precisa cuántas deben ser esas instancias, pero sí que debe establecerse una instancia *plural*, el contenido constitucionalmente garantizado demanda que el legislador prevea, como mínimo, la *doble* instancia.

Sin duda, el número de instancias jurisdiccionales que el legislador contempla puede variar teniendo en cuenta la naturaleza de las materias que se discuten en cada proceso. Así, por ejemplo, en función de que se trate de un proceso civil, penal, administrativo o constitucional.

Conforme lo expresado por el Tribunal Constitucional, podemos colegir, que el objeto directo de vulneración, es la restricción del derecho a impugnar la súbita sentencia de condena en segunda instancia, y en consecuencia para que en las mismas condiciones el ahora condenado en virtud del principio indicado tenga un juicio similar a aquel en que se encontró por vez primera su condena, es así que la apelación en la estructura del NCPP, se encuentra dentro del libro Cuarto "La Impugnación", en el cual, el legislador de 2004, ha establecido los 4 tipos de recursos ya indicados que permiten la corrección de los posibles errores en los que pueden incurrir el órgano jurisdiccional, representado por el operador, que es un ser humano quien más allá de actuar con legalidad e imparcialidad se encuentra expuesto a la comisión de errores concientes e inconscientes, por los que recurrir al órgano jurisdiccional superior, convierte al supuesto agravio sufrido inicialmente, en uno que sea reparable, asegurando la aplicación correcta y uniforme del Derecho.

La limitación de la impugnación a través del medio idóneo (la apelación) al condenado por primera vez, configura por tanto la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del imputado.

6. El Hard Law sobre la condena al absuelto⁽²⁸⁾

La Constitución Política vigente, en su artículo 55 establece que "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional, resultando éste un principio general de derecho internacional, de ése modo un estado no puede invocar las disposiciones de su derecho

(28) Los tratados son, por definición, siempre del tipo Hard Law porque son siempre vinculantes. Cfr. <http://www.tuobra.unam.mx/publicadas/030330120008.html>

interno como justificación para el incumplimiento de un tratado o normas imperativas de derecho Internacional⁽²⁹⁾ de los derechos humanos, que posee fuerza normativa directa o aplicabilidad directa, constituyendo parámetros de interpretación de los derechos reconocidos por la constitución, lo que indica que los ámbitos de protección de los tratados, son parámetros que deben contribuir al momento de interpretar un derecho constitucional, en éste caso el derecho a la pluralidad de instancias, vulnerado dicho derecho-principio el artículo 205 establece que "Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte".

Por lo cual, al precisar en nuestras actuaciones judiciales oficiales y en documentos como el presente la inconstitucionalidad de la condena al absuelto, también señalamos la vulneración al Hard Law, manifestado principalmente en el PIDCP, que posee las características de los instrumentos descritos en el párrafo precedente. Es el PIDCP, que establece en su art. 14 inciso 5 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 prescrito por la *ley*", este precepto iusfundamental, es el argumento central de la norma internacional, que censura la condena al absuelto, toda vez que dentro de su estructura podemos analizar, que específicamente se refiere al derecho del imputado absuelto ahora sentenciado con condena; sometiendo el fallo y la pena a reevaluación por un tribunal superior jerárquicamente organizado, no es parte de la estructura de dicho principio la apelación por el absuelto, el precepto es específico. Para un mejor entendimiento, sugerimos ver el fundamento 166 de la Sentencia Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, cuando la CIDH invoca el pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos, sobre la vulneración del art. 14.5 del PIDCP.

7. Análisis lógico formal de la jurisprudencia fundamental vinculante – Soft Law

Como precisa el Dr. César LANDA ARROYO⁽³⁰⁾, el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos ha cobrado mayor relevancia,

⁽²⁹⁾ Dicho principio, está establecido en la convención de Viena sobre el derecho a los tratados de 1969 que también fue ratificado por el Perú.

⁽³⁰⁾ LANDA ARROYO, César. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

sobre todo, debido a la falta de poderes judiciales nacionales eficientes, independientes, institucionalizados, pluralistas y aptos, jurídicamente, para la defensa de los derechos humanos, cuando ellos son violados por las autoridades de un Estado determinado.

Creemos también que resulta importante conocer el alcance de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial los que tenemos la gloriosa labor de administrar justicia, a fin de que realicemos interpretaciones respetando los derechos humanos; cuyo efecto mediático sea la obtención de un Poder Judicial consolidado y con altos estándares de respeto a la dignidad de las personas y a sus derechos, calificación internacional benéfica en sentidos judiciales y extrajudiciales para el desarrollo de nuestro país.

Al desarrollar doctrina jurisprudencial fundamental respecto al artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó los aspectos siguientes⁽³¹⁾:

- El derecho de recurrir el fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica.
- Éste derecho debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada.
- El Tribunal Superior debe reunir las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer el caso concreto.
- El recurso debe ser eficaz, esto es, debe dar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido. Además, debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.
- El deber que tiene el Tribunal Superior es de proteger las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes.

Compilación de jurisprudencias Palestra Editores 2005. Lima Perú. Pág. 5

⁽³¹⁾ Instituto De Ciencia Procesal Penal, C. San Martín Castro. Introducción General al Estudio del Nuevo Código Procesal Penal, tema "Modelo Constitucional y Nuevo Proceso Penal", p. 27

Independientemente de la denominación que se le de al recurso, se debe garantizar un examen integral de la decisión recurrida. Es insuficiente que se limite a la revisión de los aspectos formales y legales de la sentencia.

En consecuencia, de lo afirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se desprende que debe existir la previsión procesal que permita que la sentencia que condena al absuelto emitida por la Sala Superior Penal llamada -Sala de Apelaciones- sea sometida a una reevaluación con probabilidad de actuación probatoria.

Es importante conocer que la CIDH ha sentado jurisprudencia vinculante en el caso Herrera Ulloa VS Costa Rica, sentencia en la que se invoca los derechos a la libertad de pensamiento y expresión, garantías judiciales y protección judicial, objetando la condena pena decretada en la sentencia de 12 de noviembre de 1999 emitida por el tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, y que los recursos internos se habían agotado con el ejercicio del recurso de casación por parte de las presuntas víctimas.

7.1 Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica⁽³²⁾

7.1.1 Iter procesal

- a) El 12 de noviembre de 1999 el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José condenó al Señor Mauricio Herrera Ulloa por cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación... Contra esta decisión se interpusieron dos recursos de casación, uno por el defensor del querellado y apoderado especial del periódico "La Nación", y el otro por los señores Herrera Ulloa y Vargas Rohmoser respectivamente (...).
- b) El 24 de enero del 2001 la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia declaró sin lugar los mencionados recursos de casación y, como consecuencia de ésta decisión, quedó firme la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 (...) La Sala que cono-

ció de estos dos recursos estuvo integrada por los mismos magistrados que resolvieron el 7 de mayo de 1999 el primer recurso de casación interpuesto por el abogado del Señor Félix Przedborski (...) y que ordenaron la anulación de la sentencia absolutoria de 29 de mayo de 1998 (...).

7.1.2 La casación como única instancia revisora del fallo

Como lo señala el fallo de la Corte, de conformidad con la legislación costarricense, contra una sentencia condenatoria emitida en el proceso penal solamente se puede interponer el recurso de casación, que se encuentra regulado en los artículos 443 a 451 del Código Procesal Penal de Costa Rica.

7.1.3 Derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior (Art. 8.2.h de la Convención Interamericana de Derechos Humanos)

Al respecto la Corte refirió que:

- a) El artículo 8.2.h. de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, "de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".
- b) El derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica, el mismo que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada, buscándose proteger el derecho de defensa, debiendo en todo caso otorgarse durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.

7.1.4. Sobre la casación

Asimismo, la Corte señaló que si bien hubo indicado que el derecho de recurrir el fallo, consagrado por la Convención, este no se satisface con la mera exigencia de un órgano de un órgano superior al

⁽³²⁾ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004 en Landa Arroyo, César. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Compilación de jurisprudencias Palestra Editores 2005. Lima Perú. p. 1071

que juzgó y condenó al inculcado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso, sino que debe haber una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es decir que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitimen para conocer, subrayando que el proceso es uno sólo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia.

7.1.5 Naturaleza del recurso de apelación

Sobre este particular la Corte refirió que “de acuerdo con el objeto fin de la Convención Americana cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos” (sic).

7.1.6 Deber de protección de las garantías judiciales – Control difuso

Al respecto, dijo que “El juez o tribunal superior encargado de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia penal tiene el deber especial de protección de las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal de conformidad con los principios que lo rigen” (sic).

7.1.7 Acceso a la justicia

La Corte indicó que la posibilidad de “recurrir el fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.

7.1.8 Finalidad del recurso

Sobre la finalidad del recurso la Corte señaló que “Independientemente de la denominación que se le de al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida” (sic).

7.1.9 La Corte hizo referencia al pronunciamiento de la ONU a través del Comité de derechos humanos, referido al art. 14.5 del PIDCP, en el caso Sineiro Fernández c. España

Al respecto se dijo: “Que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación (...), limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto” (sic).

7.1.10 La casación como apelación – limitación del examen integral

La Corte señaló que los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conlleva a que los recursos de casación interpuestos por los señores Fernán Vargas Rohrmoser y Mauricio Herrera Ulloa, y por el defensor de éste último y apoderado especial del diario “La Nación”, respectivamente..., contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del art. 8.2.h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado.

7.1.11 Declaratoria de vulneración

Finalmente, la Corte declaró que el Estado violó el artículo 8.2.h de la Convención Americana en relación a los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Mauricio Herrera Ulloa.

7.2 Efectos de la sentencia supranacional

Los Estados que suscribieron y ratificaron la Convención Americana de Derechos Humanos, como es el caso de Costa Rica y Perú, según los artículos 1 y 2 de la CADH deben y en el caso particular del Perú el artículo 55 y la cuarta disposición final transitoria de la Constitución, establecer la jerarquía normativa.

El fallo analizado, como consecuencia de los argumentos expuestos, dispuso que el Estado de Costa Rica deje sin efecto, en todos sus extremos, la sentencia emitida el 12 de noviembre de 1999 por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, exhortándole la adecuación de su ordenamiento jurídico conforme a lo establecido en el art. 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Además le impuso la obligación de pagar a favor de don Mauricio Herrera Ulloa por concepto de daño inmaterial, la cantidad de \$ 20,000.00 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda Costarricense, y por concepto de gastos para solventar su defensa legal ante el sistema interamericano de protección a los derechos humanos, la cantidad de \$ 10,000.00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda Costarricense. Siendo cumplida las obligaciones sin impuestos o tasas que pudieran imponerse, señalando que de incumplir lo ordenado, el estado de Costa Rica, pagaría el interés bancario moratorio vigente en Costa Rica, otorgándole el plazo máximo de 6 meses contados a partir de la notificación de la sentencia, además de la obligación del Estado infractor de informar sobre las medidas tomadas para dar cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia de la CIDH en dicho periodo; bajo supervisión de la misma CIDH.

8. Pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Del mismo modo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió el Informe N° 2/05 con fecha 22 de febrero de 2005 en el caso *Mohamed vs. Argentina*⁽³³⁾ allí dijeron que *“se desconocieron una serie de garantías, incluyendo el principio de legalidad y no retroactividad, el derecho de defensa y el derecho a recurrir el fallo. Adicionalmente, la CIDH indicó que ciertas violaciones declaradas en el informe de fondo*

⁽³³⁾ <http://www.cidh.org/annualrep/2005sp/Argentina11618sp.htm>

ocurrieron como consecuencia de un marco legal en el cual una persona que es declarada inocente en primera instancia y condenada en segunda instancia, no cuenta con la posibilidad de recurrir dicho fallo en los términos contemplados por el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, habiéndose presentado el caso ante la Corte IDH con fecha 13 de abril de 2011 al no haber cumplido con las recomendaciones contenidas en el informe de fondo⁽³⁴⁾.

9. Seguridad Jurídica–Pronunciamientos Judiciales Superiores Contrarios

La seguridad jurídica, es un principio del Derecho, entendida como la certeza que se tiene del derecho dado en dos niveles, en su publicidad y aplicación. Con sentencias sujeta a pronunciamientos distintos del artículo 425.3.b. afectamos dicho principio.

Con la implementación del Nuevo Código Procesal Penal, vigente desde el año 2005 en el Distrito Judicial de Huaura e implementado progresivamente en los diferentes Distritos Judiciales del país, si bien se plantea la posibilidad de condenar al absuelto, facultad que no se encontraba prevista en el Código de Procedimientos Penales (al cual se calificó de inquisitivo y de poco garantista de los derechos humanos), ésta innovación del Legislador del nuevo código colisiona con el respeto a los derechos humanos, de revisión, igualdad ante la ley y que incide en la seguridad jurídica, lo que ha generado discusiones académicas a escala nacional, como la desarrollada con motivo del VI Pleno Jurisdiccional Penal de la Corte Suprema⁽³⁵⁾, llevado a cabo en diciembre del año 2010; siendo la condena al absuelto el único tema del debate que no fue aprobado de los siete aspectos planteados, debido a que no existió consenso entre los Señores Magistrados de la Corte Suprema; subsistiendo pronunciamientos jurisdiccionales contrapuestos en las sentencias emitidas en la Corte Superior de Justicia de Arequipa⁽³⁶⁾ y la Corte Superior de Justicia de Huaura⁽³⁷⁾ sobre el particular.

⁽³⁴⁾ <http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2011/33-11sp.htm>

⁽³⁵⁾ <http://historico.pj.gob.pe/noticias/noticias.asp?codigo=18153&opcion=detalle>

⁽³⁶⁾ Expediente 2008–12172–15 de la Corte Superior de Arequipa. Cfr. SALAS ARENAS, Jorge Luis, “Constitucionalidad y aplicación judicial en el nuevo proceso penal” (antiguo y nuevo régimen) Experiencias jurisdiccionales del control constitucional difuso; Ediciones Jurídicas San Bernardo; Lima; 2011; p. 412 y ss.

⁽³⁷⁾ Expediente 2008–01403–87–1308–JR–PE–1 de la Corte Superior de Huaura.

Expediente 2008-01403-87-1308-JR-PE-1 Corte Superior de Huaura	Expediente 2008-12172-15 de la Corte Superior de Arequipa
De fecha 6 de octubre de 2009, en la cual, se decidió REVOCAR en todos sus extremos la sentencia de fecha 14 de julio de 2009, donde se absuelve de la acusación fiscal al imputado Alberto Abraham Canchari Melgar del cargo contra el pudor en agravio de la menor de iniciales E.C.L.C, reformándola en CONDENA.	Declarando inaplicable a este caso en concreto, parte del artículo 425°, inciso 3, literal b del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957), esto es, únicamente en cuanto señala que "si la sentencia de primera instancia es absolutoria, puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a quien hubiera lugar"; ello en tanto se habilita una instancia suprema en revisión, POR COLISIÓN CON EL DERECHO A LA INSTANCIA PLURAL (revisión por otro Órgano Superior) QUE CONSAGRA LA CONSTITUCIÓN Y LAS NORMAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

La Sala Superior Penal "conocida como de Apelaciones" de Arequipa, con fecha veintidós de junio de dos mil diez, basó la determinación de inaplicación del artículo 425.3.b del Código Procesal Penal por control constitucional difuso en un caso judicial por delito de violación de la libertad sexual, fundándose en la afectación al derecho a la pluralidad de instancias (materializado en la revisión de la decisión por otro Órgano Judicial -fundamentalmente- Superior) que estableció la Constitución (artículo 139.6) y las normas de protección Internacional de los Derechos Humanos (artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 4, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 8.2 de Convención Interamericana de Derechos Humanos).

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República resolvió en septiembre de 2010 (notificando en Arequipa en abril de 2011) la decisión con que absolvió la consulta N° 2491-2010 hecha por la indicada Sala Superior Penal de Arequipa (de Apelaciones), habiéndose adscrito la indicada Suprema Sala al criterio de que la pluralidad de instancias se agota con el doble examen de la causa en instancias diferentes, estima el suscrito que el núcleo esencial del derecho fundamental universal referido se contrae a la existencia del doble examen, concretamente de la condena en escalones jurisdiccionales diferentes, como lo manda el Pacto de San José de Costa Rica y fluye de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos en el caso Herrera Ulloa vs. La República de Costa Rica (Sentencia de 2 de julio de 2004)⁽³⁸⁾.

Es de resaltar que la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal, con fecha 04 de julio de 2011, presentó Requerimiento de Desistimiento de la Casación interpuesta por la Quinta Fiscalía Superior de Arequipa en el expediente N° 139-2010 de la Sala Suprema Penal Permanente, sustentado su planteamiento en que no considera incorrecta la inaplicación efectuada por la Sala Penal de Apelaciones de Arequipa, compartiendo los fundamentos esgrimidos en la sentencia recurrida, sosteniendo que dicho problema debería ser resuelto mediante Acuerdo Plenario, además de los siguientes fundamentos: (1) Condenar a una persona en segunda instancia, resulta siendo un atentado al derecho a la pluralidad de instancias, mientras no exista una instancia que revise dicha condena. (2) La casación no es una opción apropiada debido a su naturaleza extraordinaria y el impedimento de ventilar hechos y pruebas. (3) Con la nueva condena, no existe pluralidad de instancias, en tanto que no se revise dicha sentencia condenatoria que emitió el colegiado superior. (4) El derecho a la pluralidad de instancias no es un derecho del proceso, sino del condenado a que la sentencia adversa se revise. (5) Considerando a la condena impuesta por el colegiado penal superior, como la primera condena impuesta. Al respecto, actualmente, no existe pronunciamiento de la Sala Suprema Penal.

10. Condena del absuelto sin revisión en el Nuevo Código Procesal Penal

El sistema procesal penal peruano establece como modelo de apelación el mixto, tendiente al sistema limitado, por ello, cuando se impugna el fallo producto del juicio de culpabilidad, se instaura una nueva audiencia de apelación, esto en virtud de las exigencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En esa línea de entendimiento, un sistema de

⁽³⁸⁾ La Consulta desaprueba la resolución elevada, precisando que la condena del absuelto establecida en el Nuevo Código Procesal Penal "no afecta la denominada garantía de la *"doble instancia"* reconocida en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, en la medida que, en estricto, lo que se reconoce en dicha norma satisface estableciendo, como mínimo, la posibilidad en condiciones de igualdad de *"dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero (...)"* tanto más que el recurso de apelación (...) no permite arribar a una conclusión que implique una *reformatio in peius* para el procesado".

recursos que pretenda ser consistente con las garantías básicas debe construirse a partir de reconocer al juicio oral como elemento fundamental del sistema procesal penal cuya integridad y centralidad debe ser protegida. Si con el propósito de asentar la garantía del derecho a recurrir, se priva de sentido al juicio oral, se produce una desvaloración del debido proceso⁽³⁹⁾.

Por tal motivo, tanto el artículo 419.2 como el artículo 425.3.b del NCPP, en cuanto se refieren a la condena al absuelto, colisionan con varias normas fundamentales; así el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y principalmente el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, específico para quien se le impone una condena; y limita la *ratio legis* del legislador constitucional de 1993 en el artículo 139.6, puesto que para quien diseñó la Constitución a nombre del pueblo peruano, dentro de las reglas del pacto social, fijó la casación como una vía excepcional. En consecuencia, con la negación al ejercicio del derecho establecido en el artículo 139.6 de la Carta Fundamental, resulta también un riesgo de limitación al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en cuanto al acceso a la justicia.

Formular un medio impugnatorio en materia penal tiene la virtud de determinar la competencia del órgano judicial superior, en el sentido de que éste no puede modificar arbitrariamente el ilícito penal con el que se venía juzgando al procesado. Asimismo, el recurso impugnatorio al delimitar la competencia del órgano judicial superior tampoco puede incrementar la pena inicialmente impuesta, si ningún otro sujeto procesal ha hecho ejercicio de los medios impugnatorios⁽⁴⁰⁾, o reformar la decisión en contra del absuelto.

En una eventual actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a lo resuelto en el Expediente Nro. 2008-01403-87-1308-JR-PE-1 proveniente de la Corte Superior de Justicia de Huaura y otros fallos que se presenten con los mismos argumentos en cumplimiento del principio de legalidad procesal (condenando en segunda instancia al absuelto), el ordenamiento jurídico peruano resultaría cuestionado por no asegurar la vigencia a un recurso ordinario para la revisión de la sentencia condenatoria en segunda instancia y

afectar el bloque de constitucionalidad programado para la protección de éste derecho.

El nuevo proceso penal termina con la decisión revisora emitida con motivo del recurso de apelación, emitida por la instancia superior penal respectiva. Resulta por ello pertinente acoger el precepto normativo del artículo 450.7 del Nuevo Código Procesal Penal ya señalado, en tanto resulta aplicable.

Con la finalidad de evitar la vulneración de los derechos del sentenciado, proponemos la creación de la función de revisión de la condena del absuelto a los Jueces Superiores que conformen la Sala Superior Penal o en su defecto una Sala Superior Mixta o Civil, observando las reglas específicas para la apelación, quedando el recurso de casación expedito para ser interpuesto cuando así lo determinen los intereses de los sujetos procesales, luego de agotada la revisión de condena producida.

No se requerirá efectuar modificaciones en la Ley Orgánica del Poder Judicial en virtud a que el artículo 41.5 de dicho cuerpo normativo establece dentro de las competencias de las Salas Superiores Penales una concepción *numerus apertus* al señalar: "Las Salas Penales conocen: (...) 5. De los demás asuntos que correspondan conforme a ley", por lo que la propuesta planteada preavisa un supuesto competencial adicional.

III. ALCANCE DEL PRINCIPIO "NON REFORMATIO IN PEIUS"

1. Facultad legal de reexamen en el ámbito tributario

Existe en el terreno administrativo tributario una regla sobre el modo de proceder cuando corresponda agravar la sanción.

El artículo 127° del Código Tributario reconoce que el órgano encargado de resolver está facultado para hacer un nuevo examen completo de los aspectos del asunto controvertido, hayan sido o no planteados por los interesados, llevando a efecto cuando sea pertinente nuevas comprobaciones.

Desde luego, si el objeto del contencioso es llegar a la verdad material, el órgano resolutor estará investido de la facultad de reexamen; surge sin embargo la interrogante de si como consecuencia de ello, se

(39) Cfr. www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/519.pdf

(40) Exp. N° 1231-2002-HC/TC, 21/07/02, P. Fj. 2.

pueden determinar mayores reparos a los iniciales, generándose una suerte de “reformatio in peius”.

El Código en este aspecto recoge las siguientes reglas:

- a. Se pueden modificar los reparos impugnados, pero en el caso que se incrementen, se otorgará al reclamante, en la misma etapa de reclamación, un plazo de 20 días para que presente su defensa.
- b. No se pueden imponer nuevas sanciones.

No ha permitido el legislador del Código Tributario la presencia de una reforma peyorativa por cuanto ha posibilitado el reexamen a pedido del contribuyente afectado.

Por tanto, el derecho procesal tributario, en esta materia, resulta más beneficioso y observador del núcleo esencial de la Constitución que el derecho procesal penal con el D. Leg. 957.

2. Las reformas peyorativas cuantitativas y cualitativas en el proceso penal peruano.

Al referirse a la interdicción de la reforma peyorativa en materia penal y analizar las STC de 21 de julio de 2002, asunto Ann Vallie Lynelle; de 30 de setiembre de 2002, asunto Martha Guerra de Carrasco, SAN MARTÍN CASTRO se apoya en ROXIN para definirla precisando que la sentencia no puede ser modificada en perjuicio del acusado, en la clase y extensión de sus consecuencias jurídicas, cuando solo ha recurrido el acusado o la Fiscalía en su favor; por tanto, no existe prohibición de mejorar⁽⁴¹⁾ (es menester hacer presente que SAN MARTÍN CASTRO escribió lo antes indicado hallándose vigente el Código de Procedimientos Penales de 1940).

La reforma peyorativa se produce de varias maneras: tanto cuando hay un incremento indebido de pena o de reparación civil (reformas peyorativas cuantitativas, como cuando se varía indebidamente el cumplimiento de una pena privativa de libertad suspendida tornándola en pena de cumplimiento efectivo y también cuando se condena —sin derecho a revisión— a quien estuvo anteriormente absuelto (reformas peyorativas cualitativas).

Cuando el absuelto en primera instancia resulta condenado por el mérito del juicio de apelación, se produce una reforma dañosa para el imputado (no apelante), reforma que no tiene que ver ni con la duración de la pena privativa de libertad, ni con la dimensión de la reparación civil de orden cualitativo; tampoco tiene que ver con la efectivización de una prisión precedentemente suspendida.

Se trata de una modificación de la situación jurídica del procesado, modificación nociva en tanto:

- a) el condenado se vea imposibilitado de ejercitar el derecho de apelar de la decisión condenatoria (negación de acceso al recurso).
- b) inexistencia de un procedimiento y una instancia que contemple la impugnación (negación de acceso al proceso).

Cabe hacer presente que parte de la doctrina procesal penal peruana se decanta a favor de proscribir la condena al absuelto; así, en diversos eventos académicos, ARSENIÓ ORÉ GUARDIA, MARIO PABLO RODRÍGUEZ HURTADO, DINO CARLOS CARO CORIA, VLADIMIR PADILLA ALEGRE, FERNANDO IBERICO CASAÑEDA; y dentro de la magistratura fiscal y judicial, TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS, ALCIDES CHINCHAY CASTILLO, BALTAZAR MORALES PARRAGUEZ, entre otros.

IV. EVALUACIÓN CRÍTICA DE LA DECISIÓN DE LA SUPREMA SALA CONSTITUCIONAL Y SOCIAL EN ESTA MATERIA

1. Respecto al derecho a la revisión de la condena

En el fundamento QUINTO de la decisión suprema desaprobatoria de la consulta, se señala “Que el nuevo tratamiento de reforma de la sentencia absolutoria de primera instancia por una de carácter condenatoria, ha dado lugar a lo que se denomina régimen jurídico de condena al absuelto, el mismo que no afecta la denominada garantía de la “**doble instancia**” reconocida en el inciso 6 del art. 139 de la Constitución Política del Estado, en la medida que, en estricto, lo que se reconoce en dicha norma constitucional es la garantía de la **instancia plural**, la misma que se satisface estableciendo, como mínimo, la posibilidad en condiciones de igualdad de “dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero”....

⁽⁴¹⁾ SAN MARTÍN CASTRO, César; *Derecho Procesal Penal*; Tomo II; segunda edición; Grijley, Lima, 2003; págs. 945 y 946.

En el fundamento **SETIMO** de la decisión desaprobatoria se indica que: *“el principio constitucional de la instancia plural trata en definitiva de que la organización del proceso admita la posibilidad que el objeto de la pretensión pueda ser discutida ampliamente en dos instancias, a instancia tanto de la parte acusada como acusadora por ende el acusado –pero también la acusación respecto de su pretensión....”*

Pero, la ley (Hard Law) y la jurisprudencia internacional (Soft Law) han delimitado el alcance del término compuesto “doble instancia”, como el derecho de revisión, y es por tanto pertinente tener en cuenta que estando a lo señalado en el art. 14.5 del PIDCP, cuando se produce la condena a nivel superior, surge por vez primera la condena al procesado; en tanto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Herrera Ulloa VS Costa Rica, que deja sentado que la casación resulta un recurso extraordinario⁽⁴²⁾.

La Suprema Sala Constitucional y Social ha entendido el término “doble instancia” de manera restrictiva; la concibe como la mera existencia de dos instancias de distinta naturaleza; cuando la más bien se debe entender ésta como garantía que brinde mayores seguridades a los justiciables, respetando el derecho del imputado a discutir la condena que se le impuso en un juicio de apelación, en que se le permita probar y contra probar.

En el caso peruano, al no existir recurso de apelación para el que habiendo sido absuelto deviene en condenado con motivo de la revisión, únicamente le cabe hipotéticamente ejercer el recurso de casación, pero solo en los casos en que puntualmente y con arreglo a ley cabe⁽⁴³⁾.

⁽⁴²⁾ “Así tenemos que en “el debate constitucional del pleno del Congreso Nacional de 1993”, se manifestaron como afirmaciones que constituyeron la motivación de la norma –pluralidad de instancia–, las siguientes: ii) Que pluralidad de instancias, supone siempre la regulación de una instancia superior; iii). Que pluralidad de instancias, representa básicamente, doble instancia; iv). Que la Casación debe ser tenida como vía excepcional; y v). Que la impugnación responde a un derecho del justiciable, en virtud de la falibilidad humana de los magistrados, para lograr comprender como han venido interpretando el derecho a la Doble Instancia” Cfr. ORÉ GUARDIA, Arsenio; Debate Constitucional, Pleno 1993, Constitución Política del Perú, Tomo II, Lima, 1998, pp. 1281, 1284, 1307, 1311, 1314, 1316, 1317 y 1325.

En www.incipp.org.pe/modulos/contenidos/descargar.php?id=49, citado por HUAYLLANI CHOQUEPUMA, Walther, en Análisis de la decisión emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, desaprobando la consulta 2491-2010 (Arequipa) – respecto a la “condena al absuelto” – la restricción al derecho a impugnar.

⁽⁴³⁾ Desde luego cabe también instar al fuero constitucional reclamando por lesión al debido

2. Respecto al principio de igualdad ante la ley

El fundamento **OCTAVO** se dice: *“Que, la referida garantía es reconocida también en condiciones de igualdad tanto a la parte acusada como acusadora, no existiendo razón alguna para admitir que el ad quem sólo pueda absolver al condenado cuando éste cuestione la condena, pero no pueda condenar al absuelto cuando la parte acusadora cuestione, precisamente con su recurso, tal absolución. Así, si tenemos en cuenta la exigencia del principio de igualdad, no existe justificación razonable que permita, de un lado, avalar la posibilidad de una decisión del ad quem que revoque y sustituya la condena pero, de otro lado, impedir que ejerza las mismas facultades respecto de la absolución”*.

La Sala Suprema Constitucional y Social ha optado también por un sentido aplicativo “contra reo” (la parte débil de la relación procesal) al precisar que no habría igualdad en el supuesto en que la Sala revisora, sólo pueda absolver y no condenar.

El principio de igualdad ante la ley, se ha invocado en la consultada desde la perspectiva que al Ministerio Público se le reconoce y concede el ejercicio del derecho a impugnar de la sentencia absolutoria, en tanto que en este particular caso, al procesado no se le puede otorgar tal potestad, por cuanto no se ha establecido un órgano judicial que atienda tal recurso.

Por ello, como se ha dicho, en mérito al principio de igualdad, si el sentenciado lo estima, tendría que encontrar habilitado el camino para plantear la revisión ordinaria, como corresponde a todo condenado dentro del sistema interamericano de justicia penal, para respetar el bloque esencial de constitucionalidad⁽⁴⁴⁾.

proceso en clave de ejercicio del derecho del condenado a apelar de la condena, el derecho de igualdad ante la ley (frente al condenado en primera instancia que sí puede apelar y lograr una revisión ordinaria); dado que según la CIDH ha señalado que, *“lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida”*, presupuestos de los que carece el modelo de casación previsto en el CPP.

Ello recargará los estrados de la justicia constitucional y eventualmente podrá generar alguna o algunas condenas internacionales al Perú por infracción a los derechos fundamentales.

⁽⁴⁴⁾ El acceso a la justicia implica no solo que exista el materialmente el establecimiento en que funcione el órgano judicial correspondiente al que el interesado acuda, sino también la autoridad judicial competente para atender el pedido del interesado y que el ejercicio de pedido sea factible, esto es, no sea de difícil ejercicio por trabas y exigencias complejas. En el caso de la condena al absuelto, no existe ni el órgano judicial que conozca el recurso impugnativo ordinario, ni previsión normativa que posibilite la revisión ordinaria.

3. Respecto a la naturaleza de la casación

La Sala Suprema Constitucional y Social ha indicado en el fundamento DECIMO PRIMERO: *"Que, habiéndose cumplido entonces a través del nuevo diseño procesal penal adoptado, en el que a diferencia de la regulación prevista en el Código de Procedimientos Penales, es posible condenar al absuelto en primera instancia, con el respeto irrestricto a la instancia plural, la interposición del recurso de Casación, no se ve desnaturalizada, toda vez que se respeta sus características y finalidades, de ése modo se reconoce el mencionado recurso como uno de carácter extraordinario que no implica una instancia, es decir que a través del mismo no se pueden revisar los hechos ni mucho menos abrirse o agregarse prueba, se reconoce asimismo que la casación tiende a proceder en el sólo interés de la ley, pudiendo incluso declararse de oficio; este criterio es recogido en la STC N° 3261-2005-PA/TC"*.

En el fundamento NOVENO de la decisión desaprobatoria se señala que: Que, el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, así como el literal h) del inciso 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos exigen que, en la organización del proceso penal, la parte acusada tenga la posibilidad de discutir la pretensión jurídico penal en su contra ante un órgano jurisdiccional superior y por ende distinto. Sin duda, la institución de la condena del absuelto prevista en la configuración jurídica del recurso de apelación en el nuevo Código Procesal Penal, prevé la posibilidad de hacer uso de este recurso por la parte acusada, consecuentemente, puede recurrir y discutir la pretensión sancionadora de la parte acusadora ante un órgano jurisdiccional superior y distinto.

Estimo en suma que la Suprema Sala Constitucional y Social ha reconocido que no es dable equiparar el recurso de casación al de apelación, hecho que se indicó en el contenido de la decisión superior consultada, al mencionarse de manera expresa las notables diferencias jurídicas entre la naturaleza y efectos del recurso de casación y el de recurso de apelación⁽⁴⁵⁾.

La Sala Constitucional y Social de la más alta jerarquía jurisdiccional en el Perú considera que la posibilidad de discusión de la acusación en dos instancias diferentes equivale a la posibilidad de discutir la condena en dos instancias diferentes; estimo que tal conclusión constituye a mi juicio un paralogismo; discutir la acusación y discutir la condena son esencialmente distintas, en la clara medida en que la acusación proviene del Ministerio Público y la sentencia proviene del Poder Judicial; en el primer caso hay una imputación –controlada por el Juez de Investigación Preparatoria– y en el segundo hay una decisión. Por tanto, lo que debe discutirse –como derecho del condenado– es la determinación condenatoria.

Además es de anotar que no existe pronunciamiento de la Suprema Instancia sobre el impacto *"contra reo"* que se deriva de no conceder el derecho a impugnar; en todo caso, no se ha pronunciado sobre ese particular ni ha indicado –de ser el caso– que estima la materia como poco trascendente o intrascendente, por lo que no merece evaluación.

El asunto de fondo indudablemente radica en que el derecho a impugnar de la condena es un atributo jurídico fundamental (un derecho humano) reconocido –en el mundo democrático– a favor del afectado con la condena, que no puede (por la naturaleza adversativa y el principio de imparcialidad judicial) otorgarse de oficio ni debe bloquearse por el órgano judicial hasta impedirse su materialización o convertirse en imposible su ejercicio (aunque ciertamente la interposición –y ulterior concesión– de todos los recursos legítimamente se somete a requisitos normativos que deben ser razonables, que no los conviertan en inexistentes).

La decisión desaprobatoria de la Suprema Instancia resulta extraña teniendo en cuenta que su función es la de tutelar la observancia concreta de los derechos fundamentales de orden universal en la aplicación cotidiana en sede judicial y que las decisiones que sobre la materia ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos vinculan a la judicatura de todos los niveles de todos los países de la región, y que el incumplimiento genera responsabilidades individuales y también estatales.

Cabe recordar que la CIDH, ha establecido en la sentencia **Herrera Ulloa Vs. Costa Rica** -Fundamento 159- que *"La corte ha indicado que el derecho de recurrir el fallo, consagrado por la convención, no se satisface como la mera exigencia de un órgano de un órgano superior al que juzgó y*

⁽⁴⁵⁾ Considerando Tercero de la Sentencia Ccanahuire Adco. Cfr. SALAS ARRENAS, Jorge Luis; Constitucionalidad y aplicación judicial en el nuevo proceso penal-antiguo y nuevo régimen- Experiencias jurisdiccionales de Control Difuso; Editorial San Bernardo Lima 1ra Edición Enero 2011; pág. 425);

condeno al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer el caso concreto conviene subrayar que el proceso es uno sólo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia". Continúa señalando la corte en el fundamento 161 que "De acuerdo con el objeto fin de la convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que "no basta la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces", es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos".

Según se aprecia, no aparece en la decisión desaprobatória de la Suprema Sala Constitucional y Social ningún argumento que sostenga un "distinguishing" para inaplicar aquella sentencia –vinculante– de la jurisdicción fundamental interamericana.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN

- 5.1 El sistema procesal penal peruano establece como modelo de apelación el mixto, tendiente al sistema limitado, por ello, cuando se impugna el fallo producto del juicio de culpabilidad, se instaura una nueva audiencia de apelación, esto en virtud de las exigencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En esa línea de entendimiento, un sistema de recursos que pretenda ser consistente con las garantías básicas debe construirse a partir de reconocer al juicio oral como elemento fundamental del sistema procesal penal cuya integridad y centralidad debe ser protegida. Si con el propósito de asentar la garantía del derecho a recurrir, se priva de sentido al juicio oral, se produce una desvaloración del debido proceso⁽⁴⁶⁾.

- 5.2 Por tal motivo, tanto el artículo 419.2 como el artículo 425.3.b del Nuevo Código Procesal Penal, en cuanto se refieren a la condena al absuelto, colisionan con varias normas fundamentales; como se ha indicado el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y principalmente el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, específico para quien se le impone una condena; y limita la *ratio legis* del legislador constitucional de 1993 en el artículo 139.6, puesto que para quien diseñó la Constitución a nombre del pueblo peruano, dentro de las reglas del pacto social, fijó la casación como una vía excepcional. En consecuencia, con la negación al ejercicio del derecho establecido en el artículo 139.6 de la Carta Fundamental, resulta también un riesgo de limitación al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en cuanto al acceso a la justicia.
- 5.3 Formular un medio impugnatorio en materia penal tiene la virtud de determinar la competencia del órgano judicial superior, en el sentido de que éste no puede modificar arbitrariamente el ilícito penal con el que se venía juzgando al procesado. Asimismo, el recurso impugnatorio al delimitar la competencia del órgano judicial superior tampoco puede incrementar la pena inicialmente impuesta, si ningún otro sujeto procesal ha hecho ejercicio de los medios impugnatorios⁽⁴⁷⁾, o reformar la decisión en contra del absuelto.
- 5.4 En una eventual actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a lo resuelto en el expediente N° 2008–01403 proveniente de la Corte Superior de Justicia de Huaura y otros fallos que se presenten con los mismos argumentos, en cumplimiento del principio de legalidad procesal (condenando en segunda instancia al absuelto), el ordenamiento jurídico peruano resultaría cuestionado por no asegurar la vigencia a un recurso ordinario para la revisión de la sentencia condenatoria en segunda instancia y afectar el bloque de constitucionalidad programado para la protección de éste derecho.
- 5.5 El nuevo proceso penal termina con la decisión revisora emitida con motivo del recurso de apelación, emitida por la instancia superior penal respectiva. Resulta por ello pertinente acoger el precepto nor-

(46) Cfr. www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/519.pdf

(47) Exp. N° 1231-2002-HC/TC, 21/07/02, P. Fj. 2.

mativo del artículo 450.7 del NCPP ya señalado, en tanto deviene en aplicable.

- 5.6 Con la finalidad de evitar la vulneración de los derechos del sentenciado, propongo la creación de la función de revisión de la condena del absuelto a los Jueces Superiores que conformen la Sala Superior Penal o en su defecto una Sala Superior Mixta o Civil, observando las reglas específicas para la apelación, quedando el recurso de casación expedito para ser interpuesto cuando así lo determinen los intereses de los sujetos procesales, luego de agotada la revisión de condena producida.

Desde luego esta tarea implica un proyecto de modificación normativa y dado que no existe en el Perú ni en el mundo democrático un parlamento judicial en ninguna instancia –corresponde la labor al llamado constitucionalmente a efectuar dicha labor.

- 5.7 No se requiere efectuar modificaciones en la Ley Orgánica del Poder Judicial en virtud a que el artículo 14.5 de dicho cuerpo normativo establece dentro de las competencias de las Salas Superiores Penales una concepción *numerus apertus* al señalar: “Las Salas Penales conocen: (...) 5. De los demás asuntos que correspondan conforme a ley”, por lo que la propuesta planteada preavisa un supuesto competencial adicional.

BIBLIOGRAFÍA

BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Segunda Edición Actualizada. Editorial Ad-Hoc Buenos Aires.

CARRIÓN LUGO, Jorge. *El recurso de casación en el Perú*. Vol 1, 2da Edición, Grijley, Lima, 2002.

Medios impugnatorios-Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004 sobre los medios impugnatorios- Gaceta Jurídica, Lima 2010.

CALAMANDREI, Piero. *Casación civil*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América, 1959.

CAFFERATA NORES, José. *Cuestiones actuales sobre el proceso Penal*. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires. Segunda Edición Actualizada 1998.

CAFFERATA NORES, José. *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Editores del Puerto S.R.L. 2000 Argentina.

CLAUS ROXIN. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I Editorial Civitas S.A. 1997

CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Proceso Penal Teoría y práctica*. Palestra Editores 5ª edición febrero de 2003 Lima Perú

FRANCO CORDERO. *Procedimiento Penal*. Tomo I. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá – Colombia 2000

FRANCO CORDERO. *Procedimiento Penal*. Tomo II. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá – Colombia 2000

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Colex 2da Edición 1996

GUZMAN FLUJA, Vicente, *El recurso de casación civil*. Control de hecho y de derecho. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

GOMEZ ORBANEJA, Emilio/ HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*, 10 a edición Artes Gráficas y Ediciones, Madrid 1987.

GOMEZ COLOMER, Juan – Luís. *El proceso Penal en el Estado de Derecho*. Diez estudios doctrinales. Palestra editores, primera edición julio de 1999 Lima - Perú

HENDLER Edmundo. *Sistemas Procesales Penales Comparados*. Editorial Ad-Hoc S.R.L. Buenos Aires. Primera Edición Agosto 1999

HUAYLLANI CHOQUEPUMA, Walther. Análisis de la decisión emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la Republica del Perú, desaprobando la consulta 2491-2010 (Arequipa) – respecto a la “condena al absuelto” – la restricción al derecho a impugnar. Pontificia Universidad Católica del Perú, abril 2011

PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl Alonso. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Teoría-práctica-jurisprudencia. Editorial Rodhas 2da Edición, mayo 2008.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El Proceso Penal*. Sexta Lectura Constitucional. Editorial J.M. Bosch Editor Barcelona 2000

SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Segunda Edición actualizada y aumentada Tomo I Editora Jurídica Grijley. Segunda Edición octubre 2003

UNIDAD IV: DERECHO PROCESAL PENAL

- **Motivación escrita de resoluciones judiciales y el principio de oralidad: Necesidad y forma. Jorge Luis Salas Arenas.**

MOTIVACIÓN ESCRITA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y EL PRINCIPIO DE ORALIDAD: NECESIDAD Y FORMA

JORGE LUIS SALAS ARENAS¹

1. Desde que la justicia se imparte a nombre del pueblo y no por un monarca absolutista², el fundamento teleológico esencial de la fundamentación de las resoluciones judiciales reside en que el poder no deben ejercerse arbitrariamente, y por ello no han de existir decisiones inmotivadas (conteniendo solo la parte resolutive)³ que resultan inaceptables para la conciencia democrática.

2. El fundamento lógico del deber de motivar las decisiones judiciales radica en la necesidad de controlar la coherencia entre lo que el llamado a decidir decide y los fundamentos que ha estimado (paso ordenado de las premisas a las conclusiones)⁴.

La decodificación del mensaje judicial resolutive (sentencial o incidental o de cualquier decisión de la etapa de investigación preparatoria o de cualquiera de las etapas) debe decodificarse en sus exactos términos por todos los destinatarios directos e indirectos⁵.

3. No es razonable sostener que las decisiones se emitan únicamente “*in voce*” (oralizadas) sin registrarse y conservarse⁶. Por ello, el soporte del registro (y por tanto contenido) de la decisión judicial completa (motivos y determinaciones), en abstracto, podría no ser escrito, pese a las deficiencias de acceso que implicaría; podría ser documental (filmado y/o grabado –auditivo–), si el modelo procesal vigente así lo autorizara y sobre todo la Constitución del Perú lo permitiera (por modificación expresa de su texto o por interpretación expresa del Tribunal Constitucional, órgano legitimado a fijar el alcance de las normas fundamentales)⁷.

4. El nuevo modelo procesal penal peruano, materializado en el D. L. 957 presenta particularidades importantes: en las etapas previas al juzgamiento hay audiencias no siempre públicas, pero orales, con la presencia de actas y decisiones e impugnaciones escritas; control de la actividad de investigación fiscal por un juez vigilante de la investigación preparatoria llamado a resolver los requerimientos escritos de la Fiscalía dando generalmente lugar a la contradicción, llamado a vigilar plazos y controlar el retiro de acusación o la acusación que puede formular la Fiscalía, y además, en la etapa decisoria del plenario, intervienen jueces penales no prevenidos⁸ (unipersonales y miembros de Juzgados colegiados) que desarrollen el correspondiente juzgamiento oral, público y contradictorio a que se refieren de modo expreso, los pactos internacionales.

La exclusión total de los registros escritos no se ha asumido normativamente en el Perú⁹.

¹ Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Profesor de Derecho Penal.

² En las monarquías absolutas, el rey decide lo que estime conveniente, sin el deber de explicar sus motivaciones; en las monarquías constitucionales, transferida la facultad de impartir justicia a los jueces, los deberes de motivación resultan imprescindibles.

³ Constituiría una práctica decisionista, y esta a su vez una expresión de dictadura judicial.

⁴ El empleo del silogismo judicial *modus ponens*, como herramienta básica para ordenar la decisión, pone en evidencia como ilógica toda decisión que carezca de premisas. El control de coherencia lógica, fáctica y normativa interesa a la colectividad jurídica y a la comunidad en general (a la que asiste al acto judicial y la que no), debiendo hallarse los canales de acceso a la información abiertos para que el pueblo conozca el contenido y desentrañe el alcance de los análisis que sostienen la decisión.

⁵ Al transferir a los interesados la tarea de transcribir la decisión judicial, se dificulta el acceso a la información judicial, paradójicamente desde la propia sede judicial, con lo que se desatiende uno de los aspectos de la transparencia.

⁶ El estudio general de la jurisprudencia, el control del sentido de los fallos de cada Juez, y la preparación adecuada de la impugnación en cada caso serían si no imposibles, muy complicados sin registros escritos de las sentencias y decisiones finales.

⁷ Pero, en tanto y en cuanto la ley (el ordenamiento jurídico) no violente la Constitución Política del Perú, debe cumplirse por todos; así lo manda el art. 38 de la Ley Fundamental. Si la ley violentara de modo irreparable las previsiones constitucionales, lo que cabe en orden y en democracia, según el ordenamiento jurídico peruano, es controlar su constitucionalidad por el procedimiento legalmente establecido.

En ese mismo sentido, nos ilustra de modo comparativo la disposición constitucional paraguaya sobre su ordenamiento legal; El artículo 127 de la Constitución de la República de Paraguay (1992) establece que “Toda persona está obligada al cumplimiento de la ley, la crítica a las leyes es libre, pero no está permitido predicar su desobediencia”.

⁸ No “contaminados” con la información judicial acumulada en las etapas precedentes por el Juez de Investigación preparatoria, que necesariamente tiene que recibir esa información durante el proceso fiscal, en cuanto sea instado, y durante la etapa intermedia.

⁹ Surgen entonces varias preguntas: ¿Constituye la oralidad limitada en etapas distintas a la del juicio oral según el NCPP, un perjuicio para el proceso penal?: la respuesta es negativa, por cuanto lo que los pactos internacionales y la Constitución mandan es concretamente que el juicio penal previo sea oral, público y contradictorio. ¿Constituye la oralidad absoluta (extendida) un perjuicio para el proceso penal? Y la respuesta puede ser en principio negativa, PERO, ello no ocurre en las realidades judiciales originarias del modelo oral y al no ser la regla vigente colocada en el modelo peruano, no resulta obligatoria, ni para los operadores jurídicos ni para los justiciables, y por tanto, pueden dar cabida a diferentes planteamientos sobre el particular, cuantos órganos jurisdiccionales hay en el País.

Surgen luego las siguientes preguntas: ¿Pueden los jueces acordar en un pleno que la norma expresa deja de regir, sin declarar su inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en un caso concreto? Y si así lo decidieran, ¿tiene valor el acuerdo judicial que, interpretando el sentido de la ley, niega el texto expreso de la ley? Las respuestas pueden ser diversas, pero el ponente estima que la correcta, es en sentido negativo, bajo el principio de la seguridad jurídica, y precisamente debido a ello es que se pronunciaron en Arequipa varias decisiones de control constitucional difuso, una de ellas, la relativa al art. 173.3 del CP, dispositivo que, de otro modo, hubiera sido simplemente inaplicado sin más trámite,

5. No hay que olvidar que el denominado “modelo acusatorio” se condice con los principios de oralidad, publicidad, contradicción y participación ciudadana en el juzgamiento (con presencia de jurado)¹⁰, de modo que nos hallamos ante un modelo procesal, importantemente moderno y esencialmente conforme con la Constitución¹¹, pero diferente a otros en el mundo democrático.

6. La motivación de las decisiones trascendentes (justificación externa de las premisas normativa y fáctica), por tanto debe ser completa, coherente y estricta; no necesariamente abundante o extensa, pero tampoco raquítica, desordenada, desestructurada o diletante; el deber constitucional de fundamentación debe ser razonablemente atendido, tomando como base las particularidades y la naturaleza del caso concreto. Así surge del Hard Law Fundamental: art. 10 de la DUDH; art. 41 del PIDCP y art. 8.2 del PSJCR y se aprecia del Soft Law Fundamental: así, la Sentencia de la CIDH en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñíguez vs. Ecuador de 21 de noviembre de 2007, FJ 118; y se expresa entre otras, en las STC del Perú: Exp. 3361-2004-AA/TC-LIMA, FJ 37; Exp. 6712-2005-HC/TC, FJ 10; Exp. 4226-2004-AA/TC, FJ 2; Exp. 4348-2005-PA/TC, FJ 2; Exp. 00728-2008-PHC/TC, FJ 6 a 11; la decisión judicial debe ser capaz de soportar los exámenes constitucionales de razonabilidad, coherencia y suficiencia

7. Como regla, el momento de emisión de la fundamentación, en el modelo procesal penal peruano, es el momento mismo de la emisión de la decisión, salvo en los casos de sentencias fruto de juicio oral en una materia compleja o de impedimento temporal de redactarla, en que se ha previsto la lectura de la parte dispositiva (art. 396.2 NCPP), lo que su vez conlleva el deber de convocar a las partes para una lectura integral en el plazo máximo de ocho días; no corresponde extender mecánicamente esta previsión legal a las resoluciones emitidas en la etapa de investigación preparatoria, que cuenta con sus propias reglas (así, art. 8.4 –medios de defensa–; 102.2 –constitución en actor civil–; 203.2 –restricción de derechos–; 261.1 –detención preliminar–; 271.2 –prisión preventiva–), teniendo en cuenta además que la analogía como mecanismo lógico jurídico de integración, solo cabe en casos de vacío o deficiencia, es decir, de laguna o ausencia de regulación¹².

8. En todo caso, si la regla legal de motivar completamente por escrito las decisiones no sentenciales fuera considerada inconstitucional, lo que correspondería técnicamente sería su expulsión del acervo jurídico bajo las reglas del artículo 14 del Texto Único Ordenado de la L.O. del Poder Judicial¹³.

9. Adicionalmente se sostiene que aquella práctica (extender la emisión de resoluciones “*in voce*” de la parte decisoria a todas las resoluciones que se emiten por Jueces de Investigación Preparatoria), es propia de jueces solventes y transparentes, prestigia a la judicatura y por ello debe

interpretado llanamente de modo diferente, o finalmente, judicialmente ignorado. Pero, como la Democracia se afirma con el orden de lo constitucionalmente correcto, se procedió dentro del marco del ordenamiento jurídico vigente.

A partir de ello, surge la pregunta ¿puede cada juez libremente introducir sus propias iniciativas interpretativas al proceso penal, en tanto sean compatibles en abstracto con los principios que ideológicamente estima respecto del acusatorio?

Si la respuesta fuera afirmativa, los juradistas habríamos encontrado la posibilidad de implantarlo de inmediato, a partir del art. 3 de la Constitución vigente y bajo las reglas comúnmente aceptadas en la comunidad jurídica en que se desarrolla el plenario democrático. Pero, el modelo peruano no lo ha previsto aún.

¹⁰ Teniendo presente que no existe un “modelo puramente acusatorio”, es importante ubicarse adecuadamente en el nivel de “acusatoriedad” en que los distintos modelos procesales vigentes en el mundo se hallan y en qué nivel se halla el actual y todavía reciente modelo procesal penal peruano.

¹¹ No hay que perder de vista como punto de antipódico de comparación el procedimiento esencialmente escrito, sin contradicción eficiente, sin juzgamiento oral y público, con juez prevenido que establece en el D. L. N° 124 (notablemente predominante en la justicia cotidiana en parte del Perú), dado que el modo de hacer juicio oral con el C de PP de 1940, ha sido objeto de sucesivas correcciones hacia la constitucionalización, la última con el D. L. N° 983 de 21 de julio de 2007.

Tampoco hay que perder de vista que aunque hay un conjunto ordenado de nuevas normas procesales, hay materias pendientes e instituciones procesales que perfeccionar ordenadamente, para que la justicia penal se ajuste debidamente a las exigencias de la democracia.

Entre tanto, bajo el principio constitucional de la observancia *erga omnes* de la ley, sólo las normas inconstitucionales deben (no es una potestad sino un deber judicial) ser expulsadas del acervo normativo, solo cabe cumplir las reglas del modelo peruano, llamadas a estandarizar la tramitación en todo el país, que tiene un solo orden legal y un solo Poder Judicial con estructura igualmente unitaria.

¹² La pasión por la oralidad ha llevado a algunos operadores judiciales a sostener la posibilidad de emitir también resoluciones “*in voce*” sólo de la parte dispositiva en esta clase de decisiones propias de la etapa de investigación preparatoria, para emitir luego por escrito y notificar la decisión completa (expresando los fundamentos de la decisión) dos o más días después, analogizando la regla de las sentencias complejas. El argumento pretendidamente “fuerte” de esta singular práctica radica en el brocardo jurídico “*si se puede en lo más, se puede en lo menos*”, es decir en la regla analógica “*a maiori ad minus*”; cuando en realidad subyace una falacia en el razonamiento, por cuanto no cabe analogizar cuando la ley no presenta vacío.

¹³ Con frecuencia se puede apreciar que varias reglas del NCPP peruano han sido “interpretadas” hasta negarlas, sin el procedimiento de inaplicación que prevé el artículo 14 del TUO LOPJ de normas con rango de ley, por lo que esta norma también ha sido inaplicada.

Las únicas normas que pueden ser objeto de control constitucional directo en el Perú (y por tanto de inaplicación no consultable con la Sala suprema constitucional y social) son las normas de jerarquía inferior a la ley (último párrafo del artículo 14 del TUO de la LOPJ). De hecho, algunos operadores jurídicos están extendiendo la potestad del último párrafo del artículo 14 de la norma indicada, para la inaplicación de leyes, lamentablemente, sin expresión de justificación.

ser desarrollada en todos los ámbitos judiciales (en contrario, quienes no la observan son –según los partidarios de aquel planteamiento- jueces inquisitivos, insolventes, y/o contra reformistas)¹⁴.

10. He constatado en el ejercicio cotidiano de revisión en Sala Superior Penal de Arequipa, la presencia de algunas decisiones de primera instancia orales incompletas (por apresuradas) cuya transcripción en acta realmente resulta una corrección y adición escrita de lo que se omitió oralmente (son actos nulos); con ellas se evidencia la fuerte y constante presión ideológica¹⁵.

11. Es altamente positivo, desde toda óptica, el culminar las audiencias efectuadas ante Juzgados de Investigación Preparatoria (que pueden considerarse “incidentales” de la causa principal) con una decisión judicial **completa e inmediata**, oralmente emitida de manera cabal (no se cumple el deber constitucional de motivación con un acto aparente o incompleto), decisión que tiene que ser –salvo excepción legal- inmediatamente pronunciada y transcrita en el acta respectiva. Es también trascendente tener presente que nada impide posponer la decisión por breve lapso, dentro de la ley, cuando se trata de cuestiones que requieren revisión del contenido de la copia de la carpeta (como lo manda la ley), de los audios (si así se requiriera) o si se trata de cuestiones complejas.

12. Finalmente, parte de la judicatura peruana ha decidido incumplir la ley (art. 139 inciso 5 de la Constitución, art. 123 inciso 1, art. 124 incisos 1 y 2; y art. 395 del CPP) y la Casación de la Suprema Instancia (F 5 en la causa 61/2009 de La Libertad) en relación a la transcripción del contenido íntegro de las sentencias penales; se constata la inaplicación de hecho de varias normas del NCPP y la rebeldía ante la Casación (art. 22 TUO LOPJ; art. 433.3 NCPP); claros casos de disidencia judicial.

Hay que distinguir entonces entre los usos judiciales con motivo del nuevo modelo procesal penal; los hay buenos, perfectibles y anómalos, todo ello a partir de los marcos establecidos en las reglas peruanas. Los buenos desde luego son encomiables y parangonables¹⁶.

13. El principio de legalidad procesal, es uno de los pilares del Estado Democrático de Derecho¹⁷; cada país organiza soberanamente a partir de las reglas legislativas su proceso penal de un modo no

¹⁴ El debate que debía conducirse por los cauces naturales de la saludable y alturada discrepancia académica ha alcanzado ribetes de intolerancia. Me remito al documental del evento "Retrosos en la Reforma Procesal Penal" efectuado el 28 de enero del presente año en el Colegio de Abogados de Arequipa, en que algunos Jueces estimataron públicamente a otros Jueces que no siguen sus parámetros. Se trata de la ejecución de un mecanismo de presión destinado a forzar comportamientos procesales.

2º Pero, se halla de hecho en giro, silenciosa y sostenidamente una reforma de la reforma procesal penal establecida, cuyo método radica de un lado en la desobediencia al marco jurídico: inaplicación de hecho de normas procesales, equiparación de las reglas del juicio a las reglas de las otras etapas procesales, creación de exigencias extra legales para los litigantes, elusión del control constitucional difuso y del otro, en el ejercicio de presiones ideológicas; hay por tanto en el momento un CPP peruano escrito, promulgado y publicado y un proceso de modificación en activo desarrollo, fruto de la orientación ideológico-judicial de algunos de los jueces (encuentra así sentido la expresión "el Código Procesal Penal se encuentra en construcción", entiéndase, en reelaboración de hecho); de aquel concepto se derivan las distintas formas de hacer justicia penal que hay a lo largo y ancho del País, no obstante que se trata de la misma norma procesal.

¹⁶ Pero, dentro del paquete de las prácticas que algunos denominan “buenas” (desde la perspectiva re-reformista, o extra reformista o ultra reformista), existen algunas “contra legem” mediante las que se introducen reglas impuestas bajo presión ideológica por un sector de la judicatura; así, en el proceso de aplicación cotidiana del nuevo Código Procesal Penal Peruano se manifiestan varias distorsiones, algunas ablativas (cerceñadoras), otras restrictivas y otras aditivas o extensivas, de modo que la seguridad jurídica se halla en riesgo.

No han de caber por tanto interpretaciones extrañas al sentido de la ley nacional o aplicaciones mecánicamente asumidas de prácticas procesales comparativas.

Así, la facultad de control constitucional directo de la norma procesal que se invoca como sustento desde aquella orilla, se halla expresamente prevista en el procedimiento penal provincial de la Provincia de Chubut de la República Federal Argentina, norma que no rige en otras provincias del mismo País, en tanto que en el Perú, como República unitaria, la solución es distinta.

De otro lado, no resulta aceptable que se asuma plenamente la prédica académica que desde el extranjero y por algún ciudadano extranjero se lanza públicamente, dirigida a los operadores de justicia peruanos, para que desobedezcan o inapliquen (sin necesidad de consulta) las leyes peruanas que provienen del legítimo ejercicio constitucional de legislar.

¹⁷ El mensaje que señala que en el Perú “el Código Procesal Penal está en construcción”, proviene del sector re-reformista procesal dentro de los predios judiciales, y connota el afán de elaborar disposiciones procesales, esto es, asumir la tarea que la Constitución ha encargado al Parlamento, y consolida las funciones de legislar y juzgar en manos de los jueces; labores que en democracia se hallan separadas.

Cfr. BURGOS MARÍÑOS, Víctor: LA CASACIÓN N° 61-2009-La Libertad y una Tentativa de Contrarreforma en el Perú.

http://www.unifr.ch/ddp/derechopenal/articulos/a_20100831_03.pdf.

Cfr. http://www.unifr.ch/ddp/derechopenal/articulos/a_20100831_03.pdf.
Cfr. BURGOS MARINOS, Victor: Las Nuevas y Buenas Prácticas en el Proceso de Implementación del NCPP y la Contrareforma: "Queremos tener un sistema procesal donde los jueces resuelvan previa audiencia? O, queremos mantener un sistema inquisitivo mixto, donde los jueces resuelven en privado, sin audiencia, por escrito y con el expediente a la mano. Me parece que la opción es la primera; así lo han decidido mayoritariamente los jueces del NCPP en reciente Taller Nacional realizado en Lima. Y es lo más saludable para el bien de la justicia en el Perú".

saludable para el bien de la justicia en el Perú".

http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:5dqisy_fgjsej:www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/modulos/documentos/descargar.php%3fid%3d3964+vicor+burgos+mar%3d%8d%3c%9f1os%2bcontrareforma&hl=es&gl=pe&pid=bl&scid=adgee.sgoazjevq35qi_xjsuyt6wvgrq7v9clold2nepqougelwbszww5kc7fuwiy5g5yo8ac5piasxahdc6ouapa2g1rgbtidhvrqrbjsxnhaocetvsox4igucramb9am22h1ed&sig=ahietbrrluweh0b15dqgypvxygwnn6pdq

necesariamente homogéneo respecto de las reformas de otros países¹⁸; es claro por tanto que el Código Procesal Penal expresa la decisión político-ideológico procesal de los legisladores en el tiempo de su emisión¹⁹; por ello, el conflicto que las resistencias extra-sistemáticas a la aplicación de las reglas del Código Procesal implican, expresa diferencias (disidencias) activas de orden ideológico-jurídico²⁰ que se pretenden entronizar por votación, generando una suerte de “parlamento judicial” que la democracia no reconoce en ninguna parte del mundo.

14. La necesidad de hacer eficiente de un lado la cronometración o vitacorización de las actas resumidas (art. 361.1 NCPP), de otro, el registro resumido de las actas y el registro inmediato y cabal de las resoluciones pronunciadas oralmente, removiendo las demoras y dificultades que hoy se presentan y finalmente reducir a la mínima expresión el consumo de papel para proteger el medio ambiente (tarea ecologista actual y trascendente), pasa por la introducción y empleo adecuado de la tecnología de la estenotipia digital hoy existente en los países anglosajones y varios países de Europa y la sub región en Sud América, para usos parlamentarios, municipales, judiciales, diversas corporaciones públicas y privadas, etc.²¹; nada impide que la virtualización, la digitalización y la estenotipia concurren, por cuanto la modernidad y la tecnología (como expresión de ella), han de ser concretadas para materializar los dictados de la ley procesal en materia de registros escritos resumidos y transcripción integral de las decisiones judiciales.

La seguridad jurídica en sede judicial implica respetar el orden democrático, acatar las leyes acordes con la constitución y obrar con prudencia para afirmar y prestigiar al sistema judicial en su conjunto y al orden procesal penal en particular.

Lima, enero de 2012

¹⁸ Así, en Chile se prohíbe la prueba de oficio que en el Perú se permite y se reclama, bajo el concepto del deber judicial de la búsqueda de la verdad y la equiparación de asimetrías. Es necesario precisar que no comparto el concepto como política procesal permanente, pero la acepto como política temporal, de tránsito hacia otro estándar más depurado.

En Colombia los Jueces de Juzgamiento conducen la etapa intermedia que en el Perú está conducida por los Jueces de la Investigación Preparatoria para evitar la “contaminación”; en Bolivia hay jurado escabinado que en el Perú se propuso (propusimos) desde el denominado “grupo Huanchaco” (Cfr. Art. 41 del texto del CPP “Proyecto Huanchaco”, en Reforma del Proceso Penal en el Perú; BINDER, Alberto y otros; Ediciones BLG; Primera Edición Trujillo; 2005; pág. 286.); pero aquel planteamiento no prosperó.

¹⁹ Sea que el Congreso legisle directamente o delegue la función para el caso concreto, los legisladores obran legitimados por la voluntad popular que los eligió al amparo de la Constitución y legislan a nombre del Pueblo Peruano.

²⁰ El sistema de prácticas “*contra legem*” expresa también la orientación político-ideológico-procesal de sus mentores; pone de manifiesto el ánimo de negar parte de lo que se halla previsto, de reescribir la ley, de imponer de hecho otro texto, sustitutorio, no escrito; el afán de modificar por interpretación (forzando extensiones y analogías) lo que se halla expresa y claramente normado.

Cfr. TABOADA PILCO, Jean Paul; “Jurisprudencia y Buenas Prácticas en el Nuevo Código Procesal Penal”; Editorial Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima 2009. En esa obra, el autor comunica los acuerdos unánimes de señores Jueces de Investigación Preparatoria de La Libertad y para referir sólo un aspecto, en cuanto a la prisión preventiva, allí se dice que no son aplicables las restricciones de la publicidad del juicio. Se considera a la audiencia de prisión preventiva siempre pública. La citación que convoca a la audiencia de prisión debe tener la firma del juez y del asistente jurisdiccional porque requiere debida fundamentación para mantener la restricción de libertad por 48 horas. Cuando esta libre es solo un decreto. La audiencia de cesación requiere la presencia obligatoria de imputado y abogado por principio de contradicción, si no asiste el abogado se declara inadmisibile de plano no permitiendo su reemplazo por abogado de oficio, dejando a salvo el derecho de volver a solicitarlo. el acta y la resolución deben tener los datos del imputado. Me permito resaltar que el artículo 357 primer inciso del Nuevo Código Procesal Penal dice que en la audiencia de prisión preventiva deben reservarse. “*Cuando se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los participantes en el juicio*” Las audiencias de Prisión Preventiva relativas a delitos contra la Libertad Sexual, se han estado llevando a cabo en Arequipa, de conformidad con la norma citada. ello en el considerando que era necesario proteger a la parte agraviada de este delito, evitando su doble victimización por parte del Estado. La decisión unánime que se indica en aquella importante obra de divulgación, enfrenta las disposiciones legales vigentes.

²¹ Entre otras páginas electrónicas, confrontar: http://www.youtube.com/watch?v=dTHnZNmniHk&feature=player_embedded;
http://www.youtube.com/watch?v=dTHnZNmniHk&feature=player_embedded.

UNIDAD IV: DERECHO PROCESAL PENAL

- **Tribunal Constitucional respalda buenas prácticas de la Corte de Justicia de la Libertad y Acuerdo Plenario de Arequipa sobre la oralidad. Víctor Burgos Mariños. La Libertad Octubre de 2009**

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPALDA BUENAS PRÁCTICAS DE LA CORTE DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD Y ACUERDO PLENARIO DE AREQUIPA SOBRE LA ORALIDAD

*Víctor Burgos Mariños**

Mediante la sentencia recaída en el Expediente N° 02937-2009-PHC/TC-La Libertad, de fecha 25 de setiembre de 2009, el Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento 5, que “...no se ha acreditado la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, ni de ningún otro derecho invocado, toda vez que la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad ha cumplido con las exigencias del artículo 139º, inciso 5, de la Constitución Política, al haber motivado la resolución cuestionada de forma razonada y suficiente. En tal sentido, es de aplicación al caso el artículo 2º, a contrario sensu, del Código Procesal Constitucional” (el subrayado es nuestro).

Esta sentencia tiene especial repercusión en el actual momento de la reforma procesal penal en nuestro país, pues de un lado existe una interpretación constitucional del texto legal del CPP 2004 que promueven las nuevas y buenas prácticas procesales, y de otro, una interpretación literal del texto que mantiene las viejas prácticas. Es decir, que hay una lucha de prácticas entre quienes quieren la reforma y los que no quieren la reforma. No se trata de justificar posiciones en falsos regionalismos, el sur contra el norte, es más sincero ubicarse entre quienes quieren realmente que cambie la justicia penal y los que no. Pero también, puede deberse, al natural y progresivo proceso de sustitución de prácticas, por el cual todos hemos pasado, y ahí justamente tiene relevancia esta sentencia del Tribunal Constitucional.

* Ex Presidente de la Comisión de Implementación del NCPP La Libertad 2007-2008. Actual Miembro del Equipo Técnico de Implementación del NCPP del Poder Judicial. Presidente de la Sala de Apelaciones del NCPP La Libertad. Profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional de Trujillo en Pre y Post Grado.

En el Pleno Jurisdiccional de Arequipa, de Julio del 2009, cuando discutíamos si las resoluciones debieran dictarse verbalmente en audiencia y ser registrados en audio, justamente se produjo el debate sobre la forma como debía interpretarse el artículo 139 inciso 5 de la Constitución, que exige “la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias...”. La mayoría se inclinó en realizar una interpretación evolutiva de la Constitución y no literal, pues en el contexto de la Constitución de 1979 y la 1993, el proceso era escrito y no oral, por eso la exigencia de la escrituralidad, más la verdadera garantía no es la resolución escrita, sino el deber de motivación de la resolución.

Si repasamos la historia de las Constituciones en el Perú, siguiendo al destacado profesor arequipeño Julio César Santa Cruz (En “Sobre la Motivación de las Decisiones Judiciales, Especial Referencia a las Decisiones en el Derecho Penal”. Derecho, Revista de la Facultad de Derecho. Pág. 205), la garantía de la administración de justicia siempre ha sido el deber de motivación y no la escrituralidad. Es recién con la Constitución de 1979 y luego con la de 1993, que se introduce el deber de motivación escrita. Pero a partir de julio de 2006, en Huaura, se empieza a aplicar un nuevo modelo procesal penal en nuestro país, basado en el sistema de audiencias y la oralidad, por lo que se hace necesaria una interpretación evolutiva del artículo 139 inciso 5 de la Constitución.

Es en ese contexto, que se adoptó por MAYORÍA la **CONCLUSIÓN PLENARIA** “El nuevo modelo acusatorio privilegia la oralidad. Las decisiones judiciales deben ser preferentemente orales, en especial aquellas que se dicten en audiencias preliminares. El registro de las mismas se encuentra en audio. Las actas de audiencia contienen una síntesis de lo actuado.” Vale recordar que la votación fue muy estrecha, 11 contra 9 y 2 abstenciones, lo que indica el nivel de equiparidad de la lucha de prácticas. Incluso, pese a este acuerdo plenario, por cierto no vinculante, algunas Cortes como Tumbes, Lambayeque, Arequipa y Tacna vienen obligando a los jueces a transcribir sus resoluciones por escrito, a través de la interpretación literal del artículo 139 inciso 5 y del artículo 2 inciso 24 párrafo “F”, afectando con ello a las garantías del sistema de audiencias del nuevo modelo.

Efectivamente, junto a las reglas que trasladan la dirección de la investigación del delito al Ministerio Público y la configuración de un Juez Imparcial, el NCPP otorga un nuevo contenido a la garantía constitucional del proceso penal predeterminado, que ahora deberá entenderse, como el derecho de las partes a la audiencia previa, lo que a su vez, como efecto de dicho derecho, impone como nueva regla procesal, la



obligación del Juez de resolver previa audiencia y en audiencia. Por ello, la audiencia previa es una verdadera garantía constitucional. La audiencia es el escenario donde el derecho a la **presunción de inocencia** del imputado y sus demás derechos, se garantizan mejor. Es el escenario donde se garantiza un **mejor trabajo profesional** de jueces, abogados y fiscales. Mejor escenario donde se **garantiza la transparencia** de la justicia. Mejor escenario donde las víctimas pueden encontrar **tutela**. La audiencia es el escenario que garantiza una **mejor decisión judicial**, más imparcial. *Sin audiencia, los derechos de defensa, de contradicción, de presunción de inocencia, de imparcialidad, etc., se restringen. Y, en el contexto del nuevo modelo procesal, no es posible que el Juez resuelva sin audiencia.* La audiencia previa no debe ser confundida con la audiencia de la “vista de la causa” del viejo modelo, pues si ello fuera así, se estarían manteniendo las viejas prácticas: secretismo, delegación, falta de imparcialidad y contradicción, cultura del expediente, etc., que son como sabemos, entre otras malas prácticas, las causas de la deslegitimación de la justicia penal en el Perú.

Esta situación en gran parte se debe al hecho que la reforma procesal penal en el Perú no ha sido acompañada de una reforma constitucional y legal, y ello ha generado un grave problema de operatividad, pues toda la legislación orgánica y constitucional que da soporte al modelo mixto inquisitivo, no ha sido reformada y sigue formalmente vigente. Hubiera sido conveniente para la reforma, que el legislador hubiera positivizado el nuevo modelo procesal en la Constitución, con ello se hubiera allanado el camino del proceso de implementación del nuevo modelo acusatorio, el que actualmente se ve amenazado por interpretaciones legalistas y literalistas, que se hacen del propio Código Procesal Penal (de sus rezagos inquisitivos), como de las Leyes Orgánicas y de la propia Constitución. Esta falta de reforma legal y constitucional, ha generado un conflicto de normas y un conflicto de interpretaciones, y ese es actualmente el escenario de la lucha de prácticas, entre quienes hacen una interpretación literal del Código y los que tienen una interpretación constitucional. Los primeros conducen a mantener las viejas prácticas procesales basados predominantemente en la escrituralidad y el expediente, y los segundos, hacia instalar las nuevas prácticas procesales basados predominantemente en la oralidad y el sistema de audiencias.

En Colombia, la adopción mediante reforma constitucional, de este nuevo sistema procesal penal, perseguía en líneas generales las siguientes finalidades: (i) fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba; (ii) establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado; (iii) instituir una clara distinción entre los



funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, y de esta forma, garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante el juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad; (vii) crear la figura del juez de control de garantías; e (viii) implementar gradualmente el nuevo sistema acusatorio. En efecto, se diseñó desde la Constitución un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, desarrollado por la Ley 906 de 2004, con acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculcado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas. El aporte de la Constitucionalización del nuevo modelo procesal en Colombia permitió, a diferencia de otras experiencias en la región, que la implementación del modelo acusatorio se instale primero en la Capital de la República y luego en el interior, lo que sería impensable en nuestro país, con los problemas normativos e interpretativos antes descritos, de seguro que el modelo colapsaría y se frustraría su proceso de implementación.

Ausente en el legislador la reforma constitucional y legal orgánica que permita una implementación pacífica y rápida del nuevo modelo, corresponde al Tribunal Constitucional y a los jueces del NCPP, a través de la interpretación constitucional, la tarea de garantizar la plena vigencia del sistema de audiencias, y que el proceso penal se realice conforme a los principios de oralidad, contradicción, inmediación y publicidad, para que con ello a su vez garanticemos mejor, la presunción de inocencia y demás derechos del imputado, así como la tutela de las víctimas. Además, desde la perspectiva de la gestión, el sistema de audiencias permite mayor eficiencia, que el sistema basado en expedientes, por lo que el nuevo modelo no solo aporte en mayores garantías, sino también en mayor eficiencia en el servicio de justicia.

En conclusión, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional en comentario, convalida la buena práctica de la oralidad, pues al revisar el registro de audio que contenía a las resoluciones judiciales cuestionadas a través del hábeas corpus, ha señalado que “...no se ha acreditado la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales...”, precisando además, que “...se ha cumplido con las exigencias del artículo 139°, inciso 5, de la Constitución Política, al haber motivado la resolución cuestionada de forma razonada y suficiente”. De esta forma, el máximo



intérprete de la Constitución excluye —de acuerdo a la interpretación evolutiva—, el deber de la motivación “escrita” de las resoluciones judiciales, y más bien reconoce, que la motivación puede ser oral, siempre que sea razonada y suficiente.

Esta sentencia es un gran respaldo al nuevo modelo acusatorio, sin embargo, todavía hay otros problemas normativos, que también requieren del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, y otros que necesariamente requieren de reforma legal y/o constitucional, por lo que la tarea de constitucionalizar el proceso penal en el Perú, realmente, recién empieza.

Trujillo, 5 de octubre de 2009

UNIDAD IV: DERECHO PROCESAL PENAL

- **SISTEMA PROBATORIO PENAL. En proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el Nuevo Proceso Penal. Juan Montero Aroca. Editorial Thomson Civitas. 2008, pág. 413 – 443.**

dará la puerta cerrada, ya de oficio, ya a petición de los acusadores, pero parecen obvias dos circunstancias: 1) También puede pedir la celebración a puerta cerrada el acusado (igualdad de las partes), y 2) Siempre habrán de ser oídas todas las partes (contradicción).

decisión de la puerta cerrada puede adoptarse por escrito (antes del inicio de las sesiones) como ya iniciadas), y exige resolución motivada, es de auto (STC 62/1982, de 15 de octubre), contra la que no cabe recurso directo alguno, pero sí protesta o apelación para volver a suscitar la cuestión en el recurso procesal contra la sentencia.

El secreto, es decir, la puerta cerrada, puede aplicarse a todas las actuaciones o a una parte de las mismas.

El que el artículo 680, III, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal diga que la resolución adoptará la forma de auto no puede querer decir que tenga que ser necesariamente una resolución escrita, y debiendo procederse luego a su notificación por los medios normales. Si se trata de que debe decidirse sobre la celebración a puerta cerrada de una actuación consistente en la audiencia que ya está iniciada, lo lógico no es paralizar la actuación para dictar un auto escrito, sino, oír a las partes en el acto y resolver por medio de la resolución oral, sin perjuicio de que esa resolución, que constará en el acta, sea motivada.

Debe tenerse en cuenta que, como hemos adelantado, en la publicidad y en la puerta cerrada han de distinguirse dos aspectos. Uno es el referido al derecho del acusado a un juicio público (art. 24.2 de la Consti-

tución) y el otro atiende a una forma de realización de los actos procesales (art. 120.1 de la misma), por lo que el acusado no tiene un derecho disponible o renunciabile.

II. El sistema probatorio penal

Uno de los elementos esenciales en el proceso penal es aquel conforme al que debe distinguirse entre actos de investigación, que son los que se practican en el procedimiento preliminar, y actos de prueba, que son exclusivos del juicio oral. Sólo en los actos de prueba en sentido estricto puede basarse la convicción del tribunal respecto de los hechos que debe declarar probados en la sentencia a los efectos de condenar o absolver al acusado, y ello afecta de modo esencial a la misma conformación del proceso. Precisamente una de las reformas más importantes en el sistema procesal penal introducidas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 fue precisamente la relativa a la prueba y en ella nos vamos a centrar.

Se trata, pues, de atender a continuación a los que creemos elementos típicos de la prueba en el proceso penal.

1. LA LLAMADA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

De entrada debe advertirse que no estamos realmente ante una presunción en sentido técnico(9), sino

(9) En estricto sentido jurídico en toda presunción existe: 1) Un hecho base o indicio, que ha de ser afirmado por una parte y probado después por ella, hecho que no integra el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación pide la parte, 2) Un hecho presumido, que ha de ser afirmado también por la parte, y que es el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se pide por ella, y 3) Un nexo lógico

ante algo mucho más trascendente para la justicia penal, pues puede decirse que esa llamada presunción es realmente un concepto fundamental que sirve para identificar cuando estamos ante un proceso penal que podemos calificar liberal. Puede así decirse que existen regulaciones del proceso penal de tipo liberal, en las que el elemento determinante es esta llamada presunción de inocencia, y regulaciones de base autoritaria en las que se está ante las normas comunes de la carga de la prueba. Naturalmente en los sistemas totalitarios todo el mundo es culpable mientras cada persona no pruebe lo contrario.

Desde esta consideración elemental, si intentamos lograr un concepto aprovechable de la llamada presunción de inocencia podemos acudir a los convenios internacionales de derechos humanos, como son el artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en los que se viene a decir que la persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley, lo que traducido a un lenguaje más técnico supone que toda persona es inocente

entre los dos hechos, que es precisamente la presunción, operación mental en virtud de la cual partiendo de la existencia del indicio (que ha de ser probado) se llega a dar por existente el hecho presumido. Entendida así la presunción no hace falta insistir en que la presunción de inocencia es una manera muy incorrecta de decir que el acusado es inocente mientras no se pruebe lo contrario.

mientras no se pruebe su culpabilidad en un verdadero proceso. Resulta así que:

a) Existencia de un verdadero principio, que debe conformar toda la regulación del proceso por el legislador ordinario, según el cual todo acusado es inocente mientras no se declare lo contrario en sentencia condenatoria, lo que impone que a lo largo del proceso debe ser tratado y considerado inocente(10).

b) Existencia de un verdadero derecho procesal de rango fundamental propio de todo acusado, derecho que se configura:

1.º) Se trata de una garantía procesal, en cuanto que no afecta ni a la calificación de los hechos como delictivos ni a la responsabilidad penal del acusado, sino que atiende a la culpabilidad del mismo, de modo que ha de resultar probado que ha participado en los hechos.

2.º) Esa garantía procesal no se refiere ni a los actos del procedimiento ni a la forma o requisitos de la sentencia, sino que sirve para determinar el contenido del pronunciamiento absolutorio o condenatorio de la sentencia misma. El contenido de la sentencia lo determina generalmente la aplicación de normas de Derecho material penal, pero esto no ocurre siempre pues

(10) Pareciera como si esta llamada presunción afectara más directamente a la fase de juicio oral, pero no debe olvidarse que también tiene incidencia en la fase de procedimiento preliminar, lo que es especialmente manifiesto cuando se trata de la adopción de medidas cautelares personales, como la prisión provisional. Ésta debe responder, en su caso, a razones propias de la cautela pero no de la condena, y por ello con la prisión, por ejemplo, no puede pretenderse hacer frente a situaciones de alarma social.

a veces son normas procesales las que determinan ese contenido, y éste es el supuesto más claro en ese sentido.

3.º) La garantía, pues, comprende todos los elementos del hecho por los que puede condenarse en la sentencia, elementos que son objetivos, en cuanto la prueba ha de referirse necesariamente a lo constatable por medio de los sentidos, no a los elementos subjetivos o *animi*.

4.º) En el proceso penal la prueba se valora siempre de modo libre o, como dice el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en conciencia, aunque es preferible la expresión del artículo 717 de la misma Ley: «según las reglas del criterio humano». Esto significa sólo que no existen reglas legales de valoración, pero no puede ser equivalente a arbitrariedad; la ley deja al juzgador que forme su convicción sobre los hechos, sin imponerle reglas de experiencia objetivada, pero le exige razonabilidad (y así lo veremos después en esta Sección II, 4).

c) Conclusión de que el acusado no necesita probar nada, siendo toda la prueba de cuenta de los acusadores, de modo que si falta la misma ha de dictarse sentencia absolutoria. Pero además debe tenerse presente que esta regla debe completarse con el añadido de que ha de probarse de determinada manera:

1.º) Han de existir medios de prueba que se han de haber practicado en el juicio oral, es decir, tienen que existir verdadera actividad probatoria y practicada precisamente en el acto oral, concentrado, con inmediación y con publicidad que es la vista del juicio oral.

2.º) La presunción de inocencia sólo puede entenderse desvirtuada cuando en la prueba practicada en el proceso es válida y es de cargo, de modo que hay que distinguir entre:

1º) Existencia de actividad probatoria en la segunda fase del proceso o juicio oral y de que la misma se ha practicado con observancia de las normas constitucionales y legales que regulan la admisibilidad de los medios de prueba y su práctica. El tema de más actualidad en ese apartado es el de la prueba ilícita(11).

(11) Aun siendo poco expresiva la terminología, pues está ya admitido hablar de prueba ilícita o prohibida, lo que importa resaltar es que la ilicitud no se refiere a los medios de prueba sino a las fuentes de prueba.

a) Un medio de prueba, es decir, una actividad que se realiza en el proceso con sujeción a lo dispuesto en la ley, no puede ser algo prohibido o ilícito; el medio de prueba podrá realizarse de modo ilegal, es decir, contraviniendo la norma que lo regula, pero eso es algo distinto de la ilicitud en la obtención de la fuente de prueba.

Una parte puede proponer en juicio el medio de prueba testifical, indicando la persona del testigo, y el tribunal tendrá que admitir ese medio de prueba porque está propuesto de modo legal, es pertinente y es útil. Si la parte propone también que el interrogatorio se realice sometiendo al testigo a tortura, con el fin de que declare la verdad, el tribunal no admitirá ese aspecto de la proposición de prueba con base en que la norma reguladora de la actividad en que se resuelve el medio de prueba no prevé el «complemento» pedido por la parte, y con esto habrá base legal suficiente para la inadmisión; podrá el juez añadir que el artículo 15 de la Constitución garantiza el derecho a la integridad física, prohibiendo en todo caso la tortura, y aun que el Código Penal tipifica ese acto como delito, pero para rechazar la tortura bastaría con decir que no está prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De la misma manera en la práctica de la prueba testifical la parte puede pedir que el testigo conteste por escrito a las preguntas, y el juez tendrá que no admitir este aspecto de la petición de la parte porque es contrario al artículo 308 de la misma Ley.

En uno y en otro caso la petición de la parte es ilegal, y en los dos la consecuencia es la inadmisión de la misma. Pero, además, en los

2") Constatación de que los medios de prueba que se practicaron dieron un resultado de cargo, es decir, en contra del acusado, lo que supone distinguir entre interpretación de los resultados probatorios y valoración de la prueba.

La labor de interpretar la prueba es anterior a la de valorarla y consiste en establecer el contenido de la misma, de modo que antes de entrar a valorar, por ejemplo, si lo que el testigo ha dicho es verdad, debe dejarse establecido qué es lo que el testigo ha dicho, o antes de valorar un informe pericial debe quedar fijado qué es lo que dice el dictamen. La presunción de inocencia sólo quedará desvirtuada si existió actividad probatoria válida y si en ésta su contenido fue de incriminación. Partiendo de que hubo actividad probatoria y de que ésta fue de cargo, la presunción de inocencia

dos casos si, por la circunstancia que fuere, la prueba llegara a practicarse como la parte pidió, el efecto jurídico es el mismo: la prueba no será tomada en consideración a la hora de dictar sentencia, con declaración de nulidad parcial de actuaciones.

b) La licitud de la prueba se refiere normalmente a cómo la parte ha obtenido la fuente de prueba que luego pretende introducir en el proceso por un medio de prueba, y así es posible cuestionarse si, atendida la manera como la parte se ha hecho con esa fuente, cabe que luego la use en el proceso, realizando la actividad prevista legalmente para los medios, con el fin de intentar conformar la convicción judicial o para fijar un hecho.

Cuando, como sucede en el proceso penal, a la fase de juicio oral se llega después del procedimiento preliminar, los medios de prueba que se ofrezcan en aquél se basarán en fuentes de prueba obtenidas en éste, de modo que la ilicitud se habrá producido en el mismo. Por ejemplo, si se trata de que se ha producido una intervención telefónica y de que por su medio se ha logrado una fuente de prueba (la grabación de unas conversaciones), lo que se está ahora diciendo es que esa grabación puede haberse obtenido ilícitamente y entonces no es admisible el medio de prueba relativo al mismo.

pudo ya quedar desvirtuada, pasándose entonces a la valoración de la prueba.

2.º) La prueba ha de haberse practicado en la segunda fase del proceso o juicio oral, pues en el procedimiento preliminar no existe verdadera prueba sino simples de actos de investigación, con base en los cuales se acordará o no la apertura de la segunda fase y podrán utilizarse por la acusación y por la defensa las fuentes de prueba para introducirlas en el juicio proponiendo en él los oportunos medios de prueba(12).

d) Aunque ha existido alguna confusión doctrinal el principio *in dubio pro reo* no forma parte de la presunción de inocencia, sino que debe ser incardinado en la valoración de la prueba. Este otro brocardo atiende a aquellos casos en los que, a la vista del resultado de la prueba practicada, el tribunal no alcanza un juicio de

(12) Si la regla general tiene que ser la que sólo en la prueba practicada en el juicio oral puede el tribunal fundar su convicción y la sentencia, esa regla no puede tener carácter absoluto, pues ha de admitirse la excepción relativa a que, por imposibilidad de practicarse un medio de prueba en el juicio oral, se pierdan para el proceso los actos de investigación realizados en el procedimiento preliminar. En este sentido la mayoría de los ordenamientos jurídicos distinguen entre diligencias sumariales reproducibles en el juicio oral (que carecen de valor probatorio) y diligencias no reproducibles, si bien a su vez se tiene en cuenta: 1) Cuando la imposibilidad de la reproducción proviene de la naturaleza misma del acto de investigación, la ley impone que ese acto se realice en el procedimiento preliminar con plena vigencia del principio de contradicción, esto es, dando en él plena participación al imputado y a su derecho de defensa, y 2) Cuando la imposibilidad de la reproducción se debe a acontecimientos sobrevenidos (muerte del testigo que declaró en el procedimiento preliminar), la diligencia pudo realizarse sin contradicción, pero a pesar de ello la ley tiene que admitir que se convierta en prueba mediante la lectura en el juicio oral de su reflejo documental.

certeza de naturaleza inculpativa para el inculpado, de modo que entonces se impone la absolución o a la no concurrencia de la circunstancia agravante.

e) La presunción de inocencia sí está íntimamente relacionada con la motivación de las sentencias, que cumple dos finalidades complementarias: 1) Hacer públicas las razones de la decisión adoptada, y 2) Permitir su posible control por medio de los recursos. La motivación supone que han de ir poniéndose en relación los medios de prueba con los hechos que en la sentencia se estiman probados, de modo que cada afirmación que por el juez sentenciador se haga con relación a éstos cuente con el soporte de un medio concreto de prueba.

2. LA NO OBLIGACIÓN DE DECLARAR

El acusado ha de tener el deber de comparecer cuantas veces sea citado por el órgano judicial, y ese deber es exigible coactivamente de modo que el incumplimiento de la citación puede llevar a la detención, pero el acusado no tiene obligación de declarar ni en el procedimiento preliminar, ni en el juicio oral. Las constituciones suelen aludir a que el acusado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable, y así lo dice también el art. 14.3, g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, aunque parece obvio que si el derecho lo es a no declarar, en general, no puede existir obligación a declarar de una manera determinada.

Surge así el que pudiéramos calificar de derecho al silencio, que no es sino una manifestación de la presunción de inocencia, y que introduce una diferencia

de mucho calado respecto del proceso civil. En éste puede imponerse a las partes, a las dos, las cargas de: 1) Pronunciarse expresamente, en los actos de alegación, sobre los hechos afirmados por la parte contraria, de modo que el silencio o aun las respuestas evasivas pueden llegar a entenderse como admisión de los hechos a los que se refieran, y 2) Contestar de manera categórica a cada una de las posiciones que se le formulan en la prueba de interrogatorio de la parte, de modo que la negativa a confesar o las respuestas evasivas pueden llevar a que el juez tenga a la parte por confesa. Estas dos cargas no pueden imponerse al acusado en el proceso penal, el cual tiene derecho a no declarar⁽¹³⁾.

En las normas reguladoras del proceso penal no sólo no puede imponerse al acusado deber ni carga alguna relativa a la declaración, sino que incluso no puede permitirse que el juez extraiga consecuencias negativas para aquél del ejercicio de su derecho al silencio. En

(13) Realmente las diferencias entre los procesos civiles y los penales deberían referirse a dos instituciones jurídicas: 1.ª) La confesión en sentido estricto que no puede existir en el proceso penal, lo que comporta la imposibilidad de que se den por existentes hechos con la sola admisión por el acusado, dado que ello supondría, bien la existencia de prueba legal, bien que el acusado puede disponer de los hechos, y 2.ª) El interrogatorio del acusado, que es al que se refiere propiamente la no obligación de declarar, con lo que la declaración del acusado debe contemplarse más como un medio de defensa del mismo que como una carga procesal o un medio de prueba. Si la declaración del acusado depende exclusivamente de la voluntad del mismo y es un medio de defensa, esa declaración no guarda relación alguna con el interrogatorio de las partes en el proceso civil, pues éste sí que es principalmente un medio de prueba. Desde estas consideraciones la conclusión obvia es que el tribunal no puede llegar a extraer consecuencia perjudicial alguna para el acusado de su negativa a declarar.

el proceso civil se ha llegado a hablar de los efectos probatorios de la actitud de las partes en el proceso o de deberes de las partes de lealtad y probidad o de buena fe, pero ni los efectos ni los supuestos deberes pueden referirse al proceso penal y al acusado, al que por el contrario debe reconocérsele el derecho incluso a mentir, sin que del ejercicio de ese derecho pueda extraerse consecuencia perjudicial alguna(14).

La actuación de las partes y de sus abogados conforme a las reglas de la buena fe, probidad, veracidad y similares fue una regla que apareció primero en los códigos procesales civiles de países claramente totalitarios (la Unión Soviética y sus satélites, la Alemania nazi y la Italia fascista) y que se ha extendido después a otros códigos de países de los que no puede hacerse la afirmación de totalitarismo y ni siquiera de autoritarismo. Ahora bien, esto no impide que se trate de una regla contraria a la esencia de lo que es un proceso. El colmo se produce cuando se quiere llevar la buena fe al proceso penal e imponérselo al imputado y al acusado, lo que se hace por algunos teóricamente, aunque no pueden dejar de constatar la «escasa colaboración procesal del presunto delincuente en la persecución

(14) Debe tenerse en cuenta que una cosa es que en el proceso penal no pueda existir confesión en sentido propio (es decir, prueba legal por la que quepa determinar la existencia o inexistencia de un hecho de modo que se impone a la convicción del juzgador), ni tampoco consecuencia perjudicial alguna para el acusado de su negativa a declarar, y otra muy distinta es que si el acusado declara su declaración pueda acabar sirviendo, junto con otros medios de prueba, para determinar la convicción del juez sentenciador sobre los hechos. Incluso partiendo de que la declaración del acusado es más un medio de defensa que un medio de prueba, no puede desconocerse que de lo dicho por él pueden desprenderse elementos de convicción.

del hecho criminal». Se ha llegado a afirmar que deben distinguirse dos ámbitos de actuación del imputado: 1) En el material, esto es, en lo referido al fondo de la cuestión investigada en el proceso penal al imputado no le es exigible que actúe de buena fe y tiene incluso derecho a mentir, y 2) En el procesal, es decir, en lo que guarda relación con el modo de intervenir en el juicio, sí es exigible la buena fe, por lo que, por ejemplo, no puede actuar con ánimo dilatorio(15).

Por el contrario, el acusado ya en el juicio oral debe tener claro, y en este sentido debe ser convenientemente informado por el tribunal de:

1.^a) Su derecho a no declarar, y de que de su silencio no se pueden extraer consecuencias probatorias que le sean perjudiciales. No declarar es sólo un derecho y el ejercicio del mismo no puede tener consecuencias negativas.

Una de las cuestiones más espinosas en la actualidad es la posibilidad de usar las declaraciones voluntarias del imputado en el procedimiento preliminar cuando

(15) Dejo aquí mera constancia, otra vez, de mi sorpresa al leer que: 1) al imputado-acusado se le llame presunto delincuente, 2) se afirme que ese imputado está sujeto a un deber de buena fe en la persecución del hecho criminal, y 3) pareciera existir sorpresa de que el imputado se muestre poco colaborador en esa persecución. Me complazco, naturalmente, de que después se aclare que el principio de buena fe, que sigue implicando un deber para el imputado, no supone que éste tenga que declarar en contra de sí mismo, pero sí sorprende que de que ese mismo principio tenga que llevar a que el imputado no pueda usar de todo lo que la ley le permite, incluso aunque ello suponga ánimo dilatorio, de modo que la buena fe y el deber que ella supone han de implicar que el imputado debe colaborar con que, primero, se decida el proceso rápidamente y, después y en su caso, con que ingrese en la cárcel cuanto antes.

el mismo se niega a declarar como acusado en el juicio oral. Esta es una posibilidad no contemplada en la vigente Ley de Enjuiciamiento criminal pues el artículo 714 se refiere a los testigos, y aquí estamos hablando primero del imputado y luego del acusado, el cual desde luego no declara como testigo en nuestro sistema⁽¹⁶⁾. Naturalmente cosa diferente es que declaren los policías que detuvieron al acusado sobre lo que éste dijo en el momento de la detención.

2.º) Si declara en el juicio oral sí podrán tenerse en cuenta las contradicciones en que incurra respecto de lo declarado en el procedimiento preliminar o lo absurdo de sus explicaciones. Prestada la declaración

(16) Debo hacer aquí dos aclaraciones: 1.ª) En otros Ordenamientos el acusado puede o no declarar, según su voluntad, pero si declara en el juicio oral asume la condición de testigo, y así incluso presta juramento (caso de los Estados Unidos), mientras que en el nuestro el acusado puede o no declarar pero si lo hace actúa como tal acusado y por eso, por ejemplo, no presta juramento, por lo que se ha llegado a decir que tiene derecho a mentir, y 2.ª) El artículo 714 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal atiende al caso de que la declaración del testigo prestada en el juicio oral no sea conforme con lo declarado en la fase de procedimiento preliminar, y para este caso de divergencia prevé que las partes pidan la lectura del acta de su declaración en la primera fase, lo que se hace a los efectos de que el testigo tenga oportunidad de explicar las contradicciones. Este norma no es aplicable al acusado por mucho que así lo haya sostenido la STS de 7 de julio de 2005 en la que se dice que «no se afecta el núcleo esencial del derecho a no declarar contra sí mismo, cuando reconociéndole un valor negativo al silencio se le confronta con la declaración del acusado en la que, renunciando a su derecho, haya reconocido los hechos, lo cual se deriva del carácter independiente de cada declaración que permite, en el ámbito de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y al amparo del art. 741, valorar las declaraciones sumariales del acusado aunque éste se haya negado a declarar en el juicio». Esto no puede admitirse y lo peor es que la sentencia anterior se dictó en un juicio de la competencia del Tribunal del Jurado.

voluntariamente el tribunal no puede «olvidar» aquello que sea contrario a la lógica, si bien ello debe ser utilizado junto a verdaderos medios de prueba (por ejemplo, STC 61/2005).

3. LA PRUEBA DE OFICIO

El objeto del proceso penal ha de ser determinado por los acusadores, y ello supone en concreto que son éstos los que deben fijar los hechos de que se acusa a una persona determinada, de modo que el tribunal que ha de dictar la sentencia no puede convertirse en investigador, en el sentido de que no podrá salir a buscar hechos distintos de los que son objeto de la acusación, pues ello comportaría su conversión en acusador. En otro orden cosas, aunque en la misma línea, el tribunal no podrá acordar de oficio la práctica de medio alguno de prueba, si bien porque ello comporta dejar de ser tercero para asumir un papel que sólo corresponde a las partes.

En la segunda mitad del siglo XX hemos asistido a un fenómeno tan contradictorio respecto de los poderes materiales de los tribunales que he podido afirmar con reiteración que estamos ante un caso evidente de esquizofrenia, entendida en el sentido vulgar de disociación de ideas y conductas que lleva a una especie de hipocresía vital, de modo que el enfermo mental en general dice una cosa y hace la contraria. Los enfermos a los que me refiero en concreto dicen una cosa para el proceso civil y luego quieren hacer la contraria en el proceso penal.

A) Desde el aumento de los poderes del juez civil...

El principio de aportación de parte en el proceso civil ha supuesto tradicionalmente dos cosas: 1) Son las partes las únicas que han de aportar los hechos al proceso, careciendo el tribunal de esta facultad, y 2) Son las partes las únicas que han de determinar qué medios de prueba se practican en el proceso para probar los hechos anteriores. Estas dos reglas eran algo consolidado en el proceso civil, tanto que hasta tenía brocardo propio: *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*(17); la primera no tenía excepción alguna

(17) Lo que el brocardo decía inicialmente era que el juez no puede juzgar simplemente según su conciencia (*iudex debet iudicare secundum allegata, non secundum conscientiam*), entendiendo que se refería a los hechos conocidos por el mismo de modo particular; se trataba, pues, de que el juez no podía juzgar según su conciencia, sino que debía estar a los hechos que le habían sido alegados, obviamente por las partes. En un paso posterior el brocardo pasó a decir *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*, con lo que se añadió la palabra *probata*, y con ello lo que se quería seguir diciendo era que el juez no podía juzgar con los hechos conocidos por él de modo privado, sino conforme a los hechos alegados y, además, probados en el juicio, y también ahora quedaba claro que los hechos a tener en cuenta sólo podían ser los alegados por las partes y evidentemente los hechos probados por las partes. Insistimos: En uno (alegación) y otro caso (prueba) se trataba de excluir lo que el juez pudiera haber conocido fuera del proceso.

En el brocardo no se utilizaba expresamente la palabra «partes» (*partium*) por un claro fenómeno de elipsis, al tratarse de una palabra innecesaria, siendo indiscutible que la alegación de los hechos la podían hacer sólo las partes y que tampoco se discutía que la prueba de los hechos correspondía a las partes. Si se dijera ahora que el brocardo no incluía la prueba de los hechos por las partes se tendría que sostener también que el brocardo tampoco incluía la alegación de los hechos por las partes. Cuando después, ya en el final del siglo XIX, se incluyó la palabra *partium* no se estaba alterando el contenido del brocardo, puesto que: 1) Ya no hacía falta aludir a la exclusión de la conciencia del juez, y 2) Se estimó conveniente terminar con la elipsis e incluir la palabra partes.

y la segunda sí tenía la excepción de las diligencias para mejor proveer.

Durante el siglo XX se han puesto en marcha diversas concepciones políticas, todas ellas totalitarias, que han pretendido un gran aumento de los poderes del juez civil, y ello al servicio de diversas finalidades:

a) En el derecho socialista: El punto de partida de su concepción radicaba en que por medio del proceso no se trataba tanto de tutelar los derechos de los ciudadanos, cuanto de lograr la efectividad del Derecho objetivo; lo importante era hacer efectivo el Derecho tal y como había sido definido por el Estado, siendo todo lo demás accesorio, pues el Derecho era sólo uno de los instrumentos para la construcción del socialismo. Al servicio de la efectividad de ese Derecho estaba la verdad objetiva, fin del proceso, y para lograr la misma el tribunal debía tener todos los poderes materiales, incluido el de acordar todas las pruebas de oficio(18).

Una de las constantes en la doctrina comunista sobre el proceso fue la idea de que el mismo no puede ser una suerte de contienda entre partes, no era ya una lucha entre ellas, sino que la búsqueda de la verdad material se resolvía en un principio que podía denominarse de colaboración entre todos los que intervienen en el proceso, y así se hablaba de una «confiada colaboración entre el juez y las partes».

(18) Por ello no puede extrañarse de que en algunos países socialistas el principio de la verdad objetiva en el proceso llegara a aparecer en la Constitución, por ejemplo en la Constitución Checoslovaca de 1960 se decía en el artículo 107: «Los tribunales realizarán en proceso de modo tal que se conozca el estado real de las cosas sobre las cuales deliberan».

b) En las concepciones fascistas: El origen de estas concepciones está en la Ordenanza Procesal civil austriaca de 1895, obra de Franz KLEIN(19), en la que se parte de que: 1) El proceso es un mal social y, por tanto, el interés del Estado es terminarlo cuando antes y al menor coste posible, 2) El proceso civil es una «institución de beneficencia» o un instituto dirigido a promover el bienestar colectivo, y de ahí consiguientemente la función asistencial del juez, y 3) El proceso debía entenderse como una especie de procedimiento administrativo en el que se tutelan, desde luego los intereses individuales, pero también y especialmente los sociales.

El juez no se limita a juzgar, es el gestor (administrador) del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales, que han de estar al servicio de garantizar, no sólo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad. Esta es la base de las concepciones propias de la Alemania nazi, la que se plasma en la Ley de 1933, de modificación del procedimiento civil, que imponía al juez una «rigurosa dirección del proceso», «el efectivo descubrimiento de la verdad» y una disciplina del procedimiento «diná-

(19) KLEIN fue nombrado en 1891 jefe de sección del Ministerio de Justicia y que pone en marcha las «leyes de la justicia». Entre las varias leyes que impulsó, después ya como ministro, la que nos importa es la Ordenanza Procesal Civil, que fue aprobada en 1895 y entró en vigor el 1 de enero 1898. En la década final del siglo XIX gobernaba el imperio austro húngaro Francisco José I de Habsburgo (como Emperador de Austria y Rey de Hungría). No hay parecido alguno entre ese sistema político y la democracia liberal, por lo que no hay confusión posible entre uno y otro; el partidario actual de la concepción procesal civil de KLEIN es un autoritario y no, desde luego, un mero publicista.

mica», «comprensible» y «auténticamente popular». Y de la concepción del proceso civil propia del fascismo italiano que se expresa en la *Relazione* (Exposición de Motivos) del Código procesal civil de 1940, en la que se dice que uno de los puntos fundamentales del Código es el aumento de los poderes del juez («8.-El juez y la ley»), que se calificó de «directiva fundamental de la reforma», pero ello debe entenderse dentro del «renovado concepto de la dignidad y de la autoridad del Estado fascista y de sus órganos» («12.-Refuerzo de los poderes del juez para la dirección del proceso»).

En síntesis, parece evidente que las concepciones fascistas parten ideológicamente de algún matiz de diferencia con la concepción socialista, pero en los dos casos se trataba de la búsqueda de la verdad llamada material, no para la tutela de los derechos de los ciudadanos, es decir, del interés individual, sino para llevar a debido efecto lo que el Estado ha decidido que es e interés general al plasmarlo en el Derecho objetivo éste debe imponerse siempre y por ello en los dos casos el juez no es ni tercero ni imparcial entre dos partes parciales.

De este maremagnum de ideas ha resultado que muchos en la actualidad sin saberlo y otros siendo plenamente conscientes apoyan la idea del aumento de los poderes del juez civil y expresión de ello es que tiene que poder acordar prueba de oficio. En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 no se ha seguido por ese camino, como se desprende de los artículos 216, 282 y 435, aunque el artículo 429.1, II, sea pequeña contribución pagada al autoritarismo.

B) ...hasta la disminución de los poderes del juez penal

En materia penal ha sucedido exactamente lo contrario. Las leyes procesales penales de finales del siglo XIX y de principios del siglo XX reconocieron al tribunal sentenciador la posibilidad de acordar pruebas de oficio y en este sentido puede ponerse el ejemplo de los artículos 728 y 729 de la española Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Conforme al primero no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, pero luego añade el segundo que se exceptúan, aparte de los careos, «2.º Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación».

Estas dos normas han convivido durante más de un siglo en la Ley, con sus lógicas vacilaciones, pero hasta la STS de 22 de enero de 1992 se había procedido a aplicar el artículo 729 de modo literal. Las cosas en la doctrina habían empezado a alterarse un poco antes, pero en la jurisprudencia la situación cambió en 1993, cuando el Tribunal Supremo, en una STS de 1 de diciembre de 1993, llegó a la conclusión de que practicar un medio de prueba de oficio, consistente en la declaración de un testigo (que ya había depuesto en el sumario, pero que no fue propuesto por las partes para el juicio oral; es decir, de un testigo cuyo nombre y circunstancias ya constaba en las actuaciones, lo que no suponía entrada en juego de la «ciencia privada» del tribunal) implica para el tribunal de instancia pérdida de su imparcialidad objetiva, «porque la simple

formulación de la prueba exterioriza un prejuicio o toma de posición favorable y coadyuvante al éxito de la acción penal en un supuesto, como el presente, de prueba inculpatoria» (20).

Por camino distinto el mismo día se dicta otra STS de 1 de diciembre de 1993, en la que se llegó a distinguir en la aplicación del artículo 729, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dos hipótesis, una referida a la prueba sobre los hechos y otra a la prueba sobre la prueba, admitiendo la legalidad de la segunda pero no de la primera (21).

(20) En la dicha STS (Sala de lo Penal), de 1 de diciembre de 1993 se procedió a declarar que:

«1.º) Ya hubo sobre esta facultad del artículo 729, 2.º, encontradas opiniones de los comentaristas clásicos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que deben inclinarse actualmente a favor de su inanidad por exigencia del acusatorio y del mayor rigor garantista que inspira al vigente texto constitucional.

2.º) Se advierte en dicha facultad, sin gran esfuerzo argumentativo: 1) Contradicción con el principio acusatorio que gobierna el proceso penal porque su ejercicio convierte al Tribunal en acusador o defensor según que la prueba acordada sea de cargo o de descargo; suple la omisión de las partes, subsanando, en este caso, la deficiencia del Ministerio Público en la proposición de prueba, cuando el testigo había depuesto en el sumario y contaba con información sobre la importancia de su testimonio en el juicio oral; 2) Produce agravio para el acusado desde el momento en que su defensa se ve privada de la posibilidad de aportar nuevos elementos probatorios que desvirtúen sus efectos; y 3), Pierde, finalmente, el Tribunal su imparcialidad objetiva porque la simple formulación de la prueba exterioriza un prejuicio o toma de posición favorable al éxito de la acción penal en un supuesto, como el presente, de prueba inculpatoria.

3.º) Una lectura constitucional del precepto conduciría a considerar dicha prueba como obtenida con violación de derechos fundamentales con la sanción de privación de efectos que impone el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

(21) La distinción es ésta: 1.º) Si el medio de prueba practicado de oficio por el tribunal de instancia tiene por objeto la comproba-

Aunque puede indicarse sentencias no tan claras, no cabe hablar propiamente de jurisprudencia contradictoria desde entonces. La jurisprudencia que puede considerarse ya consolidada sobre la interpretación del artículo 729, 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se resume en la consideración de que se debe distinguir entre: 1) La prueba se produce para justificar la pretensión (prueba de cargo) o para desvirtuarla (prueba de descargo), y corresponde al Ministerio fiscal y a las partes, 2) La iniciativa que al Tribunal atribuye el artículo 729 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal puede ser considerada como «prueba sobre la prueba», que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables sino de verificar su existencia en el proceso.

C) *La prueba como función de las partes*

Como ha podido comprobarse lo que los mismos pedían para el proceso civil lo estaban negado para el proceso penal, y todo puede decirse que en atención a principios diferentes referidos a una misma realidad como es el proceso. Puede entenderse que unos juristas lleguen a la conclusión de que no es admisible que

ción de los hechos, esto es, se dirige a probar su existencia o inexistencia, se produce la quiebra de la imparcialidad objetiva del tribunal y, consiguientemente, debe estimarse el recurso de casación basado en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 24.2 de la Constitución con la alegación de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

2.º) Si el medio de prueba acordado de oficio se dirige a comprobar (contraste, verificación) si la prueba sobre los hechos es o no fiable desde el ángulo del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, si se trata de «prueba sobre la prueba», por ser su finalidad descomprometida y no afectante a la imparcialidad objetiva del tribunal de instancia el recurso de casación debe desestimarse.

el tribunal tenga poderes para acordar prueba de oficio (lo que normalmente hará con referencia a la imparcialidad judicial), mientras que otros lleguen a la conclusión contraria (generalmente con referencia a la verdad material), pero lo que no puede admitirse es que se llegue a soluciones contrarias según se trate de una u otra de las clases de procesos.

Reconocido que es absurda la mera posibilidad de admitir que las cosas pueden ser diferentes en los varios procesos, el paso siguiente radica en hacer constar que reconocer poderes a un tribunal para acordar prueba de oficio no guarda relación realmente con la imparcialidad de los integrantes del mismo, sino que puede afectar, más en profundidad, a la naturaleza de su papel en el drama que es el proceso. En el reparto de papeles para la representación del drama a las partes les corresponde afirmar los hechos y probarlos y el tribunal debe ser un tercero. Como dice la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal «los Magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales, a semejanza de los Jueces de los antiguos torneos, limitándose a dirigir con ánimo sereno los debates». Se trata, pues, de que el tribunal al acordar pruebas de oficio lo que hace es dejar de ser tercero para asumir alguno de los elementos propios del papel de parte.

Si lo anterior es en general debe recordarse ahora, ya en especial, que el juicio oral del proceso penal no persigue lograr el descubrimiento de la verdad (22) —lo

(22) Cuando se defiende que la verdad material es el objetivo del proceso, de cualquier proceso, tienen luego que dejarse sin explicación situaciones que son muy contradictorias con ese pretendido objetivo. En el proceso civil, por ejemplo, que el objeto del proceso lo determinan las partes con sus afirmaciones de hecho, que los he-

que sí puede referirse a la fase de procedimiento preliminar-, sino más modestamente a determinar si las partes acusadoras, que son las que hacen las afirmaciones de hechos que consideran constitutivos de delito, logran desvirtuar la presunción de inocencia. La fase de juicio oral no persigue la verdad material, porque si así fuera tendería a descubrir al autor de un delito, aunque éste no fuera el acusado, sino que se limita a establecer si existen elementos suficientes de prueba desde los que el tribunal pueda concluir que se ha desvirtuado la presunción de inocencia del acusado, con la condena consiguiente, o que no se ha logrado, con la sentencia absolutoria.

Si puede afirmarse que ésa es la verdadera finalidad del juicio oral, el paso siguiente radica en preguntarse quién debe asumir el papel de probar los hechos afirmados por los acusadores. La respuesta es obvia: los acusadores mismos, pues el acusado no tiene necesidad de probar nada. El tribunal que acuerda una prueba de oficio está, por consiguiente, «ayudando» a los acusadores en el desempeño de su papel. De este modo podría resultar que si se permitiera al tribunal acordar prueba de oficio cabría que la desvirtuación de la presunción de inocencia (tanto respecto del hecho principal como de los hechos atinentes a las agravantes) fuera obra del propio tribunal, supuesto en el que los acusadores, una vez efectuadas las afirmaciones de he-

chos no afirmados por alguna de las partes no existen para el juez, que los hechos admitidos por las dos partes existen para el juez. En el proceso penal tienen que llegar a afirmar que esa verdad, debido al llamado principio acusatorio, se circunscribe a la realidad fáctica acotada en los escritos de calificación, por lo que ya no es la «verdad verdadera» sino una simple «verdad formal».

cho, sobraban pues el tribunal habría asumido el papel de éstos. El tribunal habría sido parte acusadora.

El acusado en el juicio oral no tiene por qué proponer y practicar medios de prueba referidos a los hechos afirmados por los acusadores y que constituyen el objeto del proceso, pero sí puede afirmar sus propios hechos y luego proponer sus propios medios de prueba. Esos hechos y esas pruebas podrán referirse: 1) Bien a la existencia de hechos que desvirtúan los hechos afirmados por los acusadores, por ejemplo la existencia de una coartada, 2) Bien, lo que es más frecuente, a la existencia de hechos relativos a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad (eximentes y atenuantes). Unos y otros hechos deben ser probados por el acusado, y si el tribunal acordara de oficio un medio de prueba que sirviera para acreditar uno de esos hechos, el tribunal habría asumido el papel que corresponde al acusado.

Si desde las consideraciones anteriores descendemos a la práctica española descubriremos algo que nos debería hacer pensar. Dejando a un lado los supuestos en los que el tribunal ha acordado un medio de prueba para establecer el valor probatorio de otro medio de prueba (la llamada prueba sobre la prueba), todas las sentencias del Tribunal Supremo en las que se examinan casos de pruebas acordadas de oficio por el tribunal de instancia se han referido a «ayudar» a la acusación. Dado que los supuestos del Tribunal Supremo son excesivos para relatarlos aquí, pueden verse, como meros ejemplos, las SSTC 188/2000, 130/2002 y 229/2003(23).

(23) En esta sentencia que es la del recurso de amparo formulado por Javier Gómez de Liaño, un magistrado, contra la sentencia

4. LA VALORACIÓN LIBRE DE LA PRUEBA

Uno de los temas relativos a la prueba que más han sido cuestionados y sobre los que más inexactitudes se han dicho es el de la valoración, pues sobre el mismo se ha construido toda una mitología.

A) *Sobre los sistemas de valoración*

Cuando se habla de sistemas teóricos de valoración de la prueba deben hacerse dos consideraciones previas:

a) Negativamente hay que diferenciar entre principio de legalidad y prueba legal. Si la actividad procesal responde en general al principio de legalidad, como dispone el artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, una parte de esa actividad, la probatoria, también está sujeta al mismo principio. En este sentido el principio de legalidad determina cuáles son los medios

del Tribunal Supremo que lo condenó por delito de prevaricación, se denunció «el interés mostrado durante el juicio por el Presidente de la Sala, que el recurrente deduce de su iniciativa y actitud al interrogar a determinados testigos y al procesado, tratando de suplir las deficiencias de las acusaciones y de cooperar o favorecer la pretensión condenatoria de dichas partes, lo que revela su pérdida de imparcialidad».

En la sentencia se dice que las «preguntas que versaron sobre los hechos objeto de acusación (pues todas ellas se refieren a la actuación del propio Juez y del Fiscal en la instrucción de la causa en la que se dictaron los Autos presuntamente prevaricadores) y que pueden entenderse razonablemente llevadas a cabo al efecto de alcanzar el grado preciso de convicción para la adopción de una decisión, sin ser manifestación de una actividad inquisitiva encubierta, sustituyendo a la acusación, ni una toma de partido a favor de las tesis de ésta». Por mucho que se diga que las preguntas se llevaron a cabo para alcanzar un grado más preciso de convicción, no podrá negarse que la convicción lo era para condenar, no para absolver, pues para absolver basta con la presunción de inocencia y su no enervación.

de prueba, de modo que las partes no pueden pedir, ni el juez acordar, actividad probatoria que no esté prevista en la ley, y cómo tienen que proponerse y practicarse esos medios, con la consecuencia de que la actividad que no se acomode a lo dispuesto en la ley no puede calificarse de verdaderamente probatoria, ni puede servir para declarar probadas afirmaciones de hechos de las partes.

b) Positivamente hay que precisar que la valoración de la prueba se refiere a la eficacia probatoria de las fuentes-medios, al valor probatorio que debe darse a cada uno de los medios, y que es a esa valoración a la que se refieren los dos sistemas teóricos. Éstos parten de haber entendido que:

1.º) La valoración de la prueba es una operación mental que se resuelve en un silogismo en el que: 1) La premisa menor es la fuente-medio de prueba (el testigo y su declaración, el documento y su presentación), 2) La premisa mayor es una máxima de la experiencia, y 3) La conclusión es la afirmación de la existencia o de la inexistencia del hecho que se pretendía probar.

2.º) Las máximas de la experiencia, según la clásica definición de F. STEIN, «son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligadas de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han deducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos».

3.º) En el sistema de la prueba legal la máxima de la experiencia, que es la premisa mayor del silogismo, viene establecida por el legislador, el cual ordena al juez que proceda a aplicar esa máxima en el caso concreto, de modo que las reglas legales de valoración de la prueba no son más que máximas de la experiencia que el legislador objetiva, sin dejar que sea el juez el que determine la máxima de la experiencia que ha de aplicarse en el caso. Es decir, las reglas legales de valoración de la prueba son máximas de la experiencia legales.

4.º) En el sistema de prueba libre las máximas de la experiencia se aplican por el juez, se extraen por éste de su experiencia de la vida, y se deben aplicar a cada uno de los medios de prueba. No se trata de que el juez decida en conciencia sino de aplique las que en España se han llamado reglas de la sana crítica y estas reglas son simplemente máximas de la experiencia.

Precisado el alcance de los llamados sistemas de valoración de la prueba, hay que acercarse a los mismos sin el maniqueísmo habitual que parte de imputar a uno, el de la prueba legal, todas las aberraciones imaginables, y al otro, el de la prueba libre, todas las perfecciones de este mundo. Como es sabido en el examen de la valoración de la prueba en la Ley de Enjuiciamiento Criminal se debe partir de dos tipos de afirmaciones: 1) La del artículo 741 que literalmente dice que el tribunal apreciará en conciencia las pruebas practicadas en el juicio, y 2) La del artículo 717 que dice que las declaraciones testificales se apreciarán «según las reglas del criterio humano» (que es otra manera de decir según las reglas de la sana crítica). Pero después

de estas dos afirmaciones lo que se suele acabar por decir es que en el proceso penal las pruebas se valoran libremente. Esta es una conclusión que debe tomarse *cum grano salis*(24).

B) *Libre convencimiento o según conciencia*

En contra de lo que tradicionalmente se ha venido manteniendo el llamado sistema de la prueba libre no se introdujo inicialmente para dar al proceso un elemento de racionalidad, sino para dejar en libertad absoluta al tribunal, de modo que por prueba libre se entendió íntima convicción o según conciencia, con lo que ésta condujo a la arbitrariedad, a la falta de motivación y a la irresponsabilidad.

La primera norma que estableció de modo claro el sistema de la prueba libre o en conciencia fue el Decreto de 29 de octubre de 1793 dictado por la Convención francesa. Llegar a él tiene su historia, que no puedo desarrollar aquí en sus detalles, pero de la que sí debo señalar los hitos básicos.

Después de que en el mes de septiembre de 1792 la masa parisina asesinara a casi dos mil prisioneros de las cárceles, el ministro de Justicia, Danton(25), quiso

(24) Literalmente significa «con un grano de sal» pero su verdadero sentido en la actualidad viene de Plinio el Viejo, es decir de Cayo Plinio Cecilio Segundo (23-79), un romano de grandes saberes que en su *Naturalis Historia* describe el antídoto de cierto veneno y entre los ingredientes incluye un grano de sal, de modo que a partir de entonces la expresión pasó a significar tanto como que las cosas no debían tomarse con tanta seriedad, que no hay que estar tan seguro de las cosas.

(25) Georges Jacques DANTON (1759-1794) primero casi religioso y luego abogado, se casó en 1787 con una rica heredera y pudo comprar el cargo de abogado en el Consejo Real; se inició en la política y fundó en 1790, junto con MARAT, la llamada Sociedad de

establecer un tribunal para dar forma jurídica al inicio del Terror; con su propuesta se creó por Ley de 10 de marzo de 1793 el *Tribunal Révolutionnaire*, del que se nombró fiscal a FOUQUIER TINVILLE (al que luego se llamó «Proveedor de la Guillotina»)(26). Después de las primeras condenas de nobles y curas, que ni siquiera se defendieron, cuando se empezó a juzgar a revolucionarios se puso de manifiesto que con el sistema antiguo de la prueba legal no se podía condenar fácilmente. FOUQUIER TINVILLE puso en conocimiento de la Convención esta circunstancia y ROBESPIERRE(27) hizo aprobar el Decreto de 29 de octubre de 1793 en el que se dispuso que, si el juicio ya duraba tres días, en el inicio de la siguiente sesión el presidente «preguntando a los jurados si en su conciencia está suficiente-

los Derechos del Hombre y del Ciudadano (el Club de los *Cordeliers*) de la que fue presidente. En agosto de 1792 es nombrado ministro de Justicia y lo fue hasta septiembre de 1793. Votó la pena de muerte de Luis XVI, pero en 1794 es acusado de malversación de fondos, y fue arrestado en marzo; el 5 de abril es ejecutado en la guillotina.

(26) Antoine Quentin FOUQUIER TINVILLE (1746-1795) después comprar y vender el cargo de procurador ingresó en la policía y fue comisario. Su parentesco con Camille DESMOLUINS le llevó a ocupar algunos cargos de fiscal en diversos tribunales, pero su ascenso a la gloria del Terror se produce cuando es nombrado fiscal del Tribunal Revolucionario en el que lo hizo todo, fue acusando sucesivamente María Antonieta, a los girondinos, a los dantonistas, a los jacobinos (ROBESPIERRE, SAINT-JUST, a estos sin juicio), a todos los llevó a la guillotina. En mayo de 1795 fue acusado ante su Tribunal y ejecutado el 7 de mayo. En la sentencia se dijo condenarle por hacer «desaparecer, por medio de unos juicios falsos, una cantidad innumerable de franceses de todas las edades y sexo; e inventando, a este efecto, proyectos de conspiraciones en diversas casas de París, incluyéndolas en las listas de proscripción, y de haber actuado con malas intenciones».

(27) Maximilien de ROBESPIERRE (1758-1794), *El Incorruptible* puso en marcha el Terror y éste, como suele suceder, acabó devorándole y además sin juicio. Fue guillotinado el 28 de julio de 1794.

mente claro el asunto. Si los jurados contestan que sí, se procederá a dictar sentencia».

Ésta es la primera vez que aparece la palabra «conciencia» en una disposición legal de carácter procesal. Después se le podrá leer en la Ley de 10 de junio de 1794, en la que van unidas las ideas de verdad material y de conciencia, de modo que la regla básica del juicio debía ser la conciencia de los jurados, conciencia aclarada por su amor a la patria, y el procedimiento debía ser el más sencillo posible que permita llegar al conocimiento de la verdad(28).

Pasado el Terror, cuando Napoleón promulgó su *Code d'instruction criminelle* de 1808, se quiso partir en él de la soberanía del Jurado, de que éste no podía estar vinculado por regla alguna para determinar los hechos que estimaba probados. La íntima convicción se resolvía así en dos postulados: 1) La valoración de la prueba no consiste en un ejercicio de la razón, sino en una declaración de voluntad, y 2) Esa declaración no debe ser motivada(29). Aparece así la valoración conforme a la «conciencia», que pasó luego a la mayor

(28) El Tribunal Revolucionario con la supresión de las reglas legales de prueba y el establecimiento de la valoración en conciencia, llevó a la muerte, en la primera fase de su funcionamiento a 1.216 personas y en la segunda a 1.409. Debería tenerse mucho cuidado al seguir afirmando que el sistema de la prueba libre se introdujo para dar al proceso un elemento de racionalidad.

(29) Es muy expresiva la «instrucción» que, según el artículo 342 del *Code*, debía fijarse en el lugar más destacado de la Sala, en la que se decía, entre otras cosas, que «la ley no pide cuentas a los jurados de los medios por los cuales llegan a convencerse... la ley sólo les ordena interrogarse a sí mismos en el silencio y en el recogimiento, y buscar, en la sinceridad de su conciencia, qué impresión han producido sobre su razón las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de su defensa».

parte de los códigos procesales penales de los países vecinos. En España el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 dirá que el tribunal apreciará según conciencia las pruebas practicadas en el juicio.

Cuando hoy se defiende la valoración de la prueba conforme a la sana crítica o a las reglas del criterio humano lo que se está propiciando es la valoración de la prueba realizada por el juez, no por reglas legales apriorísticas, sino expresándose siempre en la sentencia la relación existente entre cada uno de los hechos que se estiman probados y el medio de prueba del que se ha desprendido la convicción judicial.

La valoración de la prueba radica siempre, como hemos indicado, en una operación mental consistente en un silogismo en el que: 1) La premisa menor es una fuente-medio de prueba (el testigo y su declaración, por ejemplo), 2) La premisa mayor es una máxima de la experiencia, y 3) La conclusión es la afirmación de la existencia o inexistencia del hecho que se pretendía probar. Partiendo de esta constatación, en el sistema legal de valoración lo que se dice es que las máximas de la experiencia que constituyen la premisa mayor son impuestas por el legislador, mientras que en el sistema de libre valoración esas máximas se determinan por el juez en atención a su conocimiento de la vida.

Debe tenerse en cuenta otra circunstancia. En algunos casos las máximas legales se refieren a la existencia de un principio de seguridad jurídica que quiere imponerse al juez, y así ocurre, por ejemplo, con los documentos públicos o con los documentos privados reconocidos. Cuando unas personas hacen un documento

público y aún cuando ese documento es privado, lo que están pretendiendo, entre otras cosas, es que si en el futuro surge entre ellas un proceso en el que se cuestione un hecho, ese hecho pueda venir establecido por la existencia de una máxima de la experiencia fijada en una norma que se imponga al juez, y por este camino parece claro que las reglas legales de valoración sólo podrán existir en el proceso civil, en el que las partes tienen la disposición de sus derechos subjetivos, mientras que no podrán existir en el proceso penal en el que no existen derechos subjetivos de los que disponer.

Valoración libre no es, pues, igual a valoración discrecional, ni esta valoración se resume en la íntima convicción o en la conciencia del juez. Valoración libre es aquella en la que el juez fija las máximas de la experiencia conforme a las que concede o no credibilidad a un medio de prueba, y esa fijación ha de expresarse de modo motivado en la sentencia. Este tipo de valoración adquiere pleno sentido cuando se trata de pruebas personales que van vinculadas a la inmediación, es decir, a lo visto y oído personalmente por el juez, perdiendo por ello su sentido cuando la valoración debe referirse a la plasmación documental del acto oral. La prueba personal no vista ni oída pierde todo su sentido a la hora de la valoración y por ello es por lo que ha sostenido tradicionalmente que un juicio oral, en el que predominan la inmediación de las pruebas personales, no puede tener un recurso en el que un tribunal superior, pero diferente del que ha visto y oído las pruebas, ose revocar la valoración de las pruebas hecha por el inferior pero con inmediación. Y todo ello aparte de lo que supone de negación de la publicidad (véase Sección Décima, I, 3; y V).