

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD  
CATÓLICA**  
DEL PERÚ

**EL SISTEMA INTEGRAL DEL DERECHO PENAL**

*Las relaciones entre la dogmática y el proceso penal en el marco de un sistema penal funcional integrado:  
Dos problemas derivados de los acuerdos de culminación del proceso penal*

**Tesis para optar el Título de Abogado que presenta el Bachiller:  
DANIEL OSARIM HUAMÁN CASTELLARES**

**ASESOR: JOSÉ ANTONIO CARO JOHN**

LIMA, 2013

0

## **EL SISTEMA INTEGRAL DEL DERECHO PENAL**

*Las relaciones entre la dogmática y el proceso penal en el marco de un sistema penal funcional integrado:*

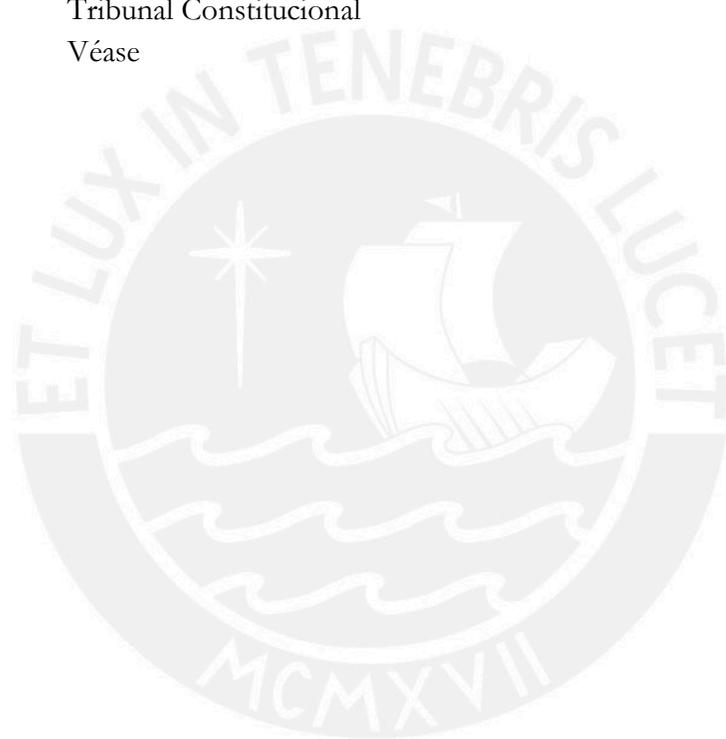
*Dos problemas derivados de los acuerdos de culminación del proceso penal*

*A mis padres: Efraín y Eudisia, quienes con su apoyo me dieron la posibilidad de culminar esta etapa universitaria y con su ejemplo me dejaron claro el camino a seguir luego de ella.*



## ABREVIATURAS

<i>Cfr.</i>	Confróntese
<b>CIDH</b>	Corte Interamericana de Derechos Humanos
<b>CP</b>	Código penal
<b>Exp.</b>	Expediente
<b>R.N.</b>	Recurso de nulidad
<b>SPE</b>	Sala Penal Especial
<b>StPO</b>	Strafprozessordnung (Código procesal penal alemán)
<b>STC.</b>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<i>Vid.</i>	Véase



## ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	3
NOTA PREVIA.....	8
PRELIMINARES.....	10
PARTE I: UNDAMENTOS DOGMÁTICOS DEL SISTEMA PENAL FUNCIONALISTA.....	15
CAPÍTULO I: ESTUDIO INTRODUCTORIO A LA TEORÍA DEL SISTEMA JURÍDICO DE NIKLAS LUHMANN.....	16
I.    LA IMPORTANCIA DE LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS DE LUHMANN PARA EL FUNCIONALISMO JURÍDICO PENAL.....	16
II.   ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN	20
A.  La autopoiesis.....	20
B.  La diferenciación entre entorno y sistema.....	21
C.  La comunicación.....	23
D.  El acoplamiento estructural y la clausura operativa.....	24
E.  El concepto de función y el equivalente funcional.....	25
F.  La sociedad es una sociedad funcionalmente diferenciada.....	26
III.  EL SISTEMA JURÍDICO.....	26
A.  Preliminares: el concepto de derecho de LUHMANN.....	26
B.  El sistema jurídico como un sistema diferenciado.....	27
C.  La función del Derecho: la estabilización de las expectativas normativas.....	28
D.  El proceso de normativización de las expectativas.....	30
E.  Las relaciones entre el Derecho y otros sistemas sociales.....	31
CAPÍTULO II: SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO PENAL.....	33
I.    EL SISTEMA CONSTITUCIONAL COMO GÉNESIS DEL SISTEMA PENAL.....	33
II.   BREVE REFERENCIA A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	35
A.  Los conflictos entre derechos fundamentales y propuestas de solución.....	35
1. <i>La posición preferente</i> .....	35
2. <i>La teoría relativista y la ponderación</i> .....	37
3. <i>La teoría del contenido esencial</i> .....	38
4. <i>La teoría institucional o no conflictivista</i> .....	39
III.  EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	39
A.  Antecedentes.....	39
B.  El principio de idoneidad.....	41

C.	El principio de necesidad .....	42
D.	El principio de proporcionalidad en sentido estricto (juicio ponderativo) .....	43
PARTE II: LAS RELACIONES ENTRE LA DOGMÁTICA SUSTANTIVA Y EL PROCESO PENAL EN UN SISTEMA PENAL FUNCIONALISTA .....		46
CAPÍTULO III: EL SISTEMA PENAL FUNCIONAL .....		47
I.	PRELIMINARES .....	47
II.	EL NORMATIVISMO EN EL SISTEMA PENAL .....	48
III.	LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE PROTECCIÓN .....	50
IV.	LA FUNCIÓN DE LA PENA .....	52
A.	Teorías retributivas .....	52
1.	La teoría retributiva de KANT .....	52
2.	La teoría retributiva de HEGEL .....	53
B.	Teorías preventivas .....	54
1.	Prevención general positiva .....	54
2.	Prevención general negativa .....	56
3.	Prevención especial positiva .....	57
4.	Prevención especial negativa .....	58
C.	Teorías Mixtas .....	58
D.	Toma de postura .....	58
CAPÍTULO IV: ¿RELACIONES PROHIBIDAS? LA INTEGRACIÓN DE LA DOGMÁTICA SUSTANTIVA Y EL PROCESO PENAL EN EL SISTEMA PENAL FUNCIONAL .....		61
I.	PRELIMINARES .....	61
II.	ESTADO DE LA CUESTIÓN .....	64
A.	La teoría de RAMÓN RÁGUES I VALLÉS .....	64
1.	Planteamientos .....	64
2.	Crítica .....	67
a)	Esbozo general .....	67
b)	El análisis de la institución debe realizarse en función al propio subsistema y a los subsistemas .....	68
c)	El establecimiento de reglas de prueba para estabilizar los presupuestos fácticos, al interior del proceso, de las instituciones dogmáticas sustantivas .....	69
d)	El valor preventivo de las instituciones procesales .....	72
B.	La teoría de Teresa ARMENTA DEU .....	74
1.	Planteamiento .....	74
2.	Crítica .....	76
C.	La teoría de GEORGE FREUND .....	77
1.	Planteamiento .....	77

2. <i>Crítica</i> .....	81
<b>D. La teoría de Wolfgang FRISCH</b> .....	86
1. <i>Planteamiento</i> .....	86
2. <i>Crítica</i> .....	87
<b>III. LA TEORÍA DEL SISTEMA PENAL COMO BASE PARA LAS RELACIONES DE INTEGRACIÓN</b>	88
<b>IV. LAS RELACIONES VERTICALES</b> .....	91
<b>A. Preliminares</b> .....	91
<b>B. Primera regla: La institución ha de tener coherencia con el ordenamiento jurídico constitucional</b> .....	92
1. <i>La creación de la norma penal</i> .....	94
2. <i>La aplicación de una institución jurídica-penal cuestionable</i> .....	95
<b>C. Segunda regla: Los fines del sistema, en la medida de lo posible, han de irradiar a las instituciones integrantes</b> .....	98
<b>V. LAS RELACIONES HORIZONTALES</b> .....	99
<b>A. Preliminares</b> .....	99
<b>B. Tercera regla: El proceso, y la gran mayoría de sus instituciones, están diseñadas para concretizar la abstracción de la norma sustantiva</b> .....	100
1. <i>Definición general de las relaciones de acoplamiento entre la dogmática sustantiva y el proceso penal</i> ....	100
2. <i>El lado dogmático sustantivo de las instituciones procesales</i> .....	102
3. <i>La imposibilidad de trasladar instituciones dogmático sustantivas que no puedan ser comprobables en la realidad</i> .....	102
<b>C. Cuarta regla: El ámbito autónomo de los subsistemas penales</b> .....	103
1. <i>La irreproducibilidad como primer ámbito de autonomía</i> .....	103
<b>PARTE TERCERA: CONCRECIONES TEÓRICO – PRÁCTICAS DEL SISTEMA PENAL INTEGRAL ESBOZADO</b> .....	105
<b>CAPÍTULO V: LA NECESIDAD DE INTEGRAR LA DOGMÁTICA Y EL PROCESO PENAL A EFECTOS DE PROCURAR UNA SOLUCIÓN SISTEMÁTICAMENTE COHERENTE</b> .....	106
<b>I. ¿LA IMPOSIBILIDAD DE REALIZAR UN ACUERDO PROCESAL SOBRE DELITOS DE LESA HUMANIDAD?</b> .....	106
<b>A. Preliminares</b> .....	106
<b>B. Recepción de los delitos de lesa humanidad y sus efectos en el ordenamiento jurídico nacional</b> .....	108
<b>C. El acuerdo negociado de culminación del proceso penal</b> .....	114
<b>D. Los acuerdos negociados en el caso de delitos de lesa humanidad</b> .....	121
<b>E. Conclusión provisional</b> .....	123
<b>II. LA IMPOSIBILIDAD DE REALIZAR ACUERDOS EN CASO DE DELITOS PLURALES DE CONVERGENCIA: EL CASO “CONSPIRACIÓN”</b> .....	124

A. Hechos.....124

B. Planteamiento del problema.....125

D. Conclusión provisional .....128

CONCLUSIONES.....130

BIBLIOGRAFÍA .....134



## NOTA PREVIA

Quisiéramos agradecer a todas aquellas personas que hicieron posible la realización del presente trabajo de investigación. En primer lugar, a nuestros maestros el Prof. Dr. H.C. *mult* Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, y el Prof. Dr. H.C. *mult*. José HURTADO POZO, quienes con su apoyo académico (acercándonos a aspectos jurídicos otrora desconocidos por nosotros) y material (desde la búsqueda desde nuestro alojamiento hasta la preocupación por detalles propios de la adecuación a un nuevo ritmo de vida), posibilitaron que nuestras estancias de investigación en el Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia y el Seminario de Derecho penal de la Universidad de Friburgo – Suiza, respectivamente sean satisfactorias. Quedamos en deuda infinita por compartir su alto nivel académico y la calidez de su hogar en memorables momentos, los cuales siempre atesoraremos.

De igual manera, nuestra infinita consideración para los miembros del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho y del Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahita” de la Universidad Externado de Colombia, Jorge PERDOMO, Angela DE LA TORRE, Aracelly MUÑOZ, Camilo BURBANO, Nathalia BAUTISTA, Ángel CASTRO y Laura ZAMBRANO, por su impagable apoyo en los buenos y malos momentos. Asimismo, para nuestros amigos del Seminario de Derecho penal de la Universidad de Friburgo, Thierry GODDEL, Silvia AGUIRRE, Geraldine AUBERSON, Tristan PANATIER y Federico ILLANEZ, por su invaluable apoyo en las labores del departamento. También extendemos nuestro agradecimiento al Dr. Jan SIMON del Max Planck Institute für Ausländisches und Internationales Strafrecht, quien nos permitiera acceder a la prolija biblioteca de su prestigiosa institución en dos provechosas estancias de investigación.

Aprovechamos la ocasión de agradecer a quienes les debemos nuestro acercamiento hacia el sistema penal, los Profesores José Leandro REAÑO PESCHIERA y Mario RODRIGUEZ HURTADO, quienes en sus cátedras nos transmitieron su pasión por la dogmática sustantiva y el proceso penal respectivamente. Sus enseñanzas fueron la base sobre la cual nos fue posible concebir la idea del *sistema penal integrado* en los términos que expondremos. Asimismo, sería injusto dejar de mencionar en estas líneas a quienes generosamente compartieron con nosotros su experiencia en el litigio. Nos referimos a los doctores Augusto LOLI CARRILLO, Alex GANOZA CÉSPEDES, y José Carlos UGAZ SÁNCHEZ - MORENO, cuya estimulante confianza al

aceptarnos como parte de sus despachos de abogados siempre atesoraremos. Los casos vistos en su momento con ellos forman parte de la tercera sección del presente trabajo académico.

Asimismo agradecemos a todos aquellos amigos que nos acompañaron en el proceso de surgimiento de esta tesis y en su posterior desarrollo. Nos referimos a Dick ZORRILLA ALIAGA, Alejandro ZÚÑIGA VELARDE, Fort NINAMANCCO CÓRDOVA, Christian FLORES MAGIÑO, Sofía CALVO DAZA, Karen BERTOLA VALDIVIA y Patrick PINEDO HIDALGO. Sin su apoyo espiritual en muchos momentos hubiéramos desistido de culminar este trabajo.

Agradecemos a la Dirección General de Investigación de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, y a la Universidad de Friburgo, quienes en distintas oportunidades financiaron la presente investigación.

Finalmente, deseamos agradecer muy especialmente al arquitecto jurídico de la presente obra, nuestro querido maestro el Prof. Dr. José Antonio CARO JOHN. Desde el remoto junio de 2006 que tuvimos ocasión de conocernos personalmente, he tenido el invaluable placer de aprender de él no sólo los aspectos jurídicos de todo el sistema penal, sino sentir por primera vez el estima académico y personal de un maestro. Tanto su confianza en nuestra persona, como en nuestro trabajo académico, son los que permitieron que nosotros iniciáramos, prosiguiéramos y culminásemos este proyecto de investigación. El lector que conozca el pensamiento del Prof. Caro podrá observar que muchas de las ideas acá plasmadas discrepan de las suyas. Dicha opción no es casual, pues ahí está precisamente uno de sus consejos más valiosos: “la dogmática no puede ser concebida de forma cerrada, toda idea puede ser sujeta al debate y es la fuerza de los argumentos que la sustentan la que hace que ella pueda ser aceptada o rechazada”. Gracias por todo Herr Professor.

## PRELIMINARES

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

En su decisión la Sala, de conformidad con el trámite previsto para la conclusión anticipada del debate oral en la Ley N° 28122, aceptó la conformidad del acusado Vladimiro Montesinos con respecto a la acusación planteada en su contra. La Sala, actuando dentro de los contornos de la citada norma, no consideró los efectos que esta decisión generaría para el resto de procesados al interior del juicio oral. Para ser más preciso ni siquiera cumplió con motivar debidamente el punto antes mencionado. Por ello, bajo la iniciativa de la defensa de los procesados Boloña Behr y Dianderas Ottone, se interpusieron una serie de recursos de oposición contra la sentencia anticipada, y, una vez rechazados los mismos, plantearon una recusación en contra de los Magistrados de la Sala.

---

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

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

Al analizar la sentencia aludida podemos observar que no se hace un mayor análisis sobre el lado dogmático del delito de convergencia y las consecuencias procesales de aceptar una conformidad en él. De haber analizado la procedencia de la conformidad sobre la base de los criterios proporcionados por el análisis de las peculiaridades dogmáticas del delito acusado, entonces la Sala no habría debido aceptar la conclusión anticipada del proceso en este caso, porque el delito acusado es un delito plural -específicamente un delito de convergencia- por lo que emitir un pronunciamiento anticipado sobre uno de sus integrantes hubiera significado anticipar la existencia de una comunidad delictiva<sup>3</sup>. A su vez, el declarar expresamente la existencia de una comunidad delictiva tiene un efecto necesario en la imparcialidad del Magistrado que emite la sentencia: lo contamina procesalmente.

Un pronunciamiento anticipado sobre uno de los elementos objetivos del tipo, sobretudo uno tan importante al enlazar a todos los intervinientes (el acuerdo), quiebra su inicial neutralidad con los no conformados, porque el Colegiado inicia el juicio oral con un prejuicio: la existencia de una comunidad delictiva. Por ende, será muy poco probable, aunque claro está tampoco es imposible, que el acusado no conformado pueda rebatir la existencia de esta comunidad, teniendo que limitar sus argumentos a demostrar que él no pertenecía a la misma. Para llegar a esta conclusión partimos de la premisa de que toda emisión de una sentencia implica para el Magistrado una toma de postura sobre los hechos materia de acusación, pues el Magistrado tiene un deber de reconstrucción histórica que se plasma en la parte fáctica de la sentencia<sup>4</sup>.

Problemas de análisis de interpretación de la institución jurídica procesal, sin una referencia concreta a su contraparte dogmática sustantiva, y viceversa, interpretaciones dogmáticas sustantivas sin tener en cuenta sus efectos procesales, son más frecuentes de lo que uno pensaría<sup>5</sup>. Estos problemas se presentan en distintos ámbitos del sistema penal y sancionatorio, como es el caso del *non bis in idem*, las medidas provisionales de carácter tuitivo – coercitivo, la determinación alternativa de la acusación, el análisis de la procedencia de la flagrancia, entre otras. La explicación de este fenómeno se haya en la visión actual de los operadores del sistema jurídico, quienes trasladando un criterio recogido de las aulas universitarias escinden a la dogmática sustantiva (entendida como la parte general y la parte especial) del proceso penal. De esta forma, los subsistemas penales aludidos son aplicados como si se tratase de dos sectores con materias distintas y lógicas no armonizables; sin embargo, como hemos podido observar en el ejemplo planteado, ambos deben ser aplicados como subsistemas integrados

---

<sup>3</sup> Un desarrollo sobre el concepto de comunidad delictiva en términos normativistas puede hallarse en: LESCH, Heiko, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, trad. Javier Sánchez – Vera, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1995, pp. 95 y ss.

<sup>4</sup> Sobre la sentencia como proceso de reconstrucción fáctico-jurídico: Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, tomo I, 2ª ed., Grijley, Lima, 2003, pp. 731 y 732.

<sup>5</sup> En un sentido general, describiendo el problema: LUHMANN, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. Ignacio de Otto y Pardo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 117.

dentro del sistema penal, y como tal han de estar supeditados a los criterios de orientación del sistema.

A nuestro entender, la dogmática sustantiva y el proceso penal no son subsistemas aislados, sino que ambos responden al sistema que los alberga: el sistema penal. Por ello, no es posible considerar que uno tenga una preeminencia sobre el otro, sino que ambos tienen un valor equivalente. No nos encontramos frente a islas cuya comunicación directa no es posible, sino que nos hallamos frente a piezas de un reloj que para funcionar bien deben estar del todo sincronizadas. Es en este contexto se ubica el presente trabajo de investigación, el cual tiene como objeto principal dar una aproximación propia de lo que consideramos es el *sistema penal integral*, desde una perspectiva funcionalista de raigambre luhmaniana.

Recientemente un sector de la doctrina penal se ha decantado por profundizar el análisis de las relaciones entre la dogmática sustantiva y el proceso penal<sup>6</sup>, optando por una integración entre ambos sistemas. No obstante, estas innovadoras propuestas académicas -en su mayoría- intentan trasladar criterios propios de la dogmática hacia el proceso penal, siendo dicho proceso de absorción lo que las ha caracterizado<sup>7</sup>. Si bien estas propuestas parten de reconocer la irreal escisión entre la dogmática sustantiva y el proceso penal, no se caracterizan por proponer necesariamente una integración total del sistema penal que considere criterios de interpretación que trasciendan a los subsistemas. Por el contrario, dejan entrever que la dogmática sustantiva subordina al resto de subsistemas, limitando usualmente las relaciones de integración sólo a la probanza de ciertas instituciones sustantivas al interior del proceso penal<sup>8</sup>.

El objeto del presente trabajo de investigación es emitir una propuesta de distinta de *sistema penal integral*, la cual considere que tanto la dogmática sustantiva como el proceso penal, al encontrarse dentro del mismo nivel, han de responder necesariamente a la función asignada al sistema que los engloba. Son los principios y reglas contenidos en el sistema penal quienes finalmente determinarán la función de los subsistemas derivados. Es preciso advertir que el estudio de la función del sistema penal tradicionalmente ha venido siendo abarcado por la dogmática sustantiva en las primeras enseñanzas de la parte general, aunque -como demostraremos- no es propiamente una parte exclusiva de la dogmática sustantiva. Todo lo contrario forma parte de una nueva categoría de estudio: el estudio autorreferencial del sistema

---

<sup>6</sup> En ese sentido tenemos el trabajo de WOLLTER, Jürgen y FREUND, George (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, trad. Guillermo Bellonch Petit, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, donde se pretende realizar un acercamiento entre ambas ramas del sistema penal, aunque con una preeminencia de la dogmática sustantiva en el proceso penal.

<sup>7</sup> Un claro ejemplo de propuesta de absorción de la dogmática puede verse en: RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Derecho penal y derecho procesal penal: Hacia una perspectiva integrada”. En: *Anuario de Derecho penal*, PUCP, Lima, 2004, pp. 129 – 163.

<sup>8</sup> *Vid* RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

penal. Asimismo, el referido sistema no se fundamenta en sí mismo, sino que presupone una fundamentación derivada de la norma básica de nuestro ordenamiento jurídico: la Constitución Política del Estado, pues no se debe perder de vista que a su vez el sistema penal es un subsistema más del ordenamiento jurídico en general. Por ello, son los postulados que se encuentran en la Ley fundamental quienes le van a dar legitimidad y/o validez tanto al sistema penal como a las instituciones que lo conforman, razón por la cual es preciso partir de ellos para definir los contornos del sistema a estudiar.

La importancia práctica de la presente investigación ya ha sido puesta en relieve en los párrafos anteriores. Pese a estar tentados de realizar un estudio abstracto consideramos sumamente necesario demostrar que los postulados que propondremos tienen una aplicación práctica en instituciones concretas. Por su efecto gráfico y gran relevancia práctica para los fines de celeridad del nuevo modelo procesal, hemos optado por el desarrollo de los acuerdos de culminación del proceso penal como la institución donde concretaremos todo el aparato teórico que hemos de desarrollar, a efectos de apreciar la necesidad de un razonamiento que integre el plano dogmático sustantivo y el procesal a la hora de emitir un pronunciamiento judicial.

La presente investigación se ha dividido en tres grandes partes. La primera trata sobre los contornos propios del sistema penal funcionalista. En ella hemos optado por colocar las líneas generales sobre las cuales reposa el referido sistema y toda nuestra investigación. Por esta razón, el primer capítulo realiza una introducción al propulsor de la teoría de los sistemas en el ámbito jurídico, nos referimos indudablemente a Niklas LUHMANN. En este capítulo delimitamos los principales conceptos de la teoría de los sistemas, que resultan de vital aplicación para la comprensión del sistema jurídico, conceptos e instituciones como la autopoiesis, la comunicación, la noción de expectativas, entre otros. En el segundo capítulo, concretado el lenguaje teórico sobre el cual hemos de realizar el presente trabajo y los contornos del mismo, analizaremos el método utilizado por el sistema jurídico para determinar si la introducción de una institución es o no legítima: el test de proporcionalidad. Debido a que toda institución penal trae consigo la afectación de un derecho fundamental, sea leve, mediana o grave, es necesario ver si la misma tiene o no una justificación razonable, como presupuesto para admitir su legitimar su existencia en el sistema penal.

En la segunda parte, abordaremos directamente al *sistema penal integral* propiamente dicho, partiendo de la hipótesis de que la separación entre la dogmática sustantiva y el proceso penal es irreal, pues en realidad son partes integrantes de un mismo sistema. Para ello, en el tercer capítulo, hemos de concretar el aparato teórico luhmaniano y los criterios de legitimación de la existencia de las instituciones dentro del sistema penal, procediendo a delimitar sus contornos y su contenido desde una visión funcionalista. Valor especial tendrá la referencia a tres puntos vitales para todo el sistema penal: la normativización, la determinación del objeto de protección, y la función de la pena. En el cuarto capítulo, una vez realizada la delimitación

teórica del *sistema penal integral*, nos avocaremos específicamente a las relaciones al interior de dos de sus subinstitutos, la dogmática sustantiva y el proceso penal. En este punto desarrollaremos brevemente los principales aportes de integración planteados por la doctrina. Asimismo, revisaremos las dos formas de integración sea vertical (hecha sobre la base de criterios intersistémicos) u horizontal (fundamentada en criterios intrasistémicos).

En la tercera parte procederemos a analizar a los acuerdos negociados desde los criterios previstos anteriormente, es decir, como una institución que no sólo pertenece al sistema procesal penal, y que ha de ser vista sólo desde su lógica, sino como una institución que forma parte del *sistema penal integral*, y como tal ha de obedecer a los postulados que definen la función del mismo (la Constitución Política del Perú) y ha de tener en cuenta a las relaciones con los otros subsistemas (acoplamiento especialmente con la dogmática sustantiva). Para realizar un desarrollo de una determinada institución es preciso conocerla inicialmente dentro del sistema jurídico en el cual se inserta. Es en consideración de esta premisa que en nuestro quinto capítulo nos avocamos al estudio teórico -práctico de tres problemas relacionados con los acuerdos negociados en el sistema procesal penal al interior de nuestro ordenamiento jurídico penal, siendo de especial relevancia el análisis de su legitimidad constitucional (integración vertical), su fundamento procesal, y su configuración particular (integración horizontal), todo ello sobre la base de los aportes de la doctrina comparada y la jurisprudencia nacional y extranjera. Para graficar la necesidad práctica de una visión integral sistémica como la propuesta, desarrollaremos dos problemas jurídicos (uno teórico y uno extraídos de la jurisprudencia nacional) en los cuales se presentan situaciones debatibles al no realizar un razonamiento integral. El desarrollo de estos tópicos se realizará teniendo en cuenta los criterios integracionistas postulados previamente, los cuales serán fundamentales para las propuestas de interpretación de los acuerdos negociados, y para tener en cuenta los efectos que podrían generarse con ellos.

A large, faint watermark of the university's logo is centered on the page, featuring the same circular emblem and Latin motto as the header logo.

**PRIMERA PARTE**  
**FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS DEL SISTEMA PENAL**  
**FUNCIONALISTA**

## CAPÍTULO PRIMERO

### ESTUDIO INTRODUCTORIO A LA TEORÍA DEL SISTEMA JURÍDICO DE NIKLAS LUHMANN

#### I. LA IMPORTANCIA DE LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS DE LUHMANN PARA EL FUNCIONALISMO JURÍDICO PENAL

La primera pregunta que el lector probablemente se hará sobre la presente investigación será: “¿Era necesario un capítulo sobre la teoría de los sistemas de LUHMANN?” Es muy probable que considere que sólo hubiera sido necesaria una muy sucinta referencia a los principales aportes de la teoría de los sistemas, con el objeto de explicar el marco teórico que soporta esta tesis. Sin embargo, hacer ello hubiera significado que el lector no apreciara cabalmente cuál es el enfoque que tenemos sobre la mencionada teoría y cómo adaptamos sus principales aportes a nuestro concepto de *sistema penal integral*.

La corriente a la que nos adscribimos en líneas generales es el funcionalismo sistémico<sup>9</sup>. Se denomina sistémico porque adapta diversas instituciones y planteamientos teóricos de la teoría de los sistemas de LUHMANN para explicar con ellos el Derecho penal. El haber recurrido a estos planteamientos ha sido muy criticado por la doctrina, la misma que muchas veces menoscaba la relevancia que tiene para el análisis del sistema penal. Se ha mencionado que sus conceptos no fueron vitales para el funcionalismo jurídico penal que desarrolló JAKOBS y que no son creaciones de LUHMANN sino que los mismos pertenecen a la sociología jurídica

---

<sup>9</sup> Para un mayor detalle sobre el por qué se denomina funcionalismo sistémico: PEÑARANDA RAMOS, Enrique, “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de los sistemas en las actuales concepciones de la pena y la teoría del delito”. En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 23, Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 2000, pp. 289 - 331; MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y PERDOMO TORRES, Jorge, *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, passim.

alemana<sup>10</sup>. Asimismo, se ha señalado que los postulados luhmanianos no pueden ser adaptados a la teoría penal, pues -en palabras de GARCÍA AMADO- “(...) no pueden ir más allá en la incorporación de elementos sistémicos, porque tal cosa supondría o bien renunciar al cultivo de una dogmática estándar, o bien asumir consciente y abiertamente que su discurso tiene que desdoblarse en dos análisis distintos, que serían, por un lado, la aplicación de la razón del ser y el fundamento del sistema jurídico-penal, en clave de lo que podríamos llamar un punto de vista externo, y, por otro, el cultivo del discurso propio de la teoría interna de dicho sistema, haciendo abstracción de las consecuencias de análisis anterior y asumiendo que practican una comunicación que sólo puede pretenderse “verdadera” y fundamentada en el seno de dicho sistema”<sup>11</sup>. Incluso el mismo JAKOBS es quien expresamente señala que sus pensamientos no siguen uniformemente todos los planteamientos de LUHMANN<sup>12</sup>, aunque en muchos trabajos sus reflexiones se deriven directamente de la teoría de los sistemas del profesor de BIELEFELD<sup>13</sup>.

A estos cuestionamientos externos e internos de la teoría de los sistemas y otras creaciones luhmanianas, debe agregarse que LUHMANN nunca pensó exactamente en el Derecho penal cuando desarrolló sus principales trabajos de teoría del derecho y sociología jurídica<sup>14</sup>. Un aspecto poco conocido por el lector de LUHMANN es que su ejercicio profesional se realizó en la administración pública, analizando temas vinculados al Derecho administrativo y a indemnizaciones<sup>15</sup>. Sus obras no son descripciones del sistema jurídico desde una óptica estrictamente jurídica, tal como él mismo lo advierte<sup>16</sup>, sino son análisis de carácter sociológico que versan sobre aspectos jurídicos. Ante todo este conjunto de críticas pareciera innecesario acudir a la teoría de los sistemas de LUHMANN o a cualquier otro de sus aportes, pues el objeto del presente estudio y el objeto de análisis del jurista no ha de ser otro que la norma en sí

<sup>10</sup> Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLEZ, Javier, “Algunas referencias de historia de las ideas, como base de protección de las expectativas por el Derecho penal”. En: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 71, Instituto de Criminología, Madrid, 2000, pp. 391 – 423.

<sup>11</sup> GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”. En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 23, Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 2000, p. 233.

<sup>12</sup> Vid. JAKOBS, Günther, *Sociedad, Norma y Persona*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Civitas, Madrid, 1996, p. 16.

<sup>13</sup> Vid. JAKOBS, Günther, “Personalidad y exclusión”, trad. Teresa Manso Porto. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Director), *El funcionalismo en el derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs*, tomo I, Universidad Externado de Colombia - CIFE, Bogotá, 2003, pp. 71 - 90

<sup>14</sup> Vid. LUHMANN, Niklas, *El derecho de la Sociedad*, 2ª Ed. en español, trad. Javier Torres Nafarrete, Herder & Universidad Iberoamericana, México, 2005; LUHMANN, Niklas, *Los derechos fundamentales como institución*, trad. Javier Torres Nafarrete, Universidad Iberoamericana, México, 2010; LUHMANN, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, cit.; LUHMANN, Niklas, *Legitimation durch Verfahren*, 6ª ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2001.

<sup>15</sup> Vid. LUHMANN, Niklas, *Sociología del Riesgo*, 3ª ed., trad. Javier Torres Nafarete, Universidad Iberoamericana, México, 2006, passim

<sup>16</sup> Vid. LUHMANN, Niklas, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unversichtbare Normen?*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1993.

misma y la interpretación existente en torno a ella. De ser cierto este razonamiento, entonces tampoco sería necesario acudir a la filosofía del derecho, pues el desarrollo de esta rama no implicaría un aporte a la labor del jurista o del operador jurídico.

La labor del operador jurídico puede ser correctamente delimitada en tres tipos de ámbitos, los cuales guardan relación directa con la mayor o menor dificultad de aplicación del Derecho. El primer ámbito es el de la subsunción directa de la situación jurídica a la norma jurídica. Debido a que los hechos son absolutamente claros, y, tanto el supuesto de hecho como la consecuencia de la norma son cerrados, solucionar el caso planteado no reviste de mayor dificultad. Por ejemplo, Juan ordena a Luis matar a Jorge, en el plano penal esta acción genera responsabilidad penal en Juan y Luis, conforme ordena el art. 106 del Código penal. No existe mayor complejidad al respecto, pues como se observa la labor de subsunción es fácilmente realizada. Si todos los casos se quedaran en este ámbito, lo que presupondría que el ordenamiento jurídico tenga *ex-ante* y de forma cerrada las respuestas a todos los problemas jurídicos, entonces no serían necesarias ni la filosofía o la sociología jurídicas en la labor del jurista.

En la actualidad y, previsiblemente por mucho tiempo aún, los problemas jurídicos con los que debe lidiar el operador jurídico no son tan simples como se aprecia. La norma jurídica requiere ser interpretada conforme a criterios que –salvo excepciones– no se encuentran expresados directamente a través de otras normas. Por ejemplo, siguiendo con el caso planteado, distinta es la complejidad de análisis si Luis finalmente no llegó a disparar a Jorge, porque desistió del hecho en el último momento; si Luis disparase y Jorge no muriese por la intervención médica oportuna; o, si Luis fuera un menor de edad, y, observando que Jorge esta por matar a Juan dispara al primero para salvar al segundo. De igual manera, el científico jurídico tiene su labor más útil en la interpretación de aquellas instituciones que no se encuentran suficientemente delimitadas por la norma jurídica, sino que al contrario el lenguaje usado en la misma no sea claro. Es el caso de la determinación del concepto de engaño en el delito de estafa, la admisibilidad de una excepción a la prueba prohibida, o la participación del *extraneus* en el delito cometido por el *intranens*, entre otros temas.

Por último, existe un tercer grupo de casos en los cuales es necesaria una solución o respuesta de parte del ordenamiento jurídico, pero no existe una norma que pueda ser aplicada directamente en este caso. Ante este vacío, y bajo ciertas circunstancias y no en todos los ámbitos, el operador jurídico se encuentra en la obligación de emitir un pronunciamiento sobre la situación que le es sometida a análisis. Es el caso de la consecuencia jurídica que surge de la afectación al derecho al procesamiento en un plazo razonable por parte de la administración pública; o, de la necesidad de revisar una sentencia que se ampare en una norma que ha sido declarada inconstitucional. En ambas situaciones jurídicas no existe una norma que resuelva el problema jurídico de trasfondo, por lo que debe acudirse a métodos de creación de normas como es el caso de la analogía, claro está, siempre y cuando el sistema jurídico permita acudir a ellas.

Si los problemas jurídicos se resolvieran con un simple y básico acto de subsunción, el cual no requiera de una compleja interpretación, o, de acudir a la creación de una nueva norma jurídica, entonces no sería necesario acudir a la filosofía jurídica, la teoría del derecho o incluso la sociología jurídica. Toda la actuación del jurista se agotaría estrictamente en una labor mecánica de verificar la existencia del supuesto de hecho en la realidad y asignarle la consecuencia jurídica. Es evidente que este escenario es tan sólo utópico, pues la labor del jurista es un acto tan simple, sino que en realidad es un acto complejo. Las normas jurídicas muchas veces no tienen una determinación precisa, y los conceptos jurídicos establecidos en ellas no tienen tampoco una interpretación unívoca. Por ello, es precisamente en este campo donde el jurista dedica la mayor parte de su actividad y es que requiere de la mayor cantidad de elementos conceptuales para poder dar una solución al problema jurídico que se le presenta.

En esta actividad, exclusivamente positiva que se limita al análisis de la norma en sí misma, tampoco sería necesario acudir a criterios extradogmáticos, porque lo importante para ella es la norma en sí misma y no los criterios que se encuentra fuera de ella. Por ende, tampoco la filosofía jurídica, o la sociología jurídica tendrían cabida en este análisis estrictamente positivo del Derecho. Este análisis mecánico del Derecho no reconoce un presupuesto que es fundamental para la resolución del problema jurídico: la argumentación. La labor de subsunción implica que el intérprete de la norma asuma una postura en torno a cómo ha de interpretarse la norma jurídica, y, tácitamente un concepto en torno al Derecho en sí mismo. De esta forma, las antes consideradas ciencias extradogmáticas son en realidad parte de la dogmática jurídica penal, pues a través de las herramientas metodológicas y el concepto que ellas brindan sobre el Derecho en general, el jurista podrá argumentar en uno u otro sentido cuál ha de ser la interpretación correcta de la norma y dará la solución al problema jurídico que le es presentado<sup>17</sup>. Por ejemplo, una interpretación sobre el engaño típico presupone una determinada concepción sobre las expectativas susceptibles de ser tuteladas, no existiendo esta definición en el Derecho positivo, tiene que tomarse a partir de ciencias extrajurídicas como la sociología jurídica de LUHMANN (diferenciación entre expectativa normativa y cognitiva<sup>18</sup>). De igual manera, determinar si el concurso real de delitos debe asumir una acumulación de penas

---

<sup>17</sup> En ese sentido: LUHMANN, Niklas, “El Derecho como un sistema social”, trad. Carlos Gómez - Jara Diez. En: GÓMEZ - JARA DIEZ, Carlos, “Teoría de los sistemas y Derecho Penal”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 91.

<sup>18</sup> Para mayor detalle sobre el engaño típico: *Vid.* PASTOR MUÑOZ, Nuria, *La Determinación del Engaño Típico en el delito de Estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004. Debemos entender por expectativa a las condensaciones de referencias de sentido que indican qué indica y cómo se delinea una determinada situación, así mismo se sabe que existen dos tipos de reacción frente a las expectativas quebrantadas: 1) Se adoptan las expectativas a la Realidad o 2) Se detienen las expectativas, sin importar la realidad. Siendo las primeras expectativas cognitivas y las segundas expectativas normativas. *Vid.* CORSI, Gincarlo; ESPOSITO, Elena; BORALDI, Claudio, *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*, Universidad Iberoamericana, México D.F., 1996, p. 82.

jurídica o material va a depender de la concepción, normativa, que se tenga de la función de la pena, perteneciendo la discusión en este ámbito a la filosofía jurídica<sup>19</sup>.

Como hemos podido observar, es necesario incorporar la perspectiva de las ciencias extrajurídicas en el análisis dogmático que se haya de realizar, para poder dar una mayor riqueza argumentativa a la interpretación que desee darse a la norma jurídica. Por ello, consideramos necesaria realizar una introducción a los fundamentos teóricos, no sólo luhmanianos, sobre la base de los cuales daremos nuestra propuesta de *sistema penal integral*.

## II. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

### A. La autopoiesis

El primer elemento a considerar en la teoría de los sistemas de LUHMANN es la autopoiesis. Esta teoría no fue creada por él, ni fue creada para la sociología. La teoría de la autopoiesis pertenece a los científicos chilenos Humberto MATURANA Y Francisco VARELA, quienes desarrollaron esta teoría en la biología, específicamente al tratar de describir como se organizaban los seres vivos<sup>20</sup>. A su entender un sistema podía considerarse como existente en la medida que él fuera capaz de producir y reproducir por sí mismo los elementos que lo constituyen<sup>21</sup>. De esta forma, cada unidad al interior del ser vivo será el resultado de una serie de operaciones internas a través de las cuales pudo ser producido. Puede contarse con elementos externos al sistema, pero la unidad producida formará parte del ser en la medida que es el resultado de una serie de operaciones internas que transforman lo externo y lo adaptan al ser vivo.

Un ejemplo nos puede ayudar mejor a entender el concepto. La manzana que ha ingerido un niño en principio no forma parte de él, puesto que pertenece a un organismo que es externo a él. Después de ser ingerida los nutrientes que tiene la manzana podrán formar parte del niño, puesto que son incorporadas a su organismo a través de una serie de operaciones internas que adaptan lo externo, lo asimilan y producen una nueva unidad al interior del ser vivo (una célula, energía, entre otros).

---

<sup>19</sup> Vid. HUAMÁN CASTELLARES, Daniel Osarim, “¿Preferiría usted vivir en Irak?: Análisis económico de la política criminal Latinoamericana”. En: *Libro de ponencias del XVIII Congreso Latinoamericano de Derecho Penal*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006, p. 182 – 186

<sup>20</sup> Vid. MATURAMA ROMESIN, Humberto y VARELA GARCÍA, Francisco, *De máquinas y seres vivos – Autopoiesis: La organización de lo vivo*, 5ª Edición, Editorial Universitaria, Chile, 1998, p. 73

<sup>21</sup> Se sostiene que las máquinas autopoieticas son sistemas vivos, que transforman la materia en ellos mismos, de manera que el producto es su propia organización. Vid. MATURAMA y VARELA, *De máquinas y seres vivos*, cit., p. 93.

Este concepto biológico de la definición de seres vivos fue adaptado a la sociología por LUHMANN, siendo una de las claves entender su teoría de los sistemas sociales<sup>22</sup>. Para él un sistema se encuentra compuesto a su vez de distintos elementos y otros sistemas internos, los cuales operan en conjunto para cumplir la función que tiene el sistema<sup>23</sup>. Sólo es posible considerar que el sistema existe cuando los elementos que lo conforman sirven para desarrollar su función<sup>24</sup>. Asimismo, los elementos que integran el sistema sólo serán parte de él cuando hayan sido incorporados a través de las operaciones internas que el mismo sistema ha previsto.

En el plano de los sistemas sociales, podemos tener un excelente ejemplo en el caso del Derecho como sistema autopoietico. Supongamos que, a través de una ordenanza regional, se ha dispuesto la creación del delito de corrupción de funcionarios privados. La mencionada norma tendrá una vigencia fáctica; sin embargo, no pertenece al ordenamiento jurídico nacional, por lo que no podrá ser aplicada. Para que la norma pertenezca a él ella debe ser el resultado de seguir las operaciones que el ordenamiento jurídico prevea para la creación de delitos. Nuestro ordenamiento jurídico no prevé que sea el Gobierno Regional quien emita normas penales, lo cual es de competencia exclusiva del Congreso de la República. Por ello, la norma en cuestión no formará parte del ordenamiento jurídico, porque no fue creada a través del proceso interno de emisión normativa.

## B. La diferenciación entre entorno y sistema

La existencia de la autopoiesis es clave para entender al sistema como una unidad diferenciada. El sistema sólo reconoce como válido a aquellas unidades que sean el resultado de los procesos internos de operaciones del sistema<sup>25</sup>. De esta forma, existen muchas unidades que son complementarias, giran en torno al sistema, pero simplemente no forman parte de él. Estas unidades reciben el nombre de entorno<sup>26</sup>.

El entorno no es superior, ni inferior al sistema, simplemente es exógeno a él<sup>27</sup>. Tal como señalan CORSI, ESPOSITO y BORALDI: “La relatividad a un sistema no implica ninguna desvalorización del entorno, ni de su papel subordinado: el punto de partida no es el

---

<sup>22</sup> Vid. CORSI, ESPOSITO y BORALDI, *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*, cit., p. 32.

<sup>23</sup> Vid. CORSI, ESPOSITO y BORALDI, *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*, cit., p. 152.

<sup>24</sup> Así tenemos a la sociedad como sistema autopoietico, es decir un sistema operativamente clausurado que se reproduce así mismo con operaciones propias. Vid. LUHMANN, *El derecho de la Sociedad*, cit., p.627.

<sup>25</sup> Todo elemento nuevo para ser reconocido dentro del sistema requiere que las operaciones que lo anteceden sean operaciones del mismo sistema, así estas operaciones constituyen el presupuesto para operaciones ulteriores. Vid. CORSI, ESPOSITO y BORALDI, *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*, cit., p.32.

<sup>26</sup> Vid. CORSI, ESPOSITO y BORALDI, *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*, cit., p.32.

<sup>27</sup> CORSI, ESPOSITO y BORALDI, *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*, cit., p.149.

sistema ni el entorno, sino la diferencia entre ellos [véase diferencia], para la cual ambas partes son igualmente imprescindibles.”. Formarán parte de él todas aquellas operaciones que no lograron ser introducidas dentro del sistema. La diferencia entre entorno y sistema es de corte negativo genera un aspecto básico: identidad. La identidad resulta de la pertenencia a un determinado sistema y su oposición al entorno que lo rodea. Un individuo es fisiológicamente hombre por muchas razones que definen el género masculino, pero sobretodo porque carece de los elementos físicos para ser definido e identificarse como mujer.

Nuevamente, recurrimos al Derecho para poder ilustrar este concepto. Un niño que mata a otra persona no puede ser considerado para el sistema penal como un delincuente. Según este sistema el presupuesto para emitir una comunicación válida en su interior es la imputabilidad, vale decir, que la persona sea mayor de 18 años y pueda comprender la delictuosidad de su acción. De esta forma, aquellas personas que no cumplan los presupuestos para comunicar dentro del sistema penal podrán ser consideradas existentes para otros sistemas, como el constitucional, pero no podrán ser consideradas partes del sistema penal. De ahí que el menor de edad, a efectos del sistema penal, es considerado como parte del entorno y no del sistema penal.

El hecho de que el entorno y el sistema se diferencien por oposición no implica que ambos no puedan interrelacionar<sup>28</sup>. “No se da la constitución de un sistema sin una relación con el entorno, y tampoco un entorno sin sistema: surgen solamente juntos.”. Por el contrario, en la práctica ambos se relacionan directamente, incluso la interrelación trasciende a los sistemas del mismo tipo. No puede existir un entorno en sí mismo, ni un sistema en sí mismo, siempre tienen que interrelacionarse. El sistema social no puede existir en sí mismo, para poder existir presupone de un sistema psíquico. Ambos sistemas se oponen entre sí, porque tienen atributos internos que les generan identidades propias, por lo que puede señalarse que ambos se consideran entorno del otro. No obstante, para poder subsistir ambos necesitan interrelacionarse, tal como sucede en el caso del Derecho.

El Derecho es un sistema social<sup>29</sup>, por lo que las instituciones que lo conforman también son sociales. El derecho del hombre a la libertad personal o ambulatoria pertenece a la esfera del sistema social, al igual que el derecho a la vida, o, el derecho a la salud física. Todos estos derechos pueden existir en el plano real si es que existe un sistema psíquico que los albergue. En los derechos planteados, la capacidad física para moverse, la existencia de vida, y la posibilidad de bienestar en el organismo. En el plano jurídico podrá existir el derecho humano del hombre a ser inmortal o a volar por sí mismo; sin embargo, dicho concepto no podrá tener

---

<sup>28</sup> CORSI, ESPOSITO y BORALDI, *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*, cit., p.149.

<sup>29</sup> El concepto luhmanniano de sistema social incluye no sólo a lo que él denomina diversas formas de formación de sistemas -sociedades, organizaciones e interacciones- sino también los diversos sistemas societarios que se diferencian dentro de una sociedad. *Vid.* GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, J.M. Bosch., Barcelona, 1993, p. 136.

vigencia fáctica respaldada en un sistema psíquico, pues el hombre tiene una vida limitada y carece de la capacidad de volar por sí mismo.

### C. La comunicación

La comunicación es la forma a través de la cual el sistema puede lograr interactuar. La existencia de comunicación requiere de tres elementos básicos: Un emisor, un receptor y un mensaje. Sólo existirá una comunicación cuando el mensaje emitido por el emisor pueda ser comprendido por el receptor.

En el plano jurídico, específicamente en el plano penal, puede apreciarse con mayor claridad que se entiende por comunicación. La norma penal emite un mensaje hacia los ciudadanos, es una fuente de expectativas. Señala al ciudadano cuales son los ámbitos sobre los que tiene vedado ejercer su libertad, tal como lo señala PAWLIK: “el Derecho penal debe procurar, por un lado, la delimitación y el establecimiento de garantías de los espacios jurídicos a disposición de cada persona y, por otro, garantizar las condiciones básicas infraestructurales que permitan al individuo hacer uso efectivo de su libertad.”<sup>30</sup>. Cuando una persona mata a otra produce una comunicación al interior del sistema penal. Su acción comunica al resto de personas que ha quebrantado las expectativas que existían sobre ella, y que a su entender la expectativa normativa no se encuentra vigente, lo que legitima al Estado a reaccionar de una manera determinada por él (la pena o sus equivalentes funcionales) para reafirmar la vigencia de la expectativa contenida en la norma quebrantada.

La comunicación es vital para el funcionamiento del sistema, pues sólo a través de ella es posible imputar una acción determinada. La comunicación (sea en forma de acción u de omisión, lo cual es indiferente dado que sólo importa la transmisión del mensaje) sólo podrá ser imputada a quien realizó la comunicación, o a quienes la hubieran realizado conjuntamente. Ahora bien, el presupuesto básico para la comunicación es la existencia de capacidad para comunicar, la misma que se determinará según los supuestos que cada sistema jurídico concreto prevea. De esta forma, aplicando esto al Derecho, un menor de edad podrá realizar una comunicación válida en el Derecho civil, mas no en el Derecho penal. De igual forma, no cualquiera podrá comunicar una acción para el Derecho tributario, sino tan sólo el obligado tributario o quien la norma de dicho sector señale.

Retomando el ejemplo del niño. Cuando un niño comete un delito, dicha acción no puede ser considerada como una comunicación para el sistema penal, porque el niño no forma parte del

---

<sup>30</sup> PAWLIK, Michael, *La Libertad Institucionalizada, Estudios de Filosofía jurídica y Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p.95.

sistema y no genera una acción para él. Si bien fenomenológicamente el niño produce un cambio externo, dicho cambio tiene el valor o la equivalencia de un acto de la naturaleza.

#### D. El acoplamiento estructural y la clausura operativa

La autopoiesis nos señala que el sistema puede producir las unidades que lo integran; sin embargo, un sistema no es necesariamente autosuficiente. Tal como señalan CORSI, ESPOSITO y BORALDI: “Ningún sistema puede operar fuera de sus límites: sin un entorno del cual distinguirse no sería posible identificar un sistema, un ámbito autónomo en el que rigen condiciones específicas, que se sustrae a una coincidencia punto por punto con los estados del entorno.”<sup>31</sup>. El sistema necesita del entorno para poder existir, por ello existen momentos en los cuales ambos interactúan. Esta interacción se conoce en la teoría de LUHMANN acoplamiento estructural<sup>32</sup>. Existen diversos tipos de acoplamiento estructural, tales como el acoplamiento entre sistemas psíquicos, sistemas sociales, o entre sistemas psíquicos y sociales. Del enorme ámbito de momentos en el cual se producen estas interacciones nos interesa uno concreto: la adaptación de los elementos del entorno y su inclusión al sistema. Desarrollaremos este concepto aplicando en el sistema jurídico, específicamente en el proceso de normativización de expectativas cognitivas.

El sistema jurídico positivo es una selección de las principales expectativas cognitivas existentes en una sociedad concreta. Las expectativas elegidas por el legislador son tomadas de la sociedad (el entorno) y van a formar parte del sistema jurídico, a través de un proceso de positivización previsto por el mismo sistema jurídico. Es el caso de la penalización de las relaciones sexuales entre menores de edad. El legislador recoge la expectativa cognitiva existente en la sociedad, la adapta y la introduce como parte del sistema jurídico.

El sistema sólo puede mantener su autonomía en la medida que el nuevo elemento creado haya sido producido a través de las operaciones internas del propio sistema<sup>33</sup>. A su vez, este nuevo elemento puede ser útil para que puedan crearse nuevos elementos con posterioridad a él. Este procedimiento que permite que el sistema pueda conservar su calidad autopoietico es conocido como la clausura operativa<sup>34</sup>. Es gracias a la clausura operativa que el sistema puede seguir teniendo un carácter autopoietico, si él el sistema prácticamente no existiría. Si una ser vivo pierde la capacidad de seguir auto-reproduciéndose internamente (creación de células, tejidos,

---

<sup>31</sup> Vid. CORSI, ESPOSITO y BORALDI, *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*, cit., p.148.

<sup>32</sup> Para un mayor detalle: LUHMANN, *El derecho de la Sociedad*, cit., p.507.

<sup>33</sup> Por ejemplo, La autopoiesis del derecho se puede realizar tan sólo mediante operaciones sociales, es decir, los sistemas psíquicos, la conciencia, o todo el ser humano no se puede considerar parte o componente interno del su sistema. Vid. LUHMANN, *El derecho de la Sociedad*, cit., p.104.

<sup>34</sup> Tal como señala LUHMANN: “La clausura operativa significa únicamente que la autopoiesis del sistema sólo puede ser efectuada con operaciones propias, que la unidad del sistema sólo puede ser reproducid con operaciones propias.” LUHMANN, *El derecho de la Sociedad*, cit. p.507

entre otros), entonces ese ser deja de existir. Debido al cerrar las operaciones y limitar el contacto con el entorno, se considera que los sistemas autopoieticos son sistemas cerrados<sup>35</sup>.

### E. El concepto de función y el equivalente funcional.

Un sector de los científicos clásicos pretendió usar el método de la biología (el causalismo) como el método de análisis también aplicable en las ciencias sociales. De esta forma, se podría haber considerado a las funciones como actos causales cuyo fin era mantener una determinada organización. LUHMANN, sobre la base de las enseñanzas recibidas de PARSONS, crea un concepto de función que no se condice con el causalismo. Para él “la función no es ningún efecto a producir, sino un esquema lógico regulador, que organiza un ámbito de comparación de efectos equivalentes. Caracteriza una especial posición a partir de la cual pueden ser comprendidas en un aspecto unitario diversas posibilidades. Desde tal punto de vista los efectos aislados aparecen como equivalentes, intercambiables entre sí, funcionales, mientras que como procesos concretos son incomparablemente distintos. Una función es por lo tanto – en todo de acuerdo con la definición de Kant- “La unidad de la acción de ordenar diversas ideas bajo una común”<sup>36</sup>

Bajo este concepto una función sirve para poder realizar una selección entre varias opciones destinadas a resolver un determinado problema<sup>37</sup>. Al estar no frente a una, sino frente a varias alternativas, entonces es posible que la función en sí sea reemplazada por otra solución que sea funcionalmente equivalente para la resolución del problema.

Para ilustrar estos conceptos tan abstractos nos valemos de la función de la pena. La pena – para el sistema jurídico abstracto- tiene como función la restabilización de expectativas normativas. Si consideráramos un concepto estático de función sólo la pena podría reestabilizar las expectativas normativas defraudadas, lo que a su vez tendría un efecto para el sistema de procesamiento criminal: todo delito debería ser sancionado, no se admitirían acudir a mecanismos de simplificación procesal. No obstante, el problema de la restabilización de expectativas, en delitos menores, puede ser solucionado gracias al principio de oportunidad, el cual viene a constituirse como un equivalente funcional a la pena<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Vid. MATURAMA Y VARELA, *De máquinas y seres vivos*, cit., p. 71.

<sup>36</sup> LUHMANN, Niklas, “Función y causalidad”. En: *Ilustración sociológica y otros ensayos*, Sur, Buenos aires, 1973, p. 20.

<sup>37</sup> Vid. GIMÉNEZ ALCOVER, *El derecho en la teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*, cit. p. 48

<sup>38</sup> En ese sentido: PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *Los principios de legalidad y oportunidad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 107 y ss.

## F. La sociedad es una sociedad funcionalmente diferenciada

Todos los conceptos anteriormente estudiados nos llevan a una sola conclusión: la sociedad se encuentra funcionalmente diferenciada<sup>39</sup>. Al interior de la sociedad no existe un solo sistema, sino que existen varios sistemas, tanto sociales como psíquicos, tales como el sistema jurídico, el sistema económico, el sistema político, entre otros tipos de sistemas. Si bien los sistemas interactúan, los mismos preservan siempre su independencia, diferenciándose unos de los otros.

Al igual que los sistemas las personas que forman parte de la sociedad se encuentran diferenciadas en ellas y ocupan a su vez diferentes posiciones o roles, dependiendo ello del contexto concreto en el que se encuentren. Así, el rector de una universidad será una autoridad administrativa interna en el campus universitario, a su vez será en su casa un padre de familia, o será un contribuyente al momento de hacer el pago de sus impuestos.

### III. EL SISTEMA JURÍDICO

#### A. Preliminares: el concepto de derecho de LUHMANN

Niklas LUHMANN no siempre fue sociólogo, antes de serlo estudió Derecho y ejerció la profesión en la administración pública. Aunque la mayor parte de su obra se dedique a la sociología y no al Derecho específicamente, tal como él mismo lo advierte en algunas ocasiones, ello no impidió que la misma aborde al sistema jurídico claro está desde una óptica sociológica.

Para LUHMANN el Derecho es un sistema social que se encuentra autodiferenciado de la sociedad, cuya función básica es la protección de expectativas normativas<sup>40</sup>. El Derecho sirve para la resolución de conflictos, pues asigna a una de las partes la razón, en función a un código propio: justo e injusto<sup>41</sup>. Si bien el entorno que lo rodea es sumamente complejo, e

---

<sup>39</sup> Así tenemos que: “La sociedad diferenciada por funciones es el primer ejemplo de sociedad con carácter mundial: incluye todas las comunicaciones producidas en el mundo, sin límites ligados a discontinuidades territoriales. Mientras que antes de la era moderna la sociedad fue siempre definida dentro de límites territoriales, más allá de los cuales rigen condiciones de comunicación diferentes, actualmente en el mundo existen condiciones sociales uniformes: las diversas funciones (la economía, la política, la educación, la ciencia, la salud, etcétera) no se desarrollan dentro de límites territoriales, aunque sí simultáneamente en todo el mundo.” *Vid.* CORSI, ESPOSITO y BORALDI, *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann, cit.*, p.62

<sup>40</sup> Cfr. LUHMANN, *El derecho de la Sociedad, cit.* pp. 626 - 627

<sup>41</sup> Forma parte de los llamados “esquemas binarios” que vienen a ser reglas de duplicidad, en torno a las cuales se produce la comunicación especial al medio. Como por ejemplo tener/ no tener, es relativo al medio

incluso, más complejo que él, ello no implica que el Derecho no sea a su vez complejo. Precisamente porque es un sistema social complejo precisa de mecanismos de reducción de la complejidad interna, para lo cual crea estructuras que posibilitan una mejor comunicación. Al interior del sistema existen diversas formas de comunicación, una de ellas es la confianza, la cual es fundamental para reducir la complejidad del sistema. A su vez, la confianza sólo es posible de darse al interior del sistema gracias a las expectativas, que para el sistema jurídico, son las expectativas normativas.

Es posible que las expectativas normativas puedan ser defraudadas, pero dicha comunicación generará la necesidad de que el ordenamiento jurídico responda, lo cual realizará a través de uno de sus mecanismos internos.

## B. El sistema jurídico como un sistema diferenciado

El primer punto a analizar es la consideración del sistema jurídico como un sistema social diferenciado. La sociedad, considerada como un sistema social, tiene a su vez dentro de sí a varios subsistemas sociales, dentro de los cuales uno de ellos es el sistema jurídico.

El sistema jurídico es un sistema autopoietico, en la medida que el mismo se autoconstruye y tiene la capacidad de reproducirse a través de operaciones internas. Si bien este carácter autopoietico lo dota de autonomía, ello no implica que el Derecho sea un subsistema jurídico aislado. Por el contrario, el sistema jurídico precisa para su desarrollo un entorno, con el cual constantemente se acopla para poder subsistir. El sistema jurídico se diferencia de otros sistemas como el político, el económico, o el religioso; sin embargo, precisa de ellos para poder subsistir<sup>42</sup>. La diferenciación sólo es posible gracias a la clausura operativa, pues sólo ella posibilita que el sistema jurídico pueda seguir existiendo de forma autónoma y sobre la base de sus propias operaciones<sup>43</sup>.

La autoreferencialidad del Derecho, trasladada a un plano práctico, puede observarse en la determinación de un objeto como legal o ilegal. El alcohol no es *per se* legal o ilegal, es el Derecho quien –sobre la base de una operación interna- determina que este tipo de bebidas es ilegal. De igual manera, la posesión de un arma sólo será legal o ilegal, si es que el ordenamiento jurídico ha previsto que sea de una u otra manera. También sucede ello con la edad para tener cierta capacidad jurídica: para determinar cuando una persona adquiere la mayoría de edad se acuden a criterios extrajurídicos; sin embargo, cuando la norma ha sido

---

dinero o propiedad del sistema económico. *Vid.* GIMÉNEZ ALCOVER, *El derecho en la teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*, *cit.*, p. 123

<sup>42</sup> *Vid.* GIMÉNEZ ALCOVER, *El derecho en la teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*, *cit.*, p. 333

<sup>43</sup> *Vid.* LUHMANN, “El Derecho como un sistema social”, *cit.*, p. 93.

emitida y fija una edad determinada, sólo es posible de considerar como menor de edad a aquella persona que tiene la edad exigida en la norma.

### C. La función del Derecho: la estabilización de las expectativas normativas

Para entender el concepto de expectativa debemos retrotraernos a tres conceptos previos íntimamente interrelacionados: la complejidad, la comunicación y la confianza. Nos encontramos frente a la complejidad cuando las partes integrantes de un sistema no pueden estar interrelacionadas entre sí en su totalidad. Una de las características fundamentales de la complejidad es que, como consecuencia del alto número de elementos a interrelacionarse, existen muchas posibilidades de interrelación<sup>44</sup>.

El hombre es consciente de que vive en un mundo complejo, lo que lo obliga a tomar diversas contingencias, es decir, seleccionar las posibilidades de actuación en esta complejidad. Como contraparte a su propia capacidad él reconoce la existencia de otro hombre, quien también posee los mismos atributos y la misma capacidad de selección, por lo que la conducta del primer hombre no sólo deberá prever su actuar, sino que deberá contar con el accionar del segundo sujeto. Tanto en el proceso de contingencia, como de la doble contingencia, el hombre sólo puede hacerse una representación probable de lo que sucederá, mas dicha representación no necesariamente se cumplirá.

Para reducir la complejidad el sistema jurídico posee mecanismos estructurados que le permiten que las relaciones entre sus elementos sean más simples de realizar<sup>45</sup>. El primero de estos elementos es la comunicación, la cual es vista como la selección que realiza el sistema ante los estímulos que provienen del entorno. El segundo elemento es la confianza, la cual es la principal forma de reducción de la complejidad, sobretudo en sociedades donde los contactos son anónimos. Gracias a la confianza los interactuantes pueden esperar que el otro respete una determinada pausa, lo que facilita sus posibilidades de actuación en una situación concreta.

---

<sup>44</sup> Se entiende que: “El número de relaciones posibles en abstracto entre los elementos de un sistema aumenta exponencialmente con respecto al aumento del número de los elementos mismos (dos elementos forman cuatro relaciones, tres elementos nueve, etcétera). En consecuencia, cuando en un sistema los elementos se vuelven muy numerosos, el número de relaciones alcanza tal tamaño que ya no son controlables inmediatamente por el sistema mismo.” *Vid.* CORSI, ESPOSITO y BORALDI, *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann, cit.*, p.43.

<sup>45</sup> “La estructura es un código de significados fijados como invariables sobre la base de una elipsis de otras posibilidades. Estos significados designan el cuadro de referencia dentro del cual es posible realizar elecciones concretas moviéndose entre alternativas preestructuradas. Las estructuras seleccionan el sentido propio del sistema, fijando y estabilizando generalizaciones simbólicas de sentido. De esta forma posibilitan la reproducción del sistema al permitir identificar acciones y dotar de capacidad de conexión a las comunicaciones. (...) La estructura elimina la incertidumbre que deriva del tener que vivir en un mundo extremadamente complejo; absorbe y reduce el riesgo que se deriva de la necesidad de elegir entre infinidad de posibilidades” *Vid.* GIMÉNEZ ALCOVER, *El derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann, cit.*, p. 184

Si una persona deseara comprar un pan y no existiera confianza en la otra persona, entonces sería muy poco probable que pueda comprar el pan. Existirían dos posibilidades alternativas. En el primer gran escenario en el pan a comprar cumple con todas las condiciones sanitarias para poder ser consumido. En el segundo escenario, por diversos factores, el pan puede afectar la salud del comprador. En cada uno de estos escenarios es posible plantear infinitos subescenarios, los cuales son posibles de ser representados por la persona que va a comprar el pan. La única forma en que el primer escenario desaparezca, y sea posible comprar el pan, es que la persona confíe en que el vendedor del pan cumplió todos los requisitos para que el producto que ofrece no dañe su salud.

La confianza trasciende a todos los sistemas sociales, forma parte de ellos, pero a su vez también puede formar parte de su entorno. La confianza interactúa en el entorno o en el sistema a través de las expectativas. Una expectativa debe ser entendida como una referencia de sentido, es decir, como un patrón que señala que debe esperarse en una determinada situación<sup>46</sup>. Las expectativas no son de cumplimiento seguro, es más, las mismas son susceptibles de ser defraudadas, pudiendo esperarse que las mismas no sean cumplidas. Al interior de cada sistema existen expectativas, cuya defraudación trae una consecuencia para la persona que las defrauda.

En el caso del ordenamiento jurídico sólo importan las expectativas normativas forman parte del ordenamiento jurídico. Una expectativa normativa se diferencia de aquella que pertenece al entorno (cognitiva), tal como podremos ver más adelante, en la existencia de una reacción del sistema ante su incumplimiento. La defraudación de una expectativa cognitiva no activa los mecanismos internos del sistema jurídico, es más, carece de todo sentido para él, no puede ser considerada una comunicación válida, porque es se da al interior del entorno y no del sistema. Distinto es el caso de la defraudación de una expectativa normativa, en este caso, el ordenamiento jurídico sí prevé una respuesta ante su defraudación, la cual varía en función del subsistema jurídico donde esta se produzca (una pena, la rescisión de un contrato, una multa, entre otras).

En este contexto, la función del sistema jurídico es la estabilización de las expectativas normativas que han sido defraudadas. Es gracias a la existencia de una respuesta por parte del ordenamiento jurídico que la expectativa puede considerarse que tiene vigencia. A entender de LUHMANN: “El derecho permite saber qué expectativas tienen un respaldo social (y cuáles no). Existiendo esta confianza que confieren las expectativas uno se puede enfrentar a los desafíos que enseña la vida cotidiana (...) es posible vivir en una sociedad más compleja en la que ya no

---

<sup>46</sup> "Las expectativas se forman mediante la selección de un abanico limitado de posibilidades respecto a las cuales puede orientarse un sistema (se espera que el asfalto esté seco o mojado, pero que no se hunda al paso del automóvil)." *Vid.* CORSI, ESPOSITO y BORALDI, *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann, cit.*, p.79.

bastan los mecanismos personalizados o de interacción para obtener la seguridad en la confianza.”<sup>47</sup>

#### D. El proceso de normativización de las expectativas

La sociedad moderna no es una sociedad simple, sino es que tiene un carácter complejo. Pasaron ya los momentos de las pequeñas polis en las cuales la interacción entre sus miembros hacía posible que todos pudieran conocer como el resto de personas habrían o deberían actuar, sin necesidad de contar con la existencia de una norma. La sociedad moderna se caracteriza por tener un gran número de contactos entre todos sus integrantes, lo que hace posible que ellos puedan conocer entre sí todos los atributos de todos los integrantes; o, formar contactos individualizados que puedan ser conocidos por todos sin apelar a los mecanismos otorgados por el sistema jurídico.

En atención a ello es necesario que los interactuantes posean un mecanismo de orientación que les permita desenvolverse en sociedad. Ese mecanismo no es otro que la expectativa. Como antes señalábamos, la misma es fundamental para que la complejidad de interactuar en la sociedad sea reducida drásticamente. No obstante, no toda expectativa puede ser considerada como fuente de orientación para los interactuantes del sistema jurídico. Tan sólo puede ser considerada como fuente de orientación aquella que emane de una norma.

La norma, para LUHMANN, es entendida como la “expectativa de conducta que se estabiliza inclusive en contra de los hechos (contrafácticamente)”<sup>48</sup>. La primera fuente de expectativas es la norma, pero –en primer lugar y no exclusivamente– aquella que ha sido positivizada. Para ello son precisos dos aspectos: la existencia de un mecanismo a través del cual la norma pueda ser conocida por toda la sociedad (la legislación) y un consenso sobre las expectativas que serán introducidas al sistema jurídico<sup>49</sup>. Gracias a la norma positiva es posible que las personas puedan orientarse en la sociedad, pues ella les da la seguridad de la existencia de una expectativa sobre la base de la cual ellos y los otros se comportarán en una situación concreta.

Un tema que LUHMANN no abarcó, pero que consideramos puede ser un desarrollo de su concepción de norma es la introducción de las normas no escritas como fuentes de expectativas. Nos referimos a la costumbre o a la *Lex artis*. En el primer caso, entendemos al conjunto de prácticas reiteradas en el tiempo y de uso generalizado por una sociedad

---

<sup>47</sup> LUHMANN, *El derecho de la sociedad, cit.*, pp. 188 – 189.

<sup>48</sup> LUHMANN, *El derecho de la sociedad, cit.*, p. 191.

<sup>49</sup> *Vid.* GIMÉNEZ ALCOVER, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann, cit.*, pp. 225 y ss.

determinada<sup>50</sup>, tales como la delimitación de competencias de actividades no positivizadas, como el oficio de vigilante o de taxista. En el segundo caso, nos referimos al conjunto de procedimientos a través del cual una persona logra la obtención de un producto o realiza para ejecutar un servicio, tales como el caso de la práctica médica o la práctica forense.

Desde nuestra óptica las expectativas que emanan de ambas fuentes deben ser consideradas como expectativas normativas y no cognitivas. Si un médico realiza una operación y, contrario a lo que la práctica médica usual aconseja, realiza un corte en un lugar donde no debió realizarse, ¿Debería considerarse que existe una expectativa que puede ser válidamente acogida por el sistema jurídico? La respuesta es evidentemente positiva, pues si bien no existe una norma escrita que describa como debe ser realizado un determinado acto médico, si existe en la práctica usual un estándar que es seguido por todos los profesionales en esta materia. Apartarse de este estándar, que responde al estado actual de la ciencia médica, puede –en caso de que no se cuente con suficiente respaldo científico (una evolución derivada de la investigación)- no es permitida por el resto de profesionales.

En este mismo sentido, la determinación de un rol, como el rol del taxista, no será realizada al azar, sino que se será hecha sobre la base de los usos generalizados que se dan en el oficio de taxista<sup>51</sup>. De ahí que el cliente no podrá exigirle al taxista que lo espere todo el tiempo que desee, sin ningún tipo de compensación; o, el taxista tendrá el deber de dejar al pasajero en el lugar que este le indique, siempre y cuando ello se encuentre permitido.

Nuestro ordenamiento jurídico permite que estos supuestos puedan ser considerados como fuentes del Derecho. Por lo que si bien no se trata de normas positivas, ellas si emanan expectativas que serán –en ciertos ámbitos y bajo ciertas condiciones- protegidas por el sistema jurídico.

### **E. Las relaciones entre el Derecho y otros sistemas sociales**

Hemos señalado que el sistema jurídico se caracteriza, al igual que el resto de sistemas, por su diferenciación. Sólo puede ser considerado jurídico aquello que resulte producido a través de una de las operaciones jurídicas internas del sistema. El resto de unidades o instituciones no

---

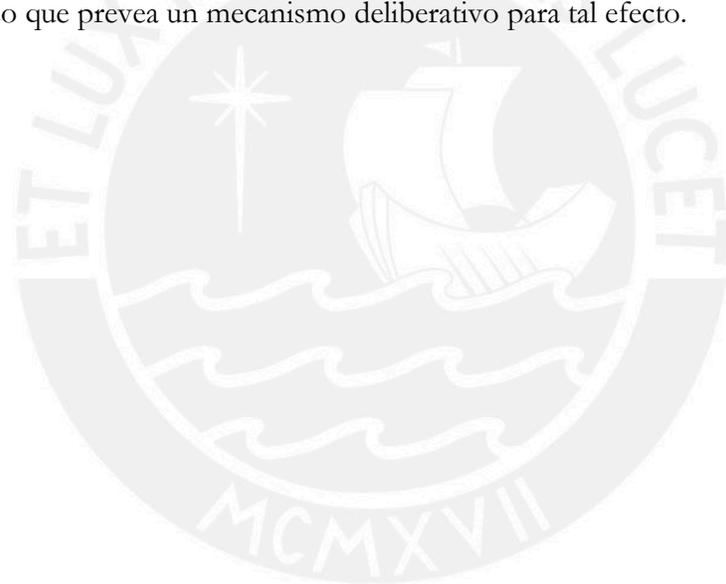
<sup>50</sup> Cfr. RUBIO CORREA, Marcial, *El sistema jurídico: introducción al Derecho*, 10ª ed., Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, pp. 179 y ss. Nuestra Constitución Política prevé el uso de la costumbre en el art. 139, numeral 8, cuando señala el deber del Juez de administrar justicia, así exista un vacío en la Ley, para lo cual podrá acudir a los principios del Derecho y la costumbre. Asimismo, su carácter de fuente del Derecho nacional ha sido reconocido por nuestro Tribunal Constitucional, conforme se aprecia en la STC. Exp. N° 00047-2004-AI/TC, Fundamento Jurídico N° 40.

<sup>51</sup> Cfr. CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva. Comentarios a una jurisprudencia penal*, Grijley, Lima, 2003.

formarán parte del sistema jurídico, aunque ello no significa que las mismas no existan. Los diferentes subsistemas (económico, político, religioso, entre otros) son parte del entorno del subsistema jurídico y se diferencian también entre sí.

Si bien los otros sistemas no son parte del sistema jurídico, ello no implica que no existan relaciones entre ellos<sup>52</sup>. Por el contrario, los elementos que integran estos sistemas pueden servir para que el sistema jurídico los adapte y los incorpore dentro de él. Las relaciones entre el sistema jurídico y otros sistemas se dan a través del acoplamiento estructural, el cual posibilita al primero utilizar unidades de los otros sistemas (partes del entorno), para incorporarlos a él.

Por ejemplo, la propiedad es una institución del sistema económico; sin embargo, puede ser incorporada al sistema jurídico si es que —a través de una norma— este sistema determina que es lo que deberá entenderse por propiedad. De igual manera, la posibilidad de que una expectativa se institucionalice a través de una norma escrita sólo es posible si es que en la sociedad existe un sistema político que prevea un mecanismo deliberativo para tal efecto.



---

<sup>52</sup> Vid. GIMÉNEZ ALCOVER, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, pp. 133 – 142.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO PENAL

#### I. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL COMO GÉNESIS DEL SISTEMA PENAL

El equívoco del cual parte todo penalista puro es considerar que el sistema jurídico penal es un sistema absolutamente autoreferencial. Visto de un lado externo es posible considerar que el sistema penal es autoreferencial, pues todas sus instituciones son producidas para asignar la función que a él le corresponde desempeñar dentro del sistema jurídico. De igual manera, él tiene mecanismos autónomos para determinar si una institución puede o no pertenecer a él. No obstante, este sistema se encuentra estrechamente relacionado con el sistema al que debe su existencia, y sin el cual no existiría: el sistema constitucional.

La generación del sistema jurídico penal, al igual que el resto de sistemas jurídicos integrantes de un sistema jurídico nacional, no se da de forma autoreferencial, ni es autopoyética. Ambos procesos hacen referencia a las operaciones internas a través de los cuales el sistema se reproduce, y no a las formas como este se crea. El origen de los subsistemas jurídicos se halla en un punto determinado: el sistema constitucional. Este sistema, sobre la base de los mecanismos internos de selección de expectativas, determina cuál es la función de un determinado subsistema y es quien a su vez fija su contenido. Por ello, la validez de una determinada norma que pretenda ser introducida al ordenamiento jurídico, tiene que ser validada por el sistema constitucional. Sólo una vez superado este primer filtro se podrán analizar los elementos que integran este subsistema.

La decisión sobre la inclusión de una determinada institución en el sistema jurídico depende, en un plano sustantivo, de un control realizado por un parámetro de validación propio del sistema constitucional. El sistema constitucional es la puerta de acceso que el sistema jurídico tiene para seleccionar que instituciones formarán parte o no de él. En términos de la teoría de

los sistemas, sólo podrá ser considerado como parte del sistema aquel segmento del entorno (en este caso una expectativa que se desea tenga efectos normativos) que sea introducida al sistema a través de las operaciones internas que él mismo prevé. En caso contrario, el no superar este filtro implicará que la norma seguirá formando parte del entorno y no del sistema, siendo por tanto ilegítima.

El sistema penal no se escapa a esta regla, por el contrario, es mucho más evidente que este sistema jurídico deriva claramente del sistema constitucional. Esta afirmación es posible de ser comprendida de forma más clara si es que tenemos en cuenta que las normas penales son los mecanismos de protección de uno o varios derechos fundamentales, de forma directa o indirecta. Gráficamente, el delito de homicidio sanciona las afectaciones no permitidas al derecho a la vida; el delito de hurto que protege la expectativa de respeto al patrimonio de la persona; el delito de calumnia protege el derecho al honor. Como podemos observar, el ámbito de protección de estos delitos preexiste al Derecho penal, pues tanto el respeto a la vida, al patrimonio o al honor, son expectativas normativas cuya protección tienen una relevancia constitucional<sup>53</sup>.

La anterior reflexión nos lleva a concluir un aspecto poco analizado del sistema penal, el de sus orígenes constitucionales. Una norma penal recoge una expectativa, pero no cualquier expectativa, sino sólo aquella que resulte vital para la existencia de una sociedad concreta, independientemente de la configuración jurídica que el sistema político haya decidido para ella<sup>54</sup>. En ese sentido, puede considerarse que una norma penal sustantiva no es más que la concreción de una o más normas constitucionales.

El punto de partida al momento de la definición de un sistema penal es el considerar que es lo que una sociedad concreta desea para sí. Una sociedad puede desear, por ejemplo, la reducción al máximo de las garantías individuales de sus individuos a efectos de preservar los valores sociales. Asimismo, otra sociedad podría desear la reducción de la intervención estatal y la ampliación de las garantías individuales de sus ciudadanos. Independientemente de que se considere acertada o no una determinada elección social, el intérprete del Derecho se encuentra vinculado por la opción que ha elegido la sociedad, pudiendo claro está cuestionarla, proponer su variación, aunque dicha comunicación no se dará en el plano jurídico, sino que

---

<sup>53</sup> El funcionalismo jurídico penal sostiene que el Derecho penal y la sociedad se encuentran en estrecha conexión, pues el primero es el reflejo del segundo (*Vid. JAKOBS, Sociedad, Norma y persona en una teoría funcional del Derecho penal, cit.*, pp. 22 y ss.). Esta consideración, que se restringe y es analizada para explicar la relación entre ambos, debe ser complementada afirmando que sólo será posible proteger expectativas normativas sociales que se encuentren reconocidas o derivadas de la Constitución Política del Perú, pues es dicha norma suprema la que define la identidad normativa de la sociedad.

<sup>54</sup> Un ejemplo de ello es la sanción de apedreamiento a una mujer en el mundo árabe. Visto desde la óptica del sistema jurídico continental, dicha acción es inhumana; sin embargo, desde la óptica del sistema jurídico árabe —el cual se basa en una determinada concepción política que se ampara a su vez en el sistema religioso— la acción resulta legítima

pertenecerá al plano político. El intérprete jurídico se encuentra vinculado al sistema constitucional del país en el cual él se encuentra, no pudiendo desconocer sus contornos u obviar sus matices.

La decisión de autodeterminación social se encuentra expresada en la mayoría de estados en la norma máxima de sus sistemas jurídicos: la Constitución Política del Estado. Esta norma viene a constituirse como una real norma fundamental, pues sobre la misma reposan los cimientos de todo el edificio jurídico que se ha de construir. Es la base que define normativamente como una sociedad decide existir. Por esto, ella contiene los principios que definen a la sociedad, los valores de la misma, los derechos fundamentales de sus ciudadanos, entre otros grandes tópicos que definen el sistema jurídico mediante un esquema de reglas y principios.

Al igual que el resto de sistemas jurídicos, el sistema jurídico penal se deriva de la Carta Magna. Independientemente de la postura dogmática que se adopte, es un consenso en la doctrina penal el señalar que los postulados que se expresan en la Constitución Política de un Estado rigen a todo el sistema en sí mismo. De tal forma que los derechos fundamentales (tanto sustantivos como procesales), fijan un mínimo sobre la base del cual se ha de configurar el sistema penal. En la misma lógica, el establecimiento de la reeducación, la rehabilitación y la reincorporación del penado en la sociedad van a ser los fines propios del sistema de ejecución penal. De igual manera, la existencia del principio de legalidad evita la interdicción de la arbitrariedad en el sistema penal, al exigir que la norma sustantiva penal esté expresada en una Ley, de forma previa a la realización de la conducta, siendo descrita la prohibición o el mandato de forma precisa y clara.

## II. BREVE REFERENCIA A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### A. Los conflictos entre derechos fundamentales y propuestas de solución

#### 1. *La posición preferente*

El postulado principal de esta teoría es que los derechos fundamentales, por lo general, no se encuentran en conflicto, sino que *ex ante* ya se ha resuelto la colisión entre ellos. La forma como se evitan estas pugnas es que en caso de existir ha de primar necesariamente uno de los dos derechos en conflicto. Ello no implica que no se haya dado una ponderación entre derechos fundamentales, sino que se ha decidido poner a un derecho fundamental sobre el

resto, por la importancia que tiene para todo el ordenamiento jurídico; o, colocar ciertos derechos en escalas superiores que otros<sup>55</sup>.

El uso de la posición preferente para resolver conflictos entre derechos fundamentales no es muy usual, pues no existen fórmulas ni consensos para decidir cuales son los principios que necesariamente habrían de primar sobre otros, sobretudo en el estado actual en el cual se considera que ya no existen normas absolutas<sup>56</sup>. Al respecto, el establecimiento de posiciones preferentes se hace en dos niveles: uno normativo y uno judicial.

La Constitución prevé dentro de sí normas que creadas para resolver posibles conflictos entre derechos fundamentales, las cuales son en casi toda su totalidad normas prohibitivas. Por ejemplo, en el caso de la tortura, existe una obligación que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico de impedir dicha acción en distintos supuestos<sup>57</sup>. Por ello, en el ejemplo planteado sobre la tortura, en principio y de considerarse a esta norma como una norma realmente absoluta, entonces la solución al conflicto presentado se decantaría por sancionar la tortura que pudiera realizarse contra el delincuente, porque la prohibición absoluta de tortura (sin importar la justificación en este contexto) sería la norma que rige en el contexto mencionado.

La otra forma de establecer posiciones preferentes se da en el ámbito judicial. La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica es la pionera en esta línea, específicamente en el caso de la supremacía de la libertad de expresión sobre otros derechos fundamentales como el honor o la intimidad. Partiendo de una interpretación de la primera enmienda a su Constitución Política, el Supremo Tribunal norteamericano consideró que la libertad de expresión amparaba la posibilidad de afectar el derecho al honor de personajes públicos, pues de esta manera se fomentaba el debate democrático y las líneas de opinión en su país<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> En este sentido, con la idea de los tres niveles de figuras deónticas: FERRAJOLI, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”. En: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid 2001, p. 355.

<sup>56</sup> El punto en particular es de reciente discusión; sin embargo, un trabajo pionero y esclarecedor sobre el tema puede encontrarse en: LUHMANN, *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unversichtbare Normen?*, cit., *passim*.

<sup>57</sup> La norma se encuentra establecida en el art. 5 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la misma que establece lo siguiente: “No se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.”. Es de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico de conformidad con el art. 3 de la Constitución Política del Perú.

<sup>58</sup> *Vid.* U.S. Supreme Court, Exp. N° 485 U.S. 46, caso HUSTLER MAGAZINE, INC., ET AL., VS, FALWEL. Básicamente Jerry Fallwell, uno de los mayores predicadores y líderes de la iglesia protestante americana, demandó a Larry Flynn, dueño y director de la revista Hustler, porque publicó una entrevista falsa (según lo expresado en la propia revista Hustler) que señalaba que su madre fue la primera persona con quien tuvo una relación sexual, siendo desarrollado el acto en una letrina. La Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica falló, en *certiorari*, a favor de HUSTLER, al considerar que la parodia realizada era un ejercicio de su libertad de expresión, siendo que FALLWELL, en su condición de personaje público, se veía en la obligación de soportar la parodia.

El problema que posee la teoría de la posición preferente radica en sus presupuestos, específicamente la existencia de normas absolutas. Somos de la opinión que ninguna norma que tenga tras de sí directamente a un derecho fundamental puede ser considerada absoluta, es decir, de cumplimiento obligatorio en todo los supuestos y de preferencia en caso de conflictos. Consideramos que todos los derechos fundamentales, incluso la vida misma, son normas relativas, porque su aplicación y la necesidad de preferirlas sobre uno u otro tipo dependerán exclusivamente del contexto en el cual se produzca el conflicto jurídico. Por ello, si partimos de considerar que ningún derecho fundamental es absoluto, entonces no podría existir norma alguna que en todo supuesto deba ser preferida en todo conflicto jurídico.

La jurisprudencia constitucional nacional se decanta precisamente por negar el carácter absoluto a los derechos fundamentales, señalando que:

“(…) [N]ingún derecho fundamental es ilimitado. En efecto, por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección.”<sup>59</sup>

## 2. La teoría relativista y la ponderación

La segunda forma de enfocar la resolución de una disputa entre derechos fundamentales parte de considerar que las mencionadas normas se encuentran en conflicto. La razón del conflicto radica precisamente en el carácter relativo de los derechos fundamentales. Dado que ninguna norma, *ex ante*, ha de ser preferida sobre el resto de normas, pues es el contexto normativo el que definirá la importancia de una determinada norma. Para determinar cuál de las dos normas es la que ha de aplicar el operador debe realizar un ejercicio de ponderación, con el cual determinará –para el caso concreto- cual de las dos normas en conflicto debe ser aplicada.

La consecuencia en el plano de la creación de normas es que, de forma tácita, el operador que resuelva el conflicto jurídico estaría siendo transformado tácitamente en un legislador. Ello, porque al resolver en el caso concreto genera lo que ALEXY denomina como “precedente condicionado”<sup>60</sup>. En buena cuenta este precedente es una regla que impone un deber de resolver de forma igual en casos estructuralmente idénticos al que ha sido materia de análisis por el operador jurídico.

---

<sup>59</sup> STC. Exp. N° 0019-2005-PI/TC, Fundamento Jurídico N° 12.

<sup>60</sup> ALEXY, Robert, *Teoría sobre los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 92 - 95.

El método específico con el que se resuelve un conflicto entre derechos fundamentales es la ponderación. Según este método se debe hacer una comparación entre los dos principios que entran en conflicto, siendo el parámetro de comparación la utilidad social de preferir uno sobre el otro, de forma tal que el principio que genere una mayor utilidad social será el que se adopte.

### 3. *La teoría del contenido esencial*

La teoría del contenido esencial tiene distintas variantes<sup>61</sup>. De ellas la que mayor difusión y acogida ha tenido es la vertiente absoluta, la cual postula que el contenido de los derechos fundamentales tiene dos partes. La primera es una parte absoluta o “esencial”, que no puede ser sacrificada de ninguna forma por el operador jurídico, pues ello desnaturizaría al derecho fundamental afectado por la intervención. La segunda parte es, por oposición, la “no esencial”, esta parte es disponible y puede ser afectada parcial o totalmente, claro está siempre y cuando se tenga una razón lo suficientemente justificada para hacer ello.

Para graficar esta teoría de forma más clara nos valemos de la teoría alemana de las tres esferas para la interpretación del derecho a la intimidad. Según esta teoría el mencionado derecho tiene tres ámbitos distintos de protección: intimidad (*individualsphäre*), privacidad (*privatsphäre*) y secreto (*intimsphäre*)<sup>62</sup>. La primera hace referencia a aquellos datos que forman parte directa de la personalidad del sujeto, datos como el nombre. La segunda protege el ámbito personal y familiar de la persona. La tercera es una esfera intangible por terceros y que es propia únicamente de la persona, esta tiene a aquellos datos que se encuentran en relación muy cercana con la dignidad de la persona, como la opción sexual. Cada esfera es una manifestación del derecho a la intimidad, la cual representa un grado de posibilidad de conocimiento de la misma que va desde lo posible, hasta lo absolutamente vedado de afectar.

En este esquema la intimidad tiene capas que se diferencian en función a la importancia para el titular de su contenido. Ello implica que sólo la primera y segunda capa, que se encuentran más alejadas del núcleo duro, puedan ser objeto de limitación. La capa central o “contenido esencial” no puede ser restringido, porque al hacerlo el operador jurídico sacrifica al derecho a la intimidad.

---

<sup>61</sup> *Vid.* BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 406 – 439.

<sup>62</sup> *Vid.* HUBMANN, Hans, *Das persönlichrecht*, Böhlau, Münster, 1953, *passim*.

#### 4. *La teoría institucional o no conflictivista*

La presente teoría postula que no existe conflicto entre derechos fundamentales, sino que el conflicto se presenta sólo entre los intereses de los particulares. De ahí que, al no existir conflicto, se ha de efectuar una delimitación y no una limitación de los derechos fundamentales<sup>63</sup>. Esta teoría también se vale del principio de proporcionalidad; sin embargo, le da otro contenido, partiendo que los derechos fundamentales son por naturaleza limitados, siendo la misión de este principio el definir los contornos de este derecho<sup>64</sup>.

El presupuesto de la teoría institucional es la unidad de la Constitución, y por ende de los derechos fundamentales. Según esta teoría los derechos fundamentales, tal como la naturaleza humana de donde su esencia procede, sólo pueden concebirse de forma unitaria<sup>65</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano parece decantarse por esta teoría, al mencionar que:

“Los principios interpretativos de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, permiten considerar a las distintas disposiciones constitucionales como un complejo normativo armónico, coherente y sistemático. Toda tensión entre ellas debe ser resuelta “optimizando” la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto; de ahí que, en estricto, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los límites que en su virtud les resulten aplicables, forman una unidad.”<sup>66</sup>

### III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

#### A. Antecedentes

La actuación del Estado con respecto a la regulación de un determinado ámbito de la vida de la persona, no puede ser absolutamente irrestricta e ilimitada. Por el contrario, la misma debe encontrarse ajustada a los parámetros que la Constitución Política fija en tal sentido. En el caso concreto de la limitación de derechos fundamentales, dada la dada la afectación directa al

---

<sup>63</sup> *Vid.* CASTILLO CÓRDOVA, Luis “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”. En: GRÁNDEZ CASTRO, Pedro y CARBONELL, Miguel (Coords.) *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Palestra, Lima, 2010, pp. 311 - 317.

<sup>64</sup> CASTILLO CÓRDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, *cit.*, pp. 315.

<sup>65</sup> CASTILLO CÓRDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, *cit.*, pp. 312 -313.

<sup>66</sup> STC. Exp. N° 0019-2005-PI/TC, Fundamento Jurídico N° 12.

ciudadano que implica la limitación, la misma debe ajustarse a los principios establecidos en la norma fundamental, en materia penal (intervención mínima, subsidiariedad, fragmentariedad, legalidad)<sup>67</sup>, para que dicha afectación sea legítima.

Al respecto, el parámetro que recoge dichos principios constitucionales y sirve para determinar si la medida a aplicar es o no legítima, no es otro que el denominado principio de proporcionalidad. Es a través de dicho principio que, tanto el legislador al momento de crear la norma (proporcionalidad en sentido abstracto) como el Magistrado al momento de aplicarla (proporcionalidad concreta), legitiman la afectación de un derecho fundamental del ciudadano, a través de los tres filtros (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

Si bien, como afirma acertadamente AGUADO CORREA<sup>68</sup>, la idea de limitación del poder estatal y la noción de proporcionalidad se remontan a la antigüedad, no es sino hasta el momento del surgimiento de la ilustración que puede hablarse propiamente de un primer periodo de desarrollo del principio de proporcionalidad<sup>69</sup>. En este periodo, como consecuencia del pensamiento filosófico contractualista de la época, los ciudadanos consideraban válido que el Estado pueda limitar el ejercicio de su libertad, pues de esa forma el ejercicio de sus libertades se encontraba en una situación mejor que en la del denominado “Estado de naturaleza”. Por ende, para evitar excesos en dicha posibilidad del Estado de limitar los derechos fundamentales, es que se hacía necesario de un criterio jurídico que sirva de baremo objetivo para determinar cuando la afectación era o no legítima.

Prusia fue el primer Estado que oficialmente incluyó dentro de su ordenamiento jurídico al principio de proporcionalidad. Inicialmente este principio fue ideado para el Derecho de Policía<sup>70</sup>, pasando posteriormente a ser un referente obligatorio del resto de sistemas que incluía el Derecho público, tales como el Derecho penal<sup>71</sup>.

Posteriormente, de la mano de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, el principio de proporcionalidad comenzó a destacar precisamente como el criterio para legitimar las diversas limitaciones a los derechos fundamentales<sup>72</sup>. Es en 1958 que emite la primera sentencia que habla precisamente de la denominada prohibición en exceso, la cual es la

---

<sup>67</sup> En ese sentido: MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Thomson: Civitas, Madrid, 2005, pp. 38 y 39; AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999, p. 55.

<sup>68</sup> Cfr. AGUADO CORREA. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, cit., p. 55.

<sup>69</sup> Cfr. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 44 y ss.

<sup>70</sup> Cfr. BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., pp. 46 – 47.

<sup>71</sup> Cfr. AGUADO CORREA. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, cit., p. 57.

<sup>72</sup> Un análisis sobre la evolución del principio de proporcionalidad y de la prohibición en exceso, puede encontrarse en: KLUTH, Winfried, “Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán”. En: *Cuadernos de Derecho Público*, Vol 5, septiembre – diciembre 1998, INAP, pp. 220 – 237.

denominada “Sentencia sobre las farmacias”<sup>73</sup>, logrando consolidar en las siguientes sentencias el principio de proporcionalidad.

Asimismo, es importante destacar que la constante construcción de este principio no ha sido un producto derivado de la labor exclusiva de la jurisprudencia alemana, sino que su estructura y contenido también han tenido influencia de la jurisprudencia norteamericana (en especial de la Corte Suprema de Estados Unidos de América)<sup>74</sup> y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>75</sup>.

## B. El principio de idoneidad

El primer punto de análisis en el test de proporcionalidad es el de la idoneidad. En este subprincipio debe verificarse si es que la intervención que ha de realizar el Estado es adecuada para lograr un objetivo que goza de validez en un plano constitucional. A su vez, dentro de este análisis, tienen que superarse dos exigencias claras<sup>76</sup>. En primer lugar, tenemos a la identificación de un fin constitucionalmente legítimo, es decir, que la razón por la cual ha de realizarse la restricción del derecho fundamental no se encuentre prohibida expresa o implícitamente por la Constitución<sup>77</sup>. En segundo lugar, tiene que verificarse que la intervención estatal es adecuada para llevar a cabo el fin legítimo propuesto, es decir, que la medida a aplicar debe contribuir a la realización del fin<sup>78</sup>.

En el caso concreto de la norma penal, la superación del principio de idoneidad es casi un hecho y no reviste mayor problema. En primer lugar, en lo referente al fin constitucionalmente legítimo, el fin de la intervención penal no es otro que la protección de la vigencia de las

---

<sup>73</sup> Vid. *Aphoteken Urteil*, BVerfGE 7, 377, de fecha 11 de junio de 1958. En este caso un farmacéutico deseaba poder abrir una farmacia en Baviera. El gobierno no le concedió la licencia para ello, estableciéndose en una Ley una serie de condiciones para abrir la farmacia. Cuando el caso es llevado ante el Tribunal Constitucional Alemán, en el primer ejercicio conocido sobre el principio de proporcionalidad, el Supremo interprete de la Ley fundamental declara que la norma representa una afectación intensa al derecho fundamental al trabajo, razón por la cual decide declararla inconstitucional.

<sup>74</sup> Para un mayor detalle al respecto: Vid. AGUADO CORREA. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, cit., p. 57. Asimismo, un estudio más amplio sobre el punto particular puede encontrarse en: BASTRESS, Robert, “El principio de “la alternativa menos restrictiva” en Derecho constitucional norteamericano”. En: *Cuadernos de Derecho Público*, Vol 5, septiembre – diciembre 1998, INAP, pp. 239 – 255.

<sup>75</sup> Vid. FASSBENDER, Bardo, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En: *Cuadernos de Derecho Público*, Vol 5, septiembre – diciembre 1998, INAP, pp. 51 – 75.

<sup>76</sup> Cfr. BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 693.

<sup>77</sup> Cfr. BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 696.

<sup>78</sup> Cfr. BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 724.

norma<sup>79</sup>, fin que, según la regla anteriormente señalada, no se encuentra prohibido, siendo por tanto un fin legítimo. En segundo lugar, analizando si la norma penal puede servir como un medio para lograr la protección de bienes jurídicos, la respuesta es clara si es que se considera en especial los efectos preventivos que la norma penal puede generar, tanto en un plano social como individual.

### C. El principio de necesidad

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

En el plano de la norma penal, como acertadamente AGUADO CORREA sostiene<sup>80</sup>, se ha de determinar si la conducta penal cumple o no con el principio de mínima intervención. Según este principio, no todo bien jurídico precisa de una protección penal, sino que al tratarse de bienes jurídicos no tan relevantes para la existencia de la sociedad, o, de afectaciones que no sean tan intensas al bien jurídico, puede prescindirse de una norma penal. Dentro del principio de intervención mínima existen otros dos sub principios, cuya comprobación es precisa de realizarse para determinar la necesidad de la conducta.

En primer lugar, tenemos al denominado principio de subsidiariedad, según el cual, sólo ha de acudir a la norma penal cuando sea estrictamente necesario, siendo el último recurso al cual debe llegar el Estado para lograr la protección del bien jurídico.

En segundo lugar, se ha de verificar que la norma penal cumpla con el principio de fragmentariedad, el cual exige que la criminalización de una conducta penal sólo ha de realizarse cuando la afectación al bien jurídico protegido sea intensa o su puesta en peligro sea grave.

---

<sup>79</sup> Vid. JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs*, tomo I, trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp.41 - 56.

<sup>80</sup> Cfr. AGUADO CORREA. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, cit., p. 214 – 263.

#### D. El principio de proporcionalidad en sentido estricto (juicio ponderativo)

En lo referente a la ponderación en sentido estricto, la misma tiene tres fases: la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación<sup>81</sup>. Sólo una vez realizada la valoración de las tres fases es que se podrá crear lo que vendrá a ser la regla de precedencia condicionante. Para hacer más gráfica la presente explicación de la teoría de la ponderación, nos hemos de valer del conflicto de derechos fundamentales producido por el actualmente denominado Marco para la Paz, que tiene sus antecedentes claros en la denominada Ley de Justicia y Paz colombiana, que otorgaba una pena muy reducida a ex paramilitares, a cambio de deponer las armas, someterse al proceso de paz, y, reparar a las víctimas del conflicto armado que hubiesen afectado. En el mismo sentido, el gobierno colombiano busca negociar la paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), las mismas que llevan aproximadamente una lucha de 40 años por conseguir el poder. Independientemente de las solicitudes de carácter político de las FARC, la oferta del gobierno sigue los mismos términos –en materia penal- que la usada en la Ley de Justicia y Paz. A continuación analizaremos si sería o no posible que el Marco para la Paz fuera aprobado.

El primer paso es definir el grado de afectación de los derechos fundamentales. Para ello nos basamos en la clasificación que ha sido realizada por ALEXY en tres niveles: “afectación leve”, “afectación media” y “afectación intensa”. En el caso de la Ley mencionada, los derechos en conflicto son por un lado el Derecho a la paz de la sociedad colombiana, que se materializaría en el derecho de todo ciudadano a gozar de un ambiente seguro en el que no existiera un conflicto. Por otro lado el derecho de las víctimas a la verdad, entendido como el derecho a conocer los pormenores de la afectación de derechos fundamentales; de justicia, entendido como el derecho de obtener una sanción equivalente al daño causado; y reparación, que es el derecho de la víctima por excelencia a recibir una compensación económica por los daños sufridos como consecuencia del delito.

La aprobación de la ley significaría una afectación leve al derecho a la verdad, pues los guerrilleros se obligarían a confesar los crímenes cometidos, sin que existiera un proceso exhaustivo en el cual se pudiera averiguar la exactitud de todas las violaciones de derechos humanos que fueron perpetrados por ellos; una afectación intensa al derecho a la justicia, porque implicaría una rebaja de penas substancial, por debajo incluso del mínimo legal. De otro lado, la misma de no ser aprobada, significaría una afectación intensa al derecho a la paz, toda vez que el conflicto armado seguiría existente y podrían producirse nuevos crímenes que afectarían a la sociedad en su conjunto; sin embargo, dicha desaprobación no implicaría una afectación al resto de derechos, pues los mismos se mantendrían incólumes al esperar que el proceso penal siga su curso.

---

<sup>81</sup> Cfr. BERNAL PULIDO, *El derecho de los derechos*, cit., p. 99.

El segundo, siguiendo la teoría de ALEXY, es acudir a la denominada fórmula de los pesos, en ella se asigna un determinado valor a la afectación de los derechos fundamentales, siendo que existirían tres factores fundamentales para poder realizar la ponderación: el peso abstracto del principio (cuánto vale el principio en la sociedad concreta), el peso concreto del mismo (cuál es el peso de la afectación: intensa 3, media 2, y leve 1), y la seguridad de la afectación del principio (certeza de que el principio será afectado). Por ejemplo en el caso tratado, el peso abstracto de la paz se le podría asignar un valor de 10, su peso concreto constituido por el grado de afectación sería de 3, y el de la seguridad de la afectación sería 1. Por otro lado, el peso conjunto asignado a la justicia y la verdad sería de 8, su valor promedio en función a la afectación sería de 1.6. Ahora, para resolver cuál de los dos tendría un mayor valor, se habría de multiplicar las variables de la paz entre las de los derechos de las víctimas, y, viceversa. Luego de hacer esta operación matemática se podría determinar cuál de las dos opciones es la que más beneficios puede generar para la sociedad en donde se aplica. De los dos resultados que se obtienen se deberá elegir el más beneficioso. En buena cuenta, si el primer resultado es mejor que el segundo se deberá aprobar necesariamente la norma, en caso contrario la misma deberá ser desaprobada. En el caso planteado la aprobación de la norma tendría un resultado de 2.3, mientras que su desaprobación tendría un resultado de 0.42. En conclusión, es evidente que la norma debe de ser aprobada.

Somos de la opinión que la fórmula de los pesos planteada por ALEXY es un buen intento por centrar la ponderación; sin embargo, es en la realidad impracticable. Ello porque no resulta posible atribuirle un valor abstracto al principio que resulta afectado<sup>82</sup>. Finalmente, la determinación de este valor no dependerá de un proceso previo y tasado, sino de la voluntad y el cálculo que tuviere el intérprete.

El tercer paso es la carga argumentativa, que se da cuando existe una igualdad en los resultados numéricos producidos en la fórmula de los pesos. Ahora bien, a nuestro entender este paso podría reformularse, siendo reemplazado por un ejercicio argumentativo que si bien comparte el mismo principio que la fórmula de los pesos de ALEXY (la obtención de un mayor beneficio para la sociedad), no se arriesga a asignar una valoración numérica de los principios, sino que opta por dar una fundamentación basada en la consecuencia de la resolución del conflicto de derechos. Con ello hacemos referencia expresa a la utilización de los conceptos y herramientas metodológicas que nos brinda el análisis económico del derecho<sup>83</sup>, en la medida que las mismas sean aplicables, aunque un sector de la doctrina penal se oponga a su uso<sup>84</sup>.

---

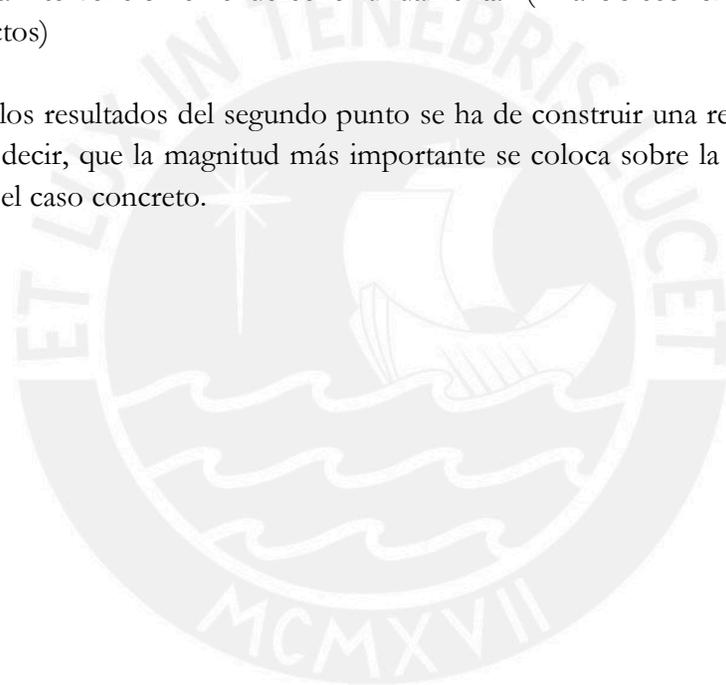
<sup>82</sup> En ese sentido: LOPEZ STERUP, Henrik, “Ponderación y sus límites: algunas consideraciones sistemáticas”. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.) *La ponderación en el Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008. pp. 205 y ss.

<sup>83</sup> Para un mayor detalle sobre el particular: *Vid.* ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, “Análisis económico del derecho y política criminal”. En: *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, Grijley, Lima, N° 6, 2005, p. 354 – 355; COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y economía*, 2ª ed., Fondo de cultura económica, México D.F. 1999;

Reformulando entonces la teoría de la ponderación de ALEXY, siguiendo el modelo propuesto por BERNAL PULIDO<sup>85</sup>, el análisis de ponderación para el conflicto de derechos fundamentales se realizará de la siguiente forma:

- i) Se ha de determinar las magnitudes que han de ser ponderadas, con lo cual se ha de verificar la importancia del derecho fundamental restringido y la importancia del fin que se busca con la intervención. (Determinación del grado de afectación del derecho fundamental)
- ii) El segundo punto es comparar ambas magnitudes, a efectos de determinar si la importancia del fin perseguido es mayor a la importancia de la intervención en el derecho fundamental. (Análisis económico de los efectos)

Sobre la base de los resultados del segundo punto se ha de construir una regla de precedencia condicionada, es decir, que la magnitud más importante se coloca sobre la segunda, pero con efectos sólo para el caso concreto.

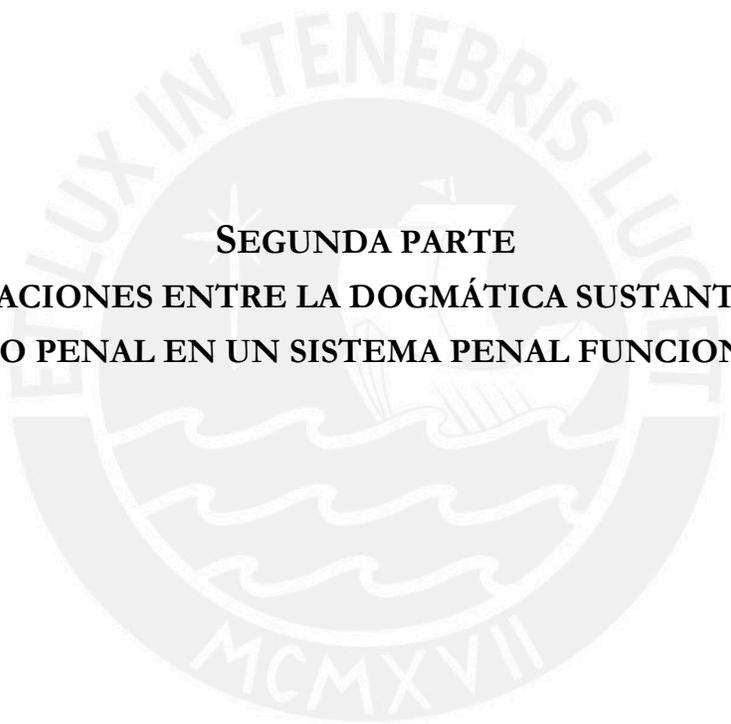


---

ROEMER, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1994, *passim*

<sup>84</sup> En contra de este análisis costo beneficio: *Vid.* GARCÍA CAVERO, “Comentario al Art. VIII del Título Preliminar del Código penal peruano”. En: *Código penal comentado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 218 – 220, quien rechaza de plano toda idea utilitarista. De distinto parecer: MIR PUIG, Santiago. “Límites al normativismo en Derecho Penal”. En: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>, fecha de consulta 22 de enero de 2010, p. 14, quien considera que precisamente el análisis costo beneficio precisa de ser realizada en el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto.

<sup>85</sup> Cfr. BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 765.

A large, faint watermark of the university's logo is centered on the page, featuring the Latin motto "ET LUX IN TENEBRIS LUCET" and the year "MCMXXVII".

**SEGUNDA PARTE**  
**LAS RELACIONES ENTRE LA DOGMÁTICA SUSTANTIVA Y EL**  
**PROCESO PENAL EN UN SISTEMA PENAL FUNCIONALISTA**

## CAPÍTULO TERCERO

### EL SISTEMA PENAL FUNCIONAL

#### I. PRELIMINARES

La creación de un sistema penal funcional en los términos que hemos de desarrollar se debe fundamentalmente al aporte de tres grandes pensadores: Georg Wilhelm HEGEL<sup>86</sup>, Niklas LUHMANN<sup>87</sup>, y Günther JAKOBS<sup>88</sup>. Es gracias a sus creaciones y a los posteriores aportes de sus discípulos como Heiko LESCH, Michael PAWLIK, Gunther TEUBNER, que el funcionalismo sistémico como corriente dogmática de explicación del Derecho penal ha adquirido una relevancia fundamental dentro del ámbito continental, especialmente latinoamericano<sup>89</sup>, tanto a nivel de propagación de sus postulados, como su recepción en la jurisprudencia<sup>90</sup>. De ahí que no resulta extraño que importantes casos de la justicia penal latinoamericana hayan sido resueltos utilizando el aparato conceptual brindado por la teoría del delito de JAKOBS.

---

<sup>86</sup> Básicamente: HEGEL, Georg Friedrich Wilhelm, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, trad. , Carlos Diaz, Libertarias, Madrid, 1993, *passim*.

<sup>87</sup> *Vid.* LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, *cit.*, *passim*.

<sup>88</sup> Fundamental para entender sus postulados: JAKOBS, Günther, *Norm, Person und Gesellschaft - Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2008, Asimismo, en español puede consultarse: JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, *cit.*, cabe señalar que el mismo no es una traducción del texto citado en primer lugar. Asimismo, para una magnífica y sumamente clara introducción a los postulados de la escuela funcionalista véase: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, “Una introducción a la obra de Günther Jakobs”. En IDEM (Director), *El funcionalismo en el derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs*, tomo I, Universidad Externado de Colombia - CIFI, Bogotá, 2003, pp. 21-36.

<sup>89</sup> La importancia se puede evidenciar en el incremento sustancial de dogmáticos que comparten los postulados funcionalistas sistémicos, entre los cuales destacan en Colombia Eduardo MONTEALEGRE, LYNETT Jorge PERDOMO TORRES, Yesid REYES ALVARADO, y Nathalia BAUTISTA PIZARRO; en Argentina Marcelo SANCINETTI, Omar PALERMO, y Guillermo ORCE; en Chile Alex VAN WEEZEL, José Ignacio PIÑA ROCHEFORT; y en Perú José CARO JOHN, Julio MAZUELOS COELLO, y Percy GARCÍA CAVERO.

<sup>90</sup> *Vid.* CARO JOHN, José Antonio, “Sobre la recepción del sistema funcional normativista de Günther Jakobs en la jurisprudencia penal peruana”. En MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Director), *El funcionalismo en el derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs*, tomo II, Universidad Externado de Colombia - CIFI, Bogotá, 2003, pp. 135 – 169.

La corriente funcionalista sistémica se denomina de tal forma porque pretende explicar el Derecho penal desde la función que el mismo cumple como sistema jurídico en la sociedad que se inserta<sup>91</sup>. La corriente a su vez es denominada sistémica, pues su análisis fundamentalmente se realiza sobre los postulados de la teoría de los sistemas de LUHMANN. Como nota esencial del funcionalismo sistémico tenemos la premisa de no acudir a criterios que no hayan sido originados por el sistema mismo con el objeto de legitimar y desarrollar una determinada institución. Para definir los rasgos generales de esta corriente hemos dividido su análisis en los tres grandes tópicos que lo definen: la tendencia a la normativización; la redefinición del objeto de protección; y una nueva visión de la función de la pena.

## II. EL NORMATIVISMO EN EL SISTEMA PENAL

Para entender el proceso de normativización hay que entender los aspectos previos a él. Con ello hacemos referencia a la tendencia que un determinado sector de la doctrina ha convenido denominar como naturalista<sup>92</sup>. Según el naturalismo, el sistema jurídico es un fenómeno que es susceptible de ser analizado bajo las reglas propias de las leyes físicas<sup>93</sup>. A partir de este postulado, en un determinado periodo del desarrollo doctrinario penal, se dio una especial relevancia a estos aspectos individuales propios de cada sujeto para la realización de la creación de estructuras dogmáticas, e incluso ciertas características físicas individuales fueron tomadas como objeto de estudio por parte de la ciencia penal<sup>94</sup>. En el plano estrictamente dogmático sustantivo, los postulados naturalistas tienen a Franz VON LISZT y su teoría causalista como máximos referentes iniciales. El causalismo jurídico penal toma para sí la idea de causalidad externa y adopta sus postulados a ella, haciendo que las instituciones del sistema penal se determinan de manera similar a lo sucedido en el mundo empírico. De esa forma, la comisión de un delito no era otra cosa que la alteración externa del mundo físico. Así, el punto de partida de todo el sistema no era una referencia a sí mismo, sino a criterios externos, incluso fuera del sistema jurídico. Visto con un ejemplo real de la jurisprudencia alemana de esa época<sup>95</sup>, si una persona repartía vinos a un burdel, entonces dicha conducta era considerada

---

<sup>91</sup> Vid. MONTEALEGRE LYNETT y PERDOMO TORRES, *Funcionalismo y normativismo penal*, cit., pp. 7 – 8.

<sup>92</sup> Cfr. LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, trad. Javier Sánchez – Vera, cit., pp. 16 – 27.

<sup>93</sup> Cfr. VON LISZT, Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 22ª ed., Walter de Gruyter, Berlin/Leipzig, 1919, § 28

<sup>94</sup> En ese sentido, podemos encontrar a la escuela criminológica clásica que consideraba que el sistema penal debía avocarse al estudio del delincuente, especialmente a ciertas características antropomórficas y biológicas del individuo, propugnada especialmente por autores como Cesare LOMBROSO, Rafael GAROFALO, Y Enrico FERRI. Vid. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*. 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 72 y ss.

<sup>95</sup> Nos referimos al caso del burdel: RGSt 39, pp. 44 y ss. (Sentencia del Tribunal del Imperio, de 14 de junio de 1906).

como una colaboración al delito de proxenetismo, en la medida de que gracias al vino el número de clientes del burdel se incrementaba.

Esta forma de entender al sistema penal, sobre la base de criterios naturales y ontológicos, es el punto central de discrepancia de la corriente normativista. Según esta corriente dogmática jurídica, el sistema penal no debe basar la creación y la concreción de sus instituciones en factores extrajurídicos<sup>96</sup>, sino que los únicos procesos a tener en cuenta son los que se adecuan a las reglas y principios propios del sistema. Para el normativismo, la referencia a características particulares y externas deben de ser obviadas, a menos que las mismas sean expresadas en una norma, con lo que pasan a formar parte del sistema y ser un criterio válido a tomar en cuenta. El planteamiento antes descrito tiene su máxima expresión en la idea del rol y de la posición de garante que de él emana<sup>97</sup>. Visto con el ejemplo antes mencionado, actualmente el repartidor de vinos no tendría ninguna responsabilidad jurídico – penal por el hecho imputado, pues su actuación se encuentra dentro de los parámetros de su rol, no existiendo norma jurídica alguna que extienda su posición de garante y lo obligue a adoptar una conducta destinada a evitar de surtir al burdel de vino.

Como vemos, entre el naturalismo y el normativismo existe una diferencia absolutamente sustancial, la cual radica en el origen de los postulados que cada una propugna, y las consecuencias que de ellos se derivan. El primero se construye sobre la base de una constatación de la realidad y del funcionamiento empírico de la misma, esto es el *ser*. El segundo basa su construcción no en lo que sucede, sino en lo que la sociedad desea que suceda, expresando dicha voluntad en una norma, esto es el *deber ser*. En términos de la teoría de los sistemas, el planteamiento de una opción normativista implica considerar que el sistema jurídico es un sistema social diferenciado que maneja un código de comunicación propio, según el cual determina si la comunicación que recibe pertenece al sistema o al entorno (todo aquello que se encuentre fuera del sistema)<sup>98</sup>. De esta forma, la interpretación de las instituciones y su proceso de creación, salvo que el sistema mismo lo haya permitido (Vgr. La

---

<sup>96</sup> MONTEALEGRE LYNETT y PERDOMO TORRES, *Funcionalismo y normativismo penal*, cit., p.

<sup>97</sup> El rol es entendido como el haz de derechos y deberes del cual un sujeto es portador en un contexto jurídico concreto. Existe un rol básico que es el rol de ciudadano y sobre la base del mismo existe múltiples roles especiales, tantos como interacciones hay al interior de una sociedad (padre, taxista, policía, etc.). Vid. CARO JOHN, José Antonio, *Das erlaubte Kausieren verboten Taten - Regressverbot*, Nomos, St. Gallen, 2007, pp. 82 y ss. Asimismo, desde una perspectiva Luhmaniana: PIÑA ROCHEFORT, José Ignacio, *Rol social y sistema de imputación. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal*. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Dir.), *El funcionalismo en el derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs*, tomo II, Universidad Externado de Colombia - CIFI, Bogotá, 2003, pp. 39 – 60.

<sup>98</sup> GOMEZ – JARA DIEZ, Carlos, “Una teoría constructiva de la pena: la retribución comunicativa”. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y CARO JOHN, José Antonio (Eds.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Universidad Externado de Colombia - CIFI, Bogotá, 2008, pp. 108 – 110.

ponderación, el principio de oportunidad, la sentencia anticipada, entre otros), sólo ha de realizarse teniendo en consideración criterios exclusivamente jurídicos<sup>99</sup>.

El normativismo tiene una gran acogida en el mundo moderno, toda vez que el mismo presupone la necesidad de crear estructuras comunicativas supraindividuales, que sirvan de referente para posibilitar la interacción social en todos los planos: las expectativas normativas. Por ello, en un mundo moderno donde el contacto individual es impensable, sólo queda acudir al contacto personal.

### III. LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE PROTECCIÓN

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

En una teoría naturalista del sistema penal el objeto de protección del mismo es la protección de bienes jurídicos, entendiendo por bienes jurídicos no al concepto actual que podría asemejarse al concepto normativo de un bien jurídico, sino considerándolos como unos elemento preexistente al Derecho penal y al Derecho incluso, tal como la vida, la salud, o la propiedad, surgiendo una criticable identidad absoluta entre el bien y el derecho<sup>100</sup>.

Una teoría normativista del sistema penal discrepa de la idea de que el sistema penal proteja a los bienes jurídicos, fundamentalmente por el contexto social de nuestra época. En la actualidad la sociedad es una sociedad de riesgos, en la cual los bienes jurídicos se encuentran en constante interacción, pudiendo los mismos sufrir un menoscabo, sin que dicha afectación tenga algún grado de juridicidad penal<sup>101</sup>. Por ejemplo, el boxeador que participa en una pelea, posteriormente, no podrá denunciar al otro boxeador por las lesiones que él le cause en el marco normal de una pelea. Asimismo, yendo a un plano menos básico, la protección de bienes jurídicos tiene el problema del momento en el cual ella se da, pues el sistema penal siempre entra en funcionamiento cuando la lesión del bien jurídico ya ha sido realizada<sup>102</sup>. Por ende, si se considera que el sistema penal sirve para la protección de bienes, entonces dicha

---

<sup>99</sup> Una referencia de un sistema jurídico que pretendía este mismo objetivo es el sistema jurídico propuesto por Hans KELSEL, quien podría ser considerado como el más grande representante del normativismo jurídico en general.

<sup>100</sup> JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico – penal*, trad. Manuel Cancio y Bernardo Feijoo, Universidad Externado de Colombia - CIFI, Bogotá, 2004, pp.50 – 52.

<sup>101</sup> JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico – penal, cit.*, p. 54 - 56.

<sup>102</sup> POLAINO - ORTS, Miguel, “Vigencia de la norma: el potencial de un concepto”. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Dir.), *El funcionalismo en el derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs*, tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá - CIFI, 2003, pp. 75 – 77.

función sólo puede ser entendida prospectivamente de forma psicológica, es decir, tendiente a que en el futuro pueda volver a suceder, protegiéndose sólo de forma tangencial al bien jurídico y no de forma directa<sup>103</sup>.

El sistema funcional normativista tiene otra consideración, partiendo de la idea de que el Derecho penal no protege la lesión de bienes jurídicos, sino la lesión de derechos, siendo más específicos la defraudación de una expectativa normativa<sup>104</sup>. En una sociedad existen dos tipos de expectativas, las expectativas cognitivas y las normativas. Las primeras forman parte de la naturaleza del ámbito ontológico, siendo su principal característica su imposibilidad de exigibilidad. Entre ellas tenemos la expectativa de que haya un día soleado, la esperada fidelidad de la pareja sentimental pre - matrimonial, o la creencia en supersticiones. Por otro lado, cuando nos referimos a las expectativas normativas el concepto es distinto, pues ellas si pueden ser exigibles a una determinada persona a través de los mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico. Dicha exigibilidad reside en el origen de la expectativa: una norma que genera una obligación, entendida como una relación entre personas<sup>105</sup>. Entre ellas tenemos la expectativa de que no sufriremos un asalto al ir por la calle, el esperar que la persona con quien realizamos un contrato lo cumplirá, o que en caso de ser detenidos no seremos objeto de tortura por parte de los funcionarios del Estado.

El objeto de protección del sistema penal desde una óptica funcionalista – normativista, no puede ser el bien jurídico en sentido clásico, por su identidad con factores fenomenológicos. La razón de ser del sistema penal pasa a ser la protección de la identidad normativa de la sociedad, esto es, del conjunto de expectativas que tiene una sociedad y que alcanzan un grado de importancia en la misma, las cuales se han institucionalizado y expresado en el sistema jurídico a través de normas constitucionales en principio y que luego son protegidas a través de normas penales. Ahora bien, a diferencia de la protección clásica de bienes jurídicos, la protección de expectativas normativas parte de la hipótesis de que las mismas pueden ser defraudadas; sin embargo, dicha defraudación no será tenida como válida, sino que a través de un mecanismo comunicativo igualmente relevante (la pena), las personas pueden confiar en que la expectativa que los orientaba al interior del sistema sigue vigente, incluso pese a la defraudación cognitiva<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico – penal*, cit., p. 51.

<sup>104</sup> *Vid.* SÁNCHEZ – VERA GÓMEZ TRELLES, “Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal”. *cit.*, pp. 391 - 423.

<sup>105</sup> JAKOBS, Günther, “Sobre la génesis de la obligación jurídica”. En *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, N° 23, 2000, pp. 340 y ss.

<sup>106</sup> LUHMANN, “El derecho como sistema social”, *cit.*, pp. 94 y ss.

#### IV. LA FUNCIÓN DE LA PENA

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

La teoría de la pena, con muchas variantes y peculiaridades propias, puede ser reconducida a tres grandes teorías<sup>107</sup>: las teorías retributivas, cuyo énfasis se da en el hecho ocurrido en el pasado, el cual precisa de una reacción para estabilizar el presente; las teorías preventivas, que – en un plano general o individual- centran su interés en el futuro antes que el presente o el pasado, pretendiendo evitar la producción de posteriores hechos; finalmente, las teorías mixtas, que pretenden coger elementos de ambas teorías para justificar la aplicación de la pena.

##### A. Teorías retributivas

Las teorías retributivas puras de la pena son las primeras en aparecer históricamente. Ellas niegan a esta consecuencia jurídica todo contenido de corte utilitarista, considerando que ella es un fin en sí mismo, una consecuencia necesaria del ordenamiento jurídico. La divergencia entre las teorías postuladas entre esta corriente se da en la razón por la que ha de sancionarse el quebrantamiento de la norma. Sus principales representantes son KANT (retribucionismo ético) y HEGEL (reestablecimiento de la voluntad general negada por el delincuente).

##### 1. *La teoría retributiva de KANT*

La primera forma de retribución la podemos encontrar en la teoría de KANT, a quien incluso puede considerársele un retribucionista puro, pues a entender de KANT la pena sólo servía para la realización del valor justicia, lo cual queda absolutamente claro si tomamos su famoso ejemplo de la isla.

“Si la sociedad civil llegara a disolverse por decisión de todos sus miembros, como si por ejemplo un pueblo que habitara una isla se decidiera a abandonarla y a dispersarse por todo el orbe, el último asesino detenido en una prisión debería ser ejecutado antes de esa disolución, a fin de que cada uno reciba su merecido, ya que de otro modo el crimen de homicidio recaería colectivamente sobre el pueblo que descuida imponer un castigo; porque entonces podría ser

---

<sup>107</sup> Por razones de espacio haremos sólo una mención somera de las grandes teorías de la pena. Para un mayor detalle sobre las mismas: LESCH, Heiko, *La función de la pena*, trad. Javier Sánchez – Vera, Universidad Externado de Colombia - CIFD, Bogotá, 1999, pp. 11 – 71.

considerado como partícipe de esa violación pública de la justicia. Es preferible que muera un hombre a que se eche a perder todo un pueblo; pues si se va a pique la justicia, no tiene sentido ya que vivan los hombres sobre la tierra: *fiat iustitia ut perra mundos*<sup>108</sup>

Como se desprende de la lectura del anterior texto, para KANT la pena únicamente tiene un ideal de justicia, por lo cual entiende que ésta se deberá aplicarse inevitablemente, aunque no resulte necesaria. De esa forma, la postura de KANT se aparta de todo criterio utilitarista, centrándose exclusivamente en la realización metafísica de la justicia. La razón de este apartamiento se da en la idea universal de los valores de KANT. Si tomamos en cuenta que para él existe un imperativo categórico que es común a toda sociedad, y el delito tendría una relación directa en contra del imperativo categórico, entonces podemos concluir que el delito es una infracción que no sólo atenta contra la sociedad en concreto donde se produjo. Por el contrario, el delito en realidad atentaría contra toda la humanidad, la misma que estaría obligada a sancionarlo. De ahí que, sin importar la sociedad concreta en la cual se habría dado el hecho o que esta se disolviera, es necesario sancionar el delito, pues la afrenta no sólo afectó a la sociedad, sino a toda la universalidad.

La principal crítica realizable a KANT es su extremo idealismo, pues a su entender la pena sólo debería ser impuesta por un criterio fundamentalmente racional. Asimismo, el delito –al menos desde la perspectiva sostenida en este trabajo– no siempre coincide con el imperativo categórico, toda vez que existen delitos que corresponden a la identidad normativa de una sociedad en concreto y no necesariamente pueden ser delitos en una sociedad distinta. Es el caso del delito de bigamia, que para algunas sociedades es delictivo, pero que para otras –por diversas razones– no lo es.

## 2. *La teoría retributiva de HEGEL*

A diferencia de KANT, HEGEL expresa una postura retribucionista moderada en lo que respecta a la pena. La concibe como el resultado de un proceso dialéctico, donde la norma general que ha sido violentada representa una tesis, el delito cometido por la persona es una antítesis, siendo la pena la síntesis en este proceso.

Para HEGEL, la pena no vendría a ser en sentido estricto un fin en sí mismo –como lo señala KANT– por ende se guía por la necesidad social de esta y su utilidad, sin dejar de lado los criterios retribucionistas. Así, la postura hegeliana se adecua al principio de necesidad del Derecho penal, en tanto él concibe que la pena necesariamente tiene que aplicarse cuando vaya

---

<sup>108</sup> KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*, trad. Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 168-169.

en contra del orden jurídico de una determinada sociedad, pero no porque con ella se alcance un ideal de justicia, sino con el fin de restaurar este orden social quebrantado por el delincuente con el delito.

Por ello, la retribución no sería de corte ética, sino de utilidad social, porque para HEGEL la pena tiene la función de reafirmar al derecho, el cual fue violentado por el delincuente, y en tanto sirve para reafirmarlo es necesario penar al delincuente. Sólo mediante la pena se transmite un mensaje intersubjetivo a la colectividad de que el ordenamiento jurídico sigue en pie y, por ende, también la identidad social que se esconde tras las normas, consiguiéndose el efecto de estabilización de la sociedad.

Podemos llegar a afirmar, que para HEGEL el criterio kantiano de negación de una función de la pena resulta absurdo, porque ésta en realidad tiene una función a pesar que resulte inconcebible en el pensamiento kantiano que la considera como un fin en si mismo y por ende carente de funciones. El razonamiento es ilógico, ya que aunque KANT no lo afirma la pena si está cumpliendo una función para él, que es la afirmar el ideal de justicia, por lo que no vendría a ser un fin en sí mismo sino un medio, que en su caso sería la afirmación de la justicia.

Tomando como base el ejemplo Kantiano de la isla, podemos llegar a afirmar que para Hegel, no hubiese sido necesario penar al delincuente, ya que la pena en realidad hubiese resultado inútil. Si bien con la pena se reafirmaría el ordenamiento jurídico quebrantado por el delincuente, ello resultaría inútil, porque la sociedad se va a extinguir y no requiere que se reafirme un ordenamiento jurídico que después de su inmediata disolución va a desaparecer. De pensarse al delincuente ello ya no respondería a ningún interés ni social ni individual, por lo que la pena sería innecesaria.

## **B. Teorías preventivas**

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

### *1. Prevención general positiva*

Tradicionalmente se suele ubicar a la obra de HEGEL dentro de las teorías retributivas. No obstante, demostraremos que dicha ubicación es incorrecta, debiendo sus postulados ser parte de la prevención general positiva.

El postulado básico de la teoría Hegeliana de la pena va de la mano con su concepción de dialéctica. Para HEGEL cuando una persona delinque contradice a la sociedad (tesis), intentando imponer su voluntad individual. Por ello, la sociedad reacciona contra esa comunicación con una pena (antítesis), la cual vendría a ser la reafirmación de que la voluntad general de la sociedad (síntesis).

Este postulado dialéctico debe ser puesto a prueba con el ejemplo de la isla de KANT. Para KANT, pese a que la sociedad que vive en una isla decidiera abandonarla y que la sociedad perezca, debe sancionarse a todos los delincuentes, porque de lo contrario el mal caería en los ex integrantes. La postura hegeliana sería absolutamente distinta, pues para este filósofo, con la extinción de la sociedad, no sería necesaria la aplicación de la pena, pues ya no sería útil que se reafirme una voluntad que está extinta.

Como vemos, dentro de la tesis de HEGEL existe un claro utilitarismo, pues lo que se busca no es la sanción en sí misma, sino la sanción como forma de reafirmar la voluntad del ordenamiento jurídico. He ahí la razón por la cual no podría ubicarse dentro de la teoría retributiva.

En la actualidad, los conceptos de Hegel fueron reactualizados por Günther JAKOBS, quien inicialmente retomó el postulado dialéctico de HEGEL<sup>109</sup> y combinados con la teoría de los sistemas de LUHMANN, considerando que la pena no era más que la confirmación de la configuración normativa de la sociedad<sup>110</sup>. De esta manera la pena cumplía dos tipos de funciones, una manifiesta, que era la confirmación de la vigencia de la norma, y funciones latentes, las cuales se relacionaban a las expectativas cognitivas, pues no podía exigirse su cumplimiento.

Actualmente, la teoría de la pena de JAKOBS ha sufrido una gran variación, pues el acento ya no se pone sólo en el aspecto normativo que causa la pena, sino que se ha de valorar también el lado empírico<sup>111</sup>. Desde esta perspectiva, la pena no sólo va a cumplir una función

---

<sup>109</sup> Vid. JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 24 y ss.

<sup>110</sup> JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, cit., p. 32.

<sup>111</sup> Vid. JAKOBS, Günther, “La pena estatal: significado y finalidad”, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. En: Montealegre Lynett, Eduardo (coord.), *Derecho Penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*, tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, *passim*.

comunicativa, porque bastaría el pronunciamiento de la culpabilidad de una persona para que dicha comunicación se realizase, sino que la misma también debe causar un efecto psicológico en la persona, el cual JAKOBS identifica con el dolor. Con esta nueva concepción, la cual ha sido aplaudida por un sector de la doctrina<sup>112</sup>, se da un giro en torno a lo que JAKOBS concebía como función de la pena, pues a la misma también habrá de asignársele funciones empíricas.

## 2. *Prevención general negativa*

Los defensores de estas teorías consideran que la única función que ha de asignársele a la pena es la intimidación de futuros delincuentes. Dicho de otra manera, la pena es un mal con el que se amenaza a todo ciudadano de realizar un hecho punible.

El representante más destacado de esta teoría fue el filósofo Anselm VON FEUERBACH<sup>113</sup>. Para este autor el hecho de que una persona no tenga derecho a realizar una determinada acción, es justificación suficiente para que la misma pueda ser amenazada con la imposición de una sanción<sup>114</sup>. Ante ello, la pena no es más que la amenaza que usará la sociedad contra aquella persona que intenta arrogarse un ámbito de organización que no le compete.

En la actualidad la intimidación como fundamento de la pena está siendo redefinida sobre la base de conceptos económicos, siéndole agregados factores extra normativos, con el objeto de alcanzar la disuasión. Entre estos postulados destaca el trabajo del premio Nobel de economía, Gary BECKER<sup>115</sup>. Según BECKER, la creación de una norma penal por sí misma no va a significar la eliminación de la conducta prohibida, sino que han de existir factores adicionales que el Estado ha de considerar para la aplicación de la norma, cuya ausencia haría que ésta sea ineficaz y consecuentemente la conducta prohibida siga siendo realizada.

La probabilidad de ser penado, constituye el primer riesgo que el delincuente tiene que asumir para tomar la decisión de delinquir. Para aumentar ésta probabilidad el Estado y en algunas ocasiones los particulares, han de incidir en una serie de gastos que son la aprensión del delincuente (Policías, sistemas de seguridad privados, videocámaras, etc.), el procesamiento y la ejecución de la pena del delincuente (Una Fiscalía, un Sistema Judicial, una serie de instituciones para el cumplimiento real de la pena).

---

<sup>112</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Del Derecho abstracto al Derecho “real””. En: [http://www.indret.com/pdf/377\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/377_es.pdf), última fecha de consulta: 22 de octubre de 2008.

<sup>113</sup> Una mayor referencia sobre la obra de FEUERBACH, Vid. FEUERBACH, Anselm, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, *passim*.

<sup>114</sup> Cfr. JAKOBS, Günther, “La pena estatal: significado y finalidad”. En: *Derecho Penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*, cit., pp. 15 - 61.

<sup>115</sup> BECKER, Gary. “Crime and Punishment: An Economic Approach”. En: *Journal of Political Economy*, Vol 76, N° 3, 1968, pp 169 – 217.

El segundo factor que el delincuente ha de tomar en cuenta es la drasticidad de la sanción, se asume que mientras más drástica sea la sanción, mayor será el desincentivo del delincuente, lo cual lo determinará a no realizar la conducta criminal. Implica solamente que el congreso se reúna y emita una ley aumentando la severidad de las penas.

Por ejemplo, de existir una norma que sancionase a cadena perpetua a las personas que cometan el delito de *insider trading*, dicha norma sería ineficiente, pues aunque el segundo factor está presente (pena drástica), la posibilidad de que el delincuente sea capturado es mínima, por tanto el delincuente seguirá realizando la conducta criminal. De forma inversa, si es que se moviliza todo el aparato estatal y privado para lograr la captura de personas que cometan el delito de *insider trading* (cumpliendo con ello el primer factor), y la pena fuese una simple multa, entonces el potencial delincuente realizaría el delito.

Ambos factores han de concurrir necesariamente para que la prohibición de la conducta sea realmente eficiente, dado que de darse tan sólo uno no se lograría desincentivar al delincuente. Es necesario señalar la existencia de un tercer factor, el cual si bien no es mencionado por BECKER resulta trascendente en los delitos pasionales. Nos referimos a la motivación del delincuente, la misma que no puede ser objeto de medición, por pertenecer a la esfera absolutamente privada del criminal.

Toda persona con capacidad de ejercicio tiene la posibilidad entre optar entre una actuación en contrario o según el derecho, siendo la pena un reproche a la persona cuando esta actué en contra de lo que se espera de ella (en contra de una expectativa social, materializada en la norma). Por lo tanto, la pena entendida como un reproche, sólo podrá servir cuando el autor ha defraudado una norma y no servirá como medio disuasor para dirigir la conducta de la persona, ya que no hacerlo se le estará negando la capacidad de discernimiento al obligarlo a actuar de una determinada forma. Lo que los relativistas negativos hacen al fijar una pena es señalar que el sujeto no es una persona que razona libremente, sino es una ser sin capacidad para discernir (un inimputable o incapaz), al cual hay que estar intimidándolo a cada momento para que no delinca.

### 3. *Prevención especial positiva*

Al igual que el resto de teorías, también pretende la motivación de los ciudadanos, para que ellos no delinca. No obstante, la forma como realizar esta motivación es distinta, siendo el camino la resocialización.

De todas las teorías de la pena, la única que aparentemente parecería tener un respaldo absolutamente constitucional sería esta, dado que el art. 139, numeral 22, de la Constitución Política del Estado indica que precisamente esta sería la función del régimen penitenciario.

Somos de opinión distinta, porque a nuestro entender el mandato constitucional tan sólo se encuentra referido a un subsistema penal que es el de la ejecución de la pena, el cual sí tendría exclusivamente esta función; mas, ello no implica que todo el sistema penal deba compartirla.

#### 4. *Prevención especial negativa*

Para los defensores de estas teorías de la pena, vinculados estrechamente al positivismo, consideraban que los delincuentes podían ser tratados como seres sensitivos, para quienes las penas debían tener una utilidad en función a sus características personales. *Corregir*, en el caso de delincuentes capaces de corregirse; *Intimidar*, en caso del delincuente que no requiere de corrección; *Inocuiñar*, cuando el delincuente es incapaz de ser corregido<sup>116</sup>.

### C. Teorías Mixtas

Finalmente, tenemos a las teorías mixtas, que se caracterizan por tomar partes de todas las teorías antes mencionadas y combinarlas. De ellas, la que mayor acogida ha tenido es la teoría dialéctica de ROXIN, la cual usa criterios preventivos generales (previa a la comisión del hecho delictivo), retributivos (en la determinación de la pena), y preventivos especiales (a la hora de la ejecución de la sanción penal)<sup>117</sup>.

### D. Toma de postura

Desde nuestra particular óptica normativa la función de la pena puede ser analizada desde una doble perspectiva. Desde un punto estrictamente normativo, y con vigencia pretendida sólo al interior del sistema comunicativo, la función de la pena no puede ser otra que la confirmación de la vigencia de la norma. Algo de este planteamiento, aunque con claros matices idealistas, puede observarse en el planteamiento de la teoría de la pena de HEGEL, para quien el delito era la manifestación de la voluntad individual del delincuente (tesis), que expresaba que el ordenamiento jurídico no se encontraba vigente, siendo la pena el medio por el cual la voluntad general de la sociedad contradecía dicha voluntad individual (antítesis), siendo el

---

<sup>116</sup> Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 34.

<sup>117</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Diego Luzón y Miguel Díaz y García, Civitas, Madrid, 1997, pp. 95 y ss.

resultado de la aplicación de la pena la reestabilización de de la voluntad general (síntesis)<sup>118</sup>. Al igual que en el pensamiento Hegeliano, JAKOBS considera que la función de la pena se da en un plano comunicativo, siendo la función manifiesta de la misma el comunicar al resto de personas en la sociedad que la expectativa normativa se encuentra aún vigente, pese a la defraudación sufrida<sup>119</sup>.

Si bien el énfasis de la pena se da en un plano estrictamente comunicativo, no fenomenológico, también es necesario reconocer que la misma despliega sus efectos en este último ámbito. En este plano la comunicación ya no es personal, es decir, no va dirigida a la persona, ni a confirmar la confianza de la misma en la vigencia del sistema jurídico<sup>120</sup>. La comunicación es estrictamente instrumental, es dirigida al individuo que se encuentra detrás del rol de persona en Derecho, al ser sensitivo. En ese sentido, la pena en este segundo ámbito comunicativo ya no tiene una función normativa, sino que la misma es estrictamente fenomenológica, basada en criterios de corte utilitarista<sup>121</sup>. Por ende, somos de la opinión que la pena cumple en este segundo nivel de análisis, una función de carácter estrictamente preventivo, sea a nivel general como a nivel individual.

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

En síntesis, somos de la opinión de que la función de la pena se ha de analizar necesariamente en dos ámbitos. El primero en el ámbito de la comunicación personal, el cual exige que la pena

---

<sup>118</sup> Cfr. HEGEL, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, cit., § 95 - 104.

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

<sup>120</sup> Vid. JAKOBS, “Sociedad, norma y persona”, cit., pp. 84 y ss.

<sup>121</sup> En ese sentido: HUAMÁN CASTELLARES, “¿Preferiría usted vivir en Irak?: Análisis económico de la política criminal Latinoamericana”, cit., p. 182 – 186.

busque la estabilización de las expectativas normativas (plano normativo, en el cual se define en el sentido de la teoría de los sistemas); y, uno estrictamente instrumental: lograr la prevención general y especial, para evitar la comisión posterior de hechos delictivos (en el plano psíquico, propio de un ámbito no normativo).



## CAPITULO CUARTO

### ¿RELACIONES PROHIBIDAS? LA INTEGRACIÓN DE LA DOGMÁTICA SUSTANTIVA Y EL PROCESO PENAL EN EL SISTEMA PENAL FUNCIONAL

#### I. PRELIMINARES

En la década Humberto Maturana y otros investigadores del *Massachusetts Institute of Technology* publicaron un trascendental artículo académico, al cual denominaron: “Lo que el ojo de la rana transmite al cerebro de la rana”<sup>122</sup>. En él dieron a conocer los resultados sobre una investigación que realizaron sobre la visión de un determinado tipo de rana, los resultados presentados variarían la visión tradicional que se tendría sobre la percepción de la realidad.

La rana se caracterizaba por tener los ojos estáticos. Es decir, a diferencia de lo que sucede con los seres humanos, los ojos de ese tipo de rana no se mueven para ninguna dirección. Por ello, los científicos querían determinar cómo era que la rana podía ver el mundo exterior. Luego de una serie de experimentos, y de forma casual gracias a una observación puntual de Maturana<sup>123</sup>, descubrieron que la rana podía distinguir a los objetos sólo cuando ella o ellos se movían. Esta percepción del mundo sólo le era útil para poder alimentarse y para poder escapar de sus depredadores, puesto que sólo ve a los objetos en movimiento, y, los distingue en razón de su tamaño: si es pequeño y se mueve era considerado comida; si el objeto era grande, entonces la rana consideraba que se trataba de un depredador. Esta visión de la realidad tan particular le traía muchos problemas a la rana, pues al observar sólo en movimiento, se encontraba impedida de poder ingerir insectos que no se encontrasen en dicho estado. Simplemente la

---

<sup>122</sup> Maturana, Humberto; Lettvin, Jerry; McCulloch, Warren; y Pitts, Walter, “What the frog’s eye tells the frog brain”. En: *The mind: biological approaches to its functions*, Intersciencis Publishers, New York, 1968, pp. 233 – 258.

<sup>123</sup> Maturana, Humberto y Pörksen Bernhard, *Del ser al hacer*, J.C. Saez. Editor, Santiago de Chile, 2004, p. 78.

rana no podía comerlos, porque no los veía, lo que implicaba que ella no pudiese percibir su existencia.

Las repercusiones del interesante experimento no se limitaron al ámbito propio de la biología, sino que significó un paradigma en la teoría del conocimiento. Tradicionalmente se sostenía que el mundo exterior es lo más importante y que el observador pasaba a un segundo plano, uno mucho más pasivo. Con ello, se consideraba un modelo estándar en el cual todo observador era igual entre sí, por lo que la realidad era homogénea para todos los observadores. El experimento de Maturana demostró absolutamente todo lo contrario: el mundo exterior no es lo principal en el proceso de asimilación del conocimiento, sino es el ojo del observador el que determina y limita el mundo que el observador puede aprehender. Muchas cosas pueden estar frente al observador; sin embargo, mientras él no sea capaz de observarlas, simplemente dicha realidad no existirá para él.

De la misma manera que lo sucedido en las ciencias naturales, en las ciencias jurídicas (entre ellas claro está el Derecho penal), pasa exactamente lo mismo. La traslación del mundo abstracto de la norma a la realidad no es realizada de forma automática, sino que requiere necesariamente de un operador. El operador jurídico emite, sobre la base de la aplicación –o en algunos casos incluso la creación de normas- una decisión que concretiza el Derecho abstracto contenido en la disposición jurídica. El sistema jurídico pudo haber tenido una lógica propia y coordinada entre sí, pero de nada vale si es que la misma no puede ser trasladada a la realidad a través de un intérprete que tenga un conocimiento claro de su sentido, pues el resultado será una decisión concreta que pueda ir en contra de la norma abstracta.

El problema es más evidente en países como en nuestro que tenemos una tendencia a realizar un estudio sustantivo que es separado del plano procesal. De esta manera, es muy raro poder encontrar expertos dogmáticos sustantivos que a su vez también tengan el mismo nivel de conocimientos en materia procesal penal o de ejecución penal. Una muestra tangible de ello la podemos encontrar en nuestras Facultades de Derecho, sobretodo en las más prestigiosas, podemos observar que los profesores de Derecho penal sustantivo no dictan cursos de Derecho procesal penal o de Derecho de ejecución penal. Ello evidentemente, a largo plazo, tendrá un efecto en los alumnos y en toda la aplicación del sistema jurídico en general, pues –salvo excepciones muy notables- los futuros aplicadores del Derecho tendrán sólo una visión parcial del sistema jurídico penal.

Los ejemplos en este campo son abundantes. Para ilustrar un poco la situación podemos referirnos a las instituciones procesales que conforman los medios de defensa técnicos, las que requieren de un profundo conocimiento sustantivo para poder ser aplicadas. Es el caso de la cuestión prejudicial, la misma que presupone un conocimiento de que son los elementos normativos del tipo y cuál puede ser su importancia en el proceso penal. De igual manera, la excepción de naturaleza de acción presupone que el operador jurídico tenga un alto

conocimiento de la teoría del delito y de las normas sustantivas, pues en caso contrario cualquier aplicación de la misma no podrá ser realizada.

Ilustrando el punto de anterior tenemos el caso de aquella persona que es imputada de vender un bien inmueble ajeno –no inscrito- como propio a un tercero, hechos que son subsumidos en el tipo penal de estelionato. Sólo si la defensa tiene suficientemente claro los fundamentos de la cuestión prejudicial, podrá interponerla exitosamente. A nuestro entender en el caso planteado es posible interponerla, toda vez que el delito de estelionato tiene dentro de sí un elemento normativo que requiere de una valoración de carácter extrapenal: la ajenidad<sup>124</sup>. Determinar a quién pertenece el bien, en buena cuenta si existió o no un negocio jurídico válido y, por tanto, declarar quien es propietario del inmueble es una labor de la que es competente el Juez civil. Si considerase que la venta es válida, entonces el elemento normativo “ajenidad” no podrá satisfacerse, deviniendo la conducta en atípica. Si por el contrario el Juez civil determinar que la venta del inmueble es inválida y que el vendedor no era el propietario, o no tiene facultades para efectuar la venta a nombre del propietario, entonces el elemento normativo “ajenidad” sí se habrá presentado, debiéndose valorar el resto de elementos para determinar si la conducta es o no típica.

Tal como podemos observar, la correcta aplicación de una institución no puede, en muchos casos, ser realizada sólo sobre la base de una interpretación de la institución en si misma y del subsistema penal al que pertenece. Una adecuada aplicación precisa de acudir muchas veces a otras áreas del sistema penal, e incluso a subsistemas jurídicos extrapenales, por lo que un conocimiento centrado en una sola área que excluya al resto no podrá ser preciso.

En el presente capítulo nos centraremos en dar reglas generales para tener en cuenta al momento de interpretar o aplicar una determinada institución, lo que constituye la esencia de la interpretación de las relaciones entre la dogmática sustantiva y el proceso penal. En la primera sección abordaremos el estado actual de la cuestión en la literatura jurídica sobre las relaciones entre ambos subsistemas del sistema penal, poniendo un especial énfasis en el planteamiento y en la crítica de cada una de las teorías más representativas. En la segunda parte analizaremos el presupuesto fundamental para concebir de forma completa a las relaciones entre dogmática sustantiva y el proceso penal: la existencia de un sistema penal autoreferencial, al cual le damos una especial preponderancia al separarlo de la dogmática penal sustantiva y volverlo autónomo. Finalmente, en la cuarta parte, daremos nuestra propuesta de análisis de las relaciones entre ambos subsistemas penales, para la cual propondremos una serie de reglas concretas a tomar en cuenta por el operador jurídico al momento de trasladar el contenido de la norma abstracta a la realidad.

---

<sup>124</sup> Cfr. REYNA ALFARO, Luis Miguel, “El tipo objetivo del delito de estelionato”. En: *JuS-Doctrina & Práctica*, N° 1, 2008, pp. 73 y ss.

## II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La integración entre la dogmática y el proceso penal no ha sido muy abordada en la doctrina. Por el contrario, la misma siempre ha sido dejada de lado, pues los estudios –al menos en el ámbito iberoamericano- son –salvo honrosas excepciones- de Derecho penal material o de Derecho procesal penal. Es muy rara la ocasión en la cual alguna institución procesal es analizada desde la arista procesal y sustantiva, y mucho más raro en el que se concibe una institución sustantiva y se tiene como referencia a sus efectos procesales.

Al menos en habla hispana tan sólo existen dos autores que directamente han dado propuestas resaltantes en torno a esta materia. Asimismo, cómo parte de una traducción conjunta derivada de un seminario en la Universidad Pompeu Fabra, se han incluido los trabajos sobre esta materia de dos importantes penalistas alemanes: George FREUND y Wolfgang FRISCH. Son estos trabajos los que en esencia constituyen el estado actual de la cuestión en las relaciones entre la dogmática sustantiva y el proceso penal.

### A. La teoría de RAMÓN RÁGUES I VALLÉS

#### 1. Planteamientos

El presente autor es quien más ha desarrollado el tema objeto de investigación en Iberoamérica. Fundamentalmente sus trabajos sobre la materia son dos el primero es el que trata sobre su tesis doctoral acerca del concepto de dolo y cómo el mismo puede ser probado en el proceso penal<sup>125</sup>. Asimismo, con posterioridad a esta publicación el mencionado autor realizó una publicación especializada en la integración entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal<sup>126</sup>.

A entender de este autor el origen de la diferenciación entre la ciencia penal y procesal penal radica en la separación realizada, a nivel legislativo, entre un Código sustantivo y un Código procesal<sup>127</sup>. Esta separación habría llevado a su vez a una redefinición de la enseñanza entre la materia sustantiva en sentido estricto y la enseñanza del Derecho procesal en sentido amplio (penal, civil, administrativo, entre otros), sobretodo en España. Asimismo, habría tenido un

---

<sup>125</sup> RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal, cit., passim*.

<sup>126</sup> RAGUÉS I VALLÉS, “Derecho penal y derecho procesal penal: Hacia una perspectiva integrada, *cit.*, pp. 129 – 163.

<sup>127</sup> RAGUÉS I VALLÉS, “Derecho penal y derecho procesal penal: Hacia una perspectiva integrada, *cit.*, pp. 129 - 131.

efecto directo en el interés que los penalistas sustantivos le prestaron a la ciencia procesal penal, la misma que habrían dejado de lado<sup>128</sup>.

La propuesta que él plantea considera que es necesario “otorgar a las instituciones procesales una ubicación dentro del proceso penal”<sup>129</sup>. Para ello detecta tres ámbitos concretos en los que plasma esta necesidad. El primer ámbito es la necesidad de cierto sector de la doctrina de determinar si una institución tiene una naturaleza procesal o sustantiva. A su entender existen ciertas figuras, tales como la existencia de la prescripción, de la querrela para iniciar la acción penal en ciertos delitos, el indulto, entre otras. La importancia de esta distinción radicaría, básicamente, en la posibilidad de aplicar las garantías propias de uno u otro ordenamiento jurídico.

A entender del autor el punto central de análisis no es la distinción entre la norma sustantiva o la norma procesal, sino que el punto importante a analizar son los efectos materiales de la aplicación de la institución<sup>130</sup>. Para ello se vale del ejemplo de la prescripción penal, cuya naturaleza jurídica se encuentra en discusión y es fundamental determinar a efectos de decir si se aplica la retroactividad benigna o no en caso de modificación desfavorable de esta institución con posterioridad a la comisión del hecho punible.

En síntesis, en esta parte RAGUES considera, siguiendo a PASTOR, que el análisis final debe realizarse en torno a la efectiva imposición de la pena<sup>131</sup>. Por ello, en realidad todas las instituciones –sin importar su naturaleza– deben ser valoradas en razón a este criterio y no a la naturaleza jurídica que tendrían.

El segundo punto al que se avoca es la relación entre el concepto teórico –perteneciente al ámbito sustantivo– y la prueba del mismo –perteneciente al ámbito procesal–. A su entender existe un contraste entre la dogmática sustantiva que ha evolucionado mucho con el tiempo, y, las reglas de la prueba que no han sido desarrolladas reinando la “íntima convicción judicial”<sup>132</sup>. Considera que esta diferencia ha variado en los últimos tiempos, debido a que existe una necesidad de limitar el libre arbitrio del Magistrado, para sujetarlo a parámetros externos de racionalidad.

Para ilustrar el poder del Magistrado se basa de un caso: una persona golpea con un bate a una persona, ocasionándole una hemorragia interna, falleciendo. A su entender, externamente, el

---

<sup>128</sup> RAGUÉS I VALLÉS, “Derecho penal y derecho procesal penal: Hacia una perspectiva integrada, *cit.*, p. 132.

<sup>129</sup> RAGUÉS I VALLÉS, “Derecho penal y derecho procesal penal: Hacia una perspectiva integrada, *cit.*, p. 133.

<sup>130</sup> RAGUÉS I VALLÉS, “Derecho penal y derecho procesal penal: Hacia una perspectiva integrada, *cit.*, p. 138.

<sup>131</sup> RAGUÉS I VALLÉS, “Derecho penal y derecho procesal penal: Hacia una perspectiva integrada, *cit.*, p. 138.

<sup>132</sup> RAGUÉS I VALLÉS, “Derecho penal y derecho procesal penal: Hacia una perspectiva integrada, *cit.*, pp. 139 - 140

Magistrado es libre de decidir considerar que estamos frente a un homicidio doloso o un homicidio culposo, en la medida de que cualquiera de los dos resultados sería racional<sup>133</sup>. Agrega que la dogmática se ha centrado en eliminar la arbitrariedad en la interpretación y aplicación de los conceptos jurídicos, pero ha descuidado el limitar la capacidad de decidir del Juez sobre cuál es la figura correcta que podría emitirse en un caso concreto. Por ello, lo que en realidad ha sucedido es que el esfuerzo de la dogmática de que exista uniformidad en el tratamiento de los casos ha caído en saco roto, en la medida que no existen reglas imponibles al Magistrado para que él sepa en qué casos y con qué requisitos deban considerarse probados los elementos fácticos que permitan aplicar los conceptos sustantivos<sup>134</sup>.

A su entender de nada sirve el esfuerzo realizado para construir figuras jurídicas si es que la determinación de los presupuestos fácticos –a través de las reglas de la prueba- que las respaldan están sujetos a la discrecionalidad del Magistrado<sup>135</sup>. Por ello, él propone utilizar factores político – criminales para efectos de la valoración de la prueba, hecho que él afirma que se produce en el caso de la prueba por indicios –la cual admite la posibilidad de error-, y, el caso del procesamiento de delitos contra la libertad sexual en los que la única prueba es la declaración de la víctima.

Por último, cierra este postulado considerando que en la actualidad se debe admitir que las condenas que se emitan no se basan en pruebas que sean absolutamente fiables, lo que implica que siempre existirá un margen de error en el fallo<sup>136</sup>. Para reducir este margen de error propone criterios muy acertados a nuestro entender. El primero es la confianza social en los medios de prueba, que implica que sólo podrán generar convicción aquellos medios de prueba cuyas conclusiones sean aceptadas por la sociedad<sup>137</sup>. El segundo es la afectación a la función del Derecho penal, señala que el punto a analizar es de qué modo se afectaría la eficacia general del Derecho penal de rechazar un determinado medio probatorio<sup>138</sup>.

El tercer ámbito donde aterriza su propuesta es el que se encuentra relacionado directamente al efecto preventivo de las instituciones procesales. Sus argumentos parten de afirmar que las instituciones penales sustantivas tienen un claro efecto preventivo, por lo que si el proceso

---

<sup>133</sup> RAGUÉS I VALLÉS, “Derecho penal y derecho procesal penal: Hacia una perspectiva integrada, *cit.*, p. 140.

<sup>134</sup> RAGUÉS I VALLÉS, “Derecho penal y derecho procesal penal: Hacia una perspectiva integrada, *cit.*, p. 142.

<sup>135</sup> RAGUÉS I VALLÉS, “Derecho penal y derecho procesal penal: Hacia una perspectiva integrada, *cit.*, p. 144.

<sup>136</sup> RAGUÉS I VALLÉS, “Derecho penal y derecho procesal penal: Hacia una perspectiva integrada, *cit.*, pp. 145-149

<sup>137</sup> RAGUÉS I VALLÉS, “Derecho penal y derecho procesal penal: Hacia una perspectiva integrada, *cit.*, pp. 149-150.

<sup>138</sup> RAGUÉS I VALLÉS, “Derecho penal y derecho procesal penal: Hacia una perspectiva integrada, *cit.*, pp. 150-151.

penal es el ámbito donde se realiza el Derecho sustantivo, entonces también algunas de sus instituciones pueden servir para generar este efecto preventivo.<sup>139</sup>

Para sustentar su posición se vale del ejemplo de la prisión preventiva, a la cual considera que tiene como misión evitar que la función de la pena no se vea frustrado al no poderse ejecutar la sanción, sea por la fuga del procesado o por la perturbación de la actividad probatoria que él realizara. Asimismo, considera que la prisión preventiva tiene un efecto claro en el efecto preventivo especial negativo (la inocuización), pese a que la doctrina en general sostenga que tiene una finalidad distinta, dado que al internar prontamente al delincuente este tendrá miedo de delinquir en un futuro. De forma colateral, no sólo él tendrá miedo de delinquir, sino que el resto de delincuentes también lo tendrán, por lo que también tendría un efecto de prevención general positiva.

## 2. Crítica

### a) Esbozo general

En primer lugar, discrepamos de considerar que la diferenciación entre el Derecho penal y el Derecho procesal parta de la separación legislativa entre el Código penal y el Código procesal. Recordemos que inicialmente ambas materias en realidad se encontraban íntimamente ligadas en un solo cuerpo normativo. No es sino hasta que la ciencia procesal adquiere un carácter autónomo que la misma adquiere un desarrollo propio<sup>140</sup>, pues antes no existía un distingo tan marcado entre la relación jurídica sustantiva y la procesal.

La afirmación de que las Facultades de Derecho, como consecuencia de dicha separación entre relaciones jurídicas, tienen sólo especialistas en Derecho penal sustantivo y en Derecho procesal en general (Administrativo, civil, laboral, penal entre otros), es aplicable solamente a España, pues esa división entre Derecho sustantivo y procesal que impide a los primeros conocer lo segundo y viceversa es propia sólo de este país. En muchos otros países, entre los cuales se encuentran Colombia, Alemania y Perú, los estudios del Derecho procesal no son realizados por especialistas genéricos en Derecho procesal, sino que las investigaciones son realizadas por profesores vinculados directamente al área sustantiva. De esta forma un especialista en Derecho procesal penal no tiene especialidad en Derecho procesal civil, o viceversa.

---

<sup>139</sup> RAGUÉS I VALLÉS, "Derecho penal y derecho procesal penal: Hacia una perspectiva integrada, *cit.*, p. 152..

<sup>140</sup> El desarrollo puede rastrearse en la propuesta de autonomía del proceso derivada del concepto de acción de GOLDCHMIDT.

Es incluso posible que, fundamentalmente en Alemania aunque también ciertamente no es un fenómeno poco usual en Colombia y sí bastante infrecuente en Perú, un profesor especializado en Derecho penal sustantivo sea a su vez quien se encargue de la enseñanza en Derecho procesal penal.

En segundo lugar, y pasando a la concepción que se plantea sobre el subsistema procesal penal, consideramos que la forma de aproximación que se plantea no es del todo precisa. Si bien – efectivamente- este subsistema no puede estar alejado del sistema procesal penal, ello no implica que necesariamente deba estar supeditado al subsistema dogmático. En la parte final de este capítulo podremos observar que el sistema jurídico penal no necesariamente está vinculado a la parte general y especial (el ámbito sustantivo) del Derecho penal, sino que el mismo está compuesto del subsistema sustantivo, procesal y de ejecución. De ahí que pueda inferirse que las normas sustantivas, procesales y de ejecución se encuentren todas en un mismo plano. De existir subordinación sólo podría darse de estos tres subsistemas al sistema penal general, el cual posee una función propia que tradicionalmente –aunque no por ello correctamente desde un punto de vista metodológico- es analizada dentro de las primeras lecciones de la parte general.

- b) El análisis de la institución debe realizarse en función al propio subsistema y a los subsistemas

Con respecto al primer punto, consideramos que en efecto, existen instituciones que aparentemente no podrían tener una ubicación determinada como procesal o sustantiva. No obstante, en realidad un análisis más profundo de la institución sí nos puede hacer reconducirla a un determinado tipo de normas, ya sea sustantiva o procesal. Por ejemplo, en el caso concreto del indulto, el mismo tiene una evidente naturaleza sustantiva, podría ser clasificado claramente como una causal de extinción de la pena, porque el indulto es equivalente a un perdón en fase post – consumativa. En otro de los ejemplos citados por el autor, el caso de la necesidad de ejercer la acción penal de forma privada para iniciar el delito contra el honor, es una institución de naturaleza estrictamente procesal vinculada estrechamente a la legitimidad para iniciar la acción penal.

En el caso de la prescripción, consideramos que –al menos tal como ha sido configurada en nuestra legislación, la prescripción de la acción penal pertenece al ámbito procesal. En el Derecho civil existe una clara distinción entre la prescripción de la acción y la caducidad. La prescripción de la acción se refiere expresamente a la capacidad de hacer exigible jurídicamente ante un Tribunal el derecho material. La caducidad alude directamente a la capacidad de que el derecho material subyacente pueda extinguirse. En buena cuenta, si la acción prescribe ello no implica que el derecho material se extinga, pues sólo la caducidad hace desaparecer tanto a la acción como al derecho. En un ejemplo práctico, si A adeudara a B \$ 10,000 por la venta de

una casa, el acreedor tendrá el derecho a –dentro del plazo fijado por la Ley- acudir al órgano judicial para solicitar el reconocimiento de la deuda y el pago del monto. Si –aunque fuera poco probable- el deudor deseara pagarme, entonces podría hacerlo y la deuda quedaría saldada. En el caso de que el deudor, luego de transcurrido el plazo para que operase la caducidad, decidiera pagarme, estaríamos ante un pago indebido, puesto que el derecho de acreencia ya no existe al haber caducado.

Si bien aparentemente nuestra prescripción de la acción penal en realidad regularía una especie de caducidad –lo cual de ser cierto la situaría como norma material- y no de prescripción en sentido estricto, en realidad ello no es así. Sólo podría ser considerada como tal si es que se demostrase que lo eliminado es el derecho material (en este caso el delito) y no la acción. No obstante, podemos observar al art. 91 del Código penal el cual regula la posibilidad de que la persona renuncie a la prescripción. La caducidad no es de ninguna manera renunciabile, pues la misma extingue el derecho material invocable, lo que en buena cuenta implicaría en materia penal que si estuviéramos frente a una causal de caducidad simplemente el acto delictivo se habría extinguido. De ahí que nosotros concluimos que la prescripción es en realidad una figura propia del Derecho procesal penal, porque elimina la acción penal y no al delito o la pena<sup>141</sup>.

Finalmente, concordamos en parte con la propuesta realizada por RAGUÉS en el extremo que considera que el análisis de la institución debe ser realizado sobre la base de la finalidad última del sistema. Aunque él no usara esas palabras, ello se puede entender de sus planteamientos. Sin embargo, la propuesta que realiza es incompleta pues deja de lado la vital importancia práctica que tiene el análisis de la institución al interior al subsistema al que pertenece (sustantivo o procesal).

Desde nuestra óptica el análisis de una institución no sólo se debe hacer en relación a los criterios propios del subsistema al que pertenece. Por el contrario, y en esto concordamos con la idea implícita del autor tal como veremos al analizar las relaciones verticales, el análisis de la institución ha de ser realizado teniendo en cuenta los fines generales del sistema jurídico (Constitución Política) y los fines específicos (sistema penal y subsistema específico de la institución).

- c) El establecimiento de reglas de prueba para estabilizar los presupuestos fácticos, al interior del proceso, de las instituciones dogmáticas sustantivas

---

<sup>141</sup> De igual parecer aunque con una fundamentación distinta: WOLTER, Jürgen, En: WOLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, cit.*, p. 65.

La crítica planteada por RAGUÉS es una muy buena crítica, porque efectivamente la dogmática ha crecido a pasos agigantados en los países de tradición jurídica continental, lo que no ha sucedido con las reglas de la prueba. Este aspecto es un común denominador en todos los países de tradición continental, pues el desarrollo que han tenido las instituciones sustantivas es notable. Sin embargo, son pocos los trabajos que han sido desarrollados sobre las reglas para fijar los presupuestos fácticos de determinados tipos de delitos.

Las reglas de la prueba no han sido desarrolladas en el ámbito continental, pero sí lo han sido en los países que pertenecen a la tradición jurídica del *common law*<sup>142</sup>. Es más, en estos países existen una serie de normas (sean escritas o jurisprudenciales) que pautan específicamente la valoración de la prueba, lo que reduce notoriamente el espacio de libertad que tiene el Magistrado y –fundamentalmente– el jurado para la valoración de la prueba<sup>143</sup>. Para muestra tenemos las *Federal Rules of Evidence* de los Estados Unidos de Norteamérica, las cuales norman las pautas que se han de tener para la valoración de las pruebas que son presentadas en distintas materias. Es más, incluso en muchas de las Facultades de Derecho de este país se suele llevar el curso de *evidence*, el mismo que no forma parte de la enseñanza en las Facultades de Derecho del ámbito continental.

En efecto, la crítica que hace RAGUÉS resulta acertada, pues estas reglas sólo han sido desarrolladas por la jurisprudencia y en casos muy escasos por la doctrina. En nuestro país ello resulta evidente, pues las reglas probatorias han sido desarrolladas a través de Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema de la República. Es el caso de los acuerdos sobre la apreciación de la prueba en los delitos de violación sexual<sup>144</sup>, o la valoración de la prueba de la declaración emitida por el coimputado, el testigo o la víctima<sup>145</sup>.

No obstante, ello no significa que el subsistema procesal penal no haya sido desarrollado, por el contrario el mismo ha sido objeto de numerosos estudios, aunque claramente no en la misma proporción que la dogmática sustantiva. Es preciso hacer un distingo entre el subsistema procesal y las reglas de prueba, pues sólo las segundas son las que no han sido materia de una investigación o desarrollo legislativo intenso.

Entrando a la segunda parte de la crítica, es donde discrepamos de la propuesta de RAGUÉS, dado que la introducción de criterios político criminales a la valoración de la prueba, al igual que lo sucedido para la determinación de una conducta como típica o no, no puede ser

---

<sup>142</sup> Vid. CHIESA APONTE, Ernesto, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, tomo III, Forum, Bogotá, 1995, pp. 300 – 381.

<sup>143</sup> Vid. CHIESA APONTE, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, tomo III, *cit.* p. 289.

<sup>144</sup> Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ116, Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

<sup>145</sup> Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ116, Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

admitida al momento de la determinación de un riesgo como permitido o al momento de valorar una determinada prueba. Acudiendo a la teoría de los sistemas, el sistema jurídico es un sistema autoreferencial, lo que no impide que criterios del entorno puedan ser utilizados para la interpretación de sus instituciones, pero sólo y sólo si es el mismo sistema jurídico el que ha permitido ello. Por ejemplo, es el caso de la ponderación, la misma que no es una institución estrictamente jurídica, sino que por el contrario tiene criterios de corte político, dado que incorpora razones utilitaristas para admitir o no una solución.

Aceptar que la imposibilidad de encontrar medios de pruebas es un criterio para determinar que un Magistrado flexibilice las reglas de prueba, es aceptar una regla que iría directamente en contra de los derechos fundamentales del imputado. Las reglas de valoración de una prueba no han de responder a necesidades de política criminal, sino que su función se limita a ser el mecanismo a través del cual un Juez puede considerar que un elemento fáctico se ha producido en la realidad.

La valoración político criminal puede tener efectos al interior del proceso penal, mas no como regla general, sino para supuestos excepcionales que el mismo ordenamiento jurídico dispone. Por ejemplo, en el caso de la determinación de la prueba ilícita pueden usarse los criterios político criminales para la decisión de aceptar o no la validez de una prueba ilícita, pero sólo porque existe un conflicto entre derechos fundamentales (derecho fundamental afectado por la prueba ilícita contra el deber del Estado de perseguir la delincuencia)<sup>146</sup>. En el caso de la declaración de la víctima, cuando esta sea el único medio para lograr la condena de la persona, es posible valorarla y que esta genere certeza, claro está esta regla no sólo debe limitarse a los delitos contra la libertad sexual, sino que debe extenderse a todo delito. Asimismo, dada la insuficiente o nula prueba que concurra junto a ella, entonces se hace especialmente necesario que el Magistrado sea excesivamente cuidadoso para valorar esa prueba<sup>147</sup>.

Finalmente, con respecto a la propuesta realizada sobre los dos criterios limitantes de los medios de prueba. La primera no es una creación del autor, sino que forma parte ya de la teoría de la prueba. Asimismo, discrepamos de la propuesta de considerar a la confianza social como el eje para determinar si una institución ha de ser o no admitida. Es necesario recordar que el criterio al que se debe acudir no es la confianza social, que es ontológica, sino a la confianza técnica sobre la materia. Por ejemplo, en el caso de la prueba del polígrafo, la misma

---

<sup>146</sup> En ese sentido: GUERRERO PERALTA, Oscar Julián, “Teoría de la exclusión de la evidencia”. En: *Fundamento teórico – constitucionales del nuevo proceso penal*, 2ª ed. ampliada, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2007, pp. 421 y ss.; MAIER, Julio B. J., “Las prohibiciones probatorias”. En: *Antología. El proceso penal contemporáneo*, Palestra, Lima, 2008, pp. 771 – 790.

<sup>147</sup> *Vid.* PANTA CUEVA David y SOMOCURCIO QUIÑONES, Vladimir, “La declaración de la víctima en los delitos sexuales: ¿Inflexión en la exigencia de una suficiente actividad probatoria? Análisis del Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116”. En: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080526\\_58.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_58.pdf), fecha de consulta: 24 de enero de 2012.

socialmente no goza de mucha aceptación; sin embargo, en el aspecto técnico se está demostrando que ella arroja resultados exactos, salvo contadas excepciones, lo que ha propiciado su uso<sup>148</sup>. Por ende, el criterio no debería ser si es fiable socialmente o no un determinado medio de prueba, sino si es fiable científicamente el mismo.

El segundo aporte es el que más dudas nos causa en torno a su utilidad, bajo este criterio tiene que partir de reconocerse que los medios de prueba confiables socialmente son susceptibles de ser erróneos. No obstante, la admisión o no de los mismos dependerá de un criterio político criminal: si este medio de prueba se descarta, cuanto se afecta la eficacia del Derecho penal. Desde nuestro punto de vista, lo que en realidad se hace con este criterio es señalar que es posible admitir medios de prueba poco fiables sólo porque de no hacerlo la conducta quedaría impune. Remitiéndonos a nuestra crítica anterior, la impunidad o no de una conducta (criterio de política criminal aducido) no es un factor que deba ser tenido en cuenta de forma regular para la admisión o valoración de un determinado medio probatorio, porque el mismo se relaciona con un fin exterior sino con una función clara: si sirve o no para acreditar la realización de un elemento fáctico.

d) El valor preventivo de las instituciones procesales

Desde un punto de vista fenomenológico, y no normativo, la propuesta que plantea RAGUÉS es correcta, porque –al menos desde la perspectiva de la teoría de la pena planteada– la pena también debe ser analizada en un plano fenomenológico en el cual cumple una clara función: la prevención. Por ello, partiendo del ejemplo de prisión preventiva propuesto, el internar de forma pronta a un delincuente en un penal tiene un claro mensaje en él: el acto delictivo que realices será prontamente sancionado de forma efectiva. De igual manera, desde un punto de vista de prevención general negativa, una reacción pronta del ordenamiento jurídico va a tener un efecto directo en la colectividad, porque la respuesta pronta desincentivará a futuros delincuentes de cometer delitos.

El análisis realizado por RAGUÉS no es ajeno a nuestra realidad nacional. Nuestro Tribunal constitucional ya había hecho esta relación entre función de la pena y prisión preventiva, con ocasión de la “Ley Wolfenson” que equiparaba un día de arresto domiciliario a un día de prisión preventiva. El supremo intérprete de la Constitución señaló lo siguiente en dicha ocasión:

---

<sup>148</sup> Al respecto, la presente prueba es usada en distintos países como es el caso de Colombia. En este país se permite que las empresas de seguridad usen esta prueba para sus procesos de selección de personal. De ello se infiere que el resultado es tenido como aceptado por el ordenamiento jurídico, por lo que aquellas personas que habrían mentido en dicha prueba no podrían alegar la violación de derecho fundamental alguno.

“8. Empero, más allá de los distintos presupuestos que justifican el dictado, de un lado, de una detención provisional, y, de otro, de una pena privativa de libertad, lo cierto es que los efectos personales generados por el dictado de una u otra son sustancialmente análogos. No sólo resulta que ambas son cumplidas en un establecimiento penitenciario, sino que, en los hechos, producen el mismo grado de limitación de la libertad personal, la misma sensación de encierro, la misma aflicción psicosomática que conlleva la separación del núcleo familiar, la imposibilidad de desempeñar el empleo, y, en general, el brusco quiebre que representa el tránsito de una vida desarrollada fuera de las paredes de un penal, a una sometida al férreo régimen disciplinario propio de todo centro de reclusión.

(...)

28. Así las cosas, si bien la pretendida identidad entre un arresto domiciliario y la pena privativa de libertad permite que el penado se encuentre menos tiempo confinado en un centro de reclusión, o incluso, que no ingrese nunca a éste a pesar de haber incurrido en un delito, es preciso preguntarse si acaso ello no desvirtúa los fines que el poder punitivo del Estado cumple en una sociedad democrática.”<sup>149</sup>

Coincidimos en la necesidad de que la justicia penal de una pronta sanción y tenga una respuesta eficiente. Sin embargo, discrepamos con el autor al asignarle al considerar que sea deseable que la prisión preventiva pueda tener estos efectos. Esta institución tiene un único y claro fundamento que se deriva incluso de la teoría del proceso, específicamente de las medidas cautelares<sup>150</sup>: ser el instrumento que haga posible que la sentencia definitiva –en su extremo personal- pueda ser ejecutada al momento de ser emitida<sup>151</sup>. Asignarle funciones de cumplimiento directo de los fines del proceso penal desnaturalizaría esta institución, dejándola vacía de contenido. De esta forma, no sería necesario ya acreditar la existencia de un riesgo de fuga o de perturbación de la actividad probatoria, sino que el énfasis estaría en determinar –en algo grado de probabilidad la existencia de responsabilidad penal en el infractor-.

La propuesta de Ragués sólo tendría cabida si es que se considerase la posibilidad de crear una nueva institución que significara el cumplimiento anticipado de una pena. Ahora está, la creación teórica de la misma deberá superar varios problemas constitucionales como es el caso de la afectación de la presunción de inocencia. Recordemos que la prisión preventiva afronta

---

<sup>149</sup> STC. Exp. N° 0019-2005-PI/TC, Fundamentos Jurídicos N° 8 y 28.

<sup>150</sup> Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, tomo II, *cit.*, p. 1074.

<sup>151</sup> ARMENTA DEU, Teresa, “Pena y Proceso: Fines comunes y específicos”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Política Criminal y Nuevo Derecho penal: Libro Homenaje a Claus ROXIN*, J.M. BOSCH editor, Barcelona, 1997, pp. 207 – 230.

desde ya muchas críticas en torno a su constitucionalidad, por lo que una institución que sea mucho más lesiva al anticipar la ejecución de la condena tendría que superar serios cuestionamientos en torno a su constitucionalidad.

## B. La teoría de Teresa ARMENTA DEU

### 1. Planteamiento

La propuesta de ARMENTA DEU no es básicamente una teoría sobre las relaciones entre la dogmática y el proceso penal, sino un estudio enfocado directamente a legitimar la existencia de un ámbito autónomo del Derecho procesal penal<sup>152</sup>. Desde el inicio de su planteamiento la Profesora ARMENTA DEU deja clara su hipótesis central: el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal tienen a su vez puntos coincidentes, pero también cada uno tiene un ámbito propio donde el uno no tiene influencia.

Todo el cuestionamiento que ella realiza se basa en torno a la función de la pena y los efectos, a su entender poco relevantes, que ella habría tenido en el proceso penal en sí. A su entender la función de la pena no tiene ningún tipo de influencia en la configuración de un determinado sistema procesal penal<sup>153</sup>. Para ello hace un análisis histórico del surgimiento del proceso penal y demuestra como el mismo se encuentra desvinculado de la función estatal de represión, salvo en algunas instituciones concretas.

El hito que considera el punto de partida de las relaciones entre la dogmática y el proceso penal es el principio de *nullum poena sine iudicio*, según el cual el Estado no puede imponer una sanción penal a una persona si es que previamente no le ha seguido un juicio donde demostrara su culpabilidad<sup>154</sup>.

El quid del planteamiento de ARMENTA DEU reside en considerar que el Derecho penal necesita del proceso penal para existir<sup>155</sup>. A diferencia de lo que sucedería en el Derecho privado donde la consecuencia jurídica puede ser aplicada de forma directa, en el Derecho penal ello no es así porque la pena (en tanto consecuencia jurídica del delito) sólo puede ser aplicada luego de seguirse un proceso y no de forma directa. A su entender sólo a través del proceso es que va a nacer el derecho del Estado a castigar, por lo que la sentencia penal tendría un efecto constitutivo, y no declarativo como en la sentencia civil.

---

<sup>152</sup> ARMENTA DEU, “Pena y Proceso: Fines comunes y específicos”, *cit.*, p. 207.

<sup>153</sup> ARMENTA DEU, “Pena y Proceso: Fines comunes y específicos”, *cit.*, p. 211.

<sup>154</sup> ARMENTA DEU, “Pena y Proceso: Fines comunes y específicos”, *cit.*, p. 209.

<sup>155</sup> ARMENTA DEU, “Pena y Proceso: Fines comunes y específicos”, *cit.*, p. 211.

La influencia de la función de la pena, al interior del proceso, se podría ver reflejada en el famoso principio de oficialidad, el cual debería su existencia a una determinada función de la pena: la retribución, pues ahí donde el Estado hubiere monopolizado la acción penal se exige que se persiguiera todos los delitos existentes, vetándose toda posibilidad de aplicación de alguno de los criterios de oportunidad<sup>156</sup>. De la mano de la premisa anterior, podría llegar a considerarse que la adopción de una determinada teoría de la pena tendría efectos en el tipo de sistema procesal penal que se adopta. De esta forma, teorías retributivas serían más afines al proceso inquisitivo, en tanto este proceso está determinado por el principio de legalidad procesal penal; y, teorías preventivas podrían ser afines a un sistema acusatorio en el cual sea permisible la aplicación de criterios de oportunidad<sup>157</sup>.

Sin embargo, ARMENTA DEU considera que el principio de legalidad procesal (en tanto manifestación concreta del principio de oficialidad), en realidad no le debe su origen a una determinada función de la pena, sino que es posible de ser exigido tanto en un sistema inquisitivo como en un sistema acusatorio<sup>158</sup>. Lo que determinaría la necesidad de adoptar un principio de legalidad sería la necesidad estatal de reprimir –sea por razones retributivas o preventivas- y no el cumplimiento de la función de la pena<sup>159</sup>.

Asimismo, en un intento por reivindicar un ámbito más autónomo del Derecho procesal penal, señala que el Derecho penal le provee de su objeto; sin embargo, el proceso penal es más amplio, pues no sólo se encarga de las relaciones entre las partes, sino que abarca también las relaciones que estas tienen con el Estado (los derechos fundamentales del ciudadano en el proceso)<sup>160</sup>.

Finalmente, reconoce que el proceso penal ha tenido una serie de cambios que van de la mano de una necesidad de una respuesta estatal más rápida y dura ante los nuevos fenómenos de criminalidad, por lo que expresamente puede reconocerse una influencia del Derecho penal en el proceso<sup>161</sup>. Estos nuevos fenómenos han implicado una mayor aplicación del principio de oportunidad en contra del principio de legalidad procesal, pues se ha dado un mayor privilegio a salidas negociadas y mecanismos de justicia penal rápida. Claro está ello también ha

---

<sup>156</sup> ARMENTA DEU, “Pena y Proceso: Fines comunes y específicos”, *cit.*, pp. 212 y ss.

<sup>157</sup> ARMENTA DEU, “Pena y Proceso: Fines comunes y específicos”, *cit.*, p. 213.

<sup>158</sup> ARMENTA DEU, “Pena y Proceso: Fines comunes y específicos”, *cit.*, p. 213.

<sup>159</sup> ARMENTA DEU, “Pena y Proceso: Fines comunes y específicos”, *cit.*, pp. 213 – 214, y 226.

<sup>160</sup> ARMENTA DEU, “Pena y Proceso: Fines comunes y específicos”, *cit.*, pp. 215 - 216.

<sup>161</sup> ARMENTA DEU, “Pena y Proceso: Fines comunes y específicos”, *cit.*, pp. 214 y ss.

conllevado una progresiva flexibilización de los derechos fundamentales del procesado al interior del proceso penal<sup>162</sup>.

## 2. Crítica

La propuesta de la profesora ARMENTA DEU nos parece adecuada y no se opone en modo alguno a nuestra concepción del sistema penal integral. Efectivamente, el subsistema penal sustantivo tiene un ámbito propio y el subsistema procesal penal también lo tiene. Por ejemplo, instituciones como la audiencia tutela de derechos o los medios impugnatorios no tienen –al menos no directamente– una relación estrecha con las normas sustantivas. De igual manera, instituciones dogmáticas sustantivas como los tipos penales no pueden ser determinadas por una institución procesal.

El punto de crítica de ARMENTA DEU –adaptado a nuestros postulados– no se dirige a las relaciones existentes entre los subsistemas penales. Por el contrario, critica lo que nosotros hemos venido a denominar como relaciones verticales, específicamente las relaciones que habría entre el sistema penal en general y el proceso penal, señalando que la teoría de la pena no tendría una influencia mayor en el proceso penal, pues la función de la pena podría aplicarse tanto en un modelo inquisitivo, como acusatorio.

Coincidimos parcialmente con la crítica expuesta. En efecto, el Derecho penal sustantivo sólo puede encontrarse en la norma abstracta y la traslación de un hecho concreto a la norma. Asimismo, coincidimos que la consecuencia jurídica, sólo puede ser realizada a través de un proceso penal, dado que es sólo a través de un proceso penal que es posible que el Estado determina la existencia de un hecho delictivo –para lo cual realizó una reconstrucción del pasado– y le asigna a ese hecho una calificación que genera una consecuencia jurídica para sus intervinientes.

Sin embargo, desde la perspectiva planteada en el presente trabajo la función de la pena si tiene una influencia directa en el proceso penal, lo cual es aún más evidente cuando se trata de la fundamentación de los principios procesales de legalidad y de oportunidad. Sobre la base de los planteamientos realizados por PERDOMO TORRES<sup>163</sup>, consideramos que la función de la pena si tiene una función relevante al momento de fundamentar la existencia o adopción de uno u otro delito.

El principio de legalidad procesal encuentra sus más acérrimos defensores en los postulados de las teorías retributivas, pues ellas postulan la necesidad de que el Estado (que ha monopolizado

---

<sup>162</sup> ARMENTA DEU, “Pena y Proceso: Fines comunes y específicos”, *cit.*, pp. 226 y ss.

<sup>163</sup> PERDOMO TORRES, *Los principios de legalidad y oportunidad*, *cit.*, pp. 107 – 111.

para sí el *ius puniendi*) deba emitir una sanción contra quienes hubieran quebrantado la vigencia de la norma. No obstante, nada obsta que existan equivalentes funcionales que posibiliten la no aplicación de la pena. Si la función de la pena es la restabilización de la vigencia de la norma, y esta puede ser reestabilizada de una forma distinta a la aplicación de una pena o no requiera restabilización, entonces podría dejarse de lado la pena por este equivalente funcional, sin que ello implique una alteración en su función<sup>164</sup>.

Finalmente, en la actualidad podemos observar que el fenómeno criminal ha variado sustancialmente en relación con el pasado<sup>165</sup>. Asimismo, el sistema procesal en sí se ha visto de muchas maneras colapsado por la sobrecarga procesal existente. Ambos fenómenos han obligado a una variación de todo el sistema penal en su conjunto, lo que ha implicado una mayor reducción del espacio de garantías del ciudadano para dar pie a un mayor aseguramiento de la ciudadanía. Esta variación tiene su razón de ser en factores exógenos al sistema penal en sí mismo, pero influyen directamente en él y en todos sus subsistemas. De ahí que efectivamente la variación del sistema penal general ha tenido una influencia clara y directa en el subsistema procesal penal.

### C. La teoría de GEORGE FREUND

#### 1. Planteamiento

A su entender el concepto de *sistema penal integral* no sólo debe abarcar el Derecho penal y la determinación penal, sino que a su vez debe referirse al proceso penal. Comparte la idea de que la única forma de que el Derecho penal se concrete en la realidad es a través del proceso penal, por lo que este último tiene gran importancia dentro de su *sistema penal integral*<sup>166</sup>. El eje determinante para lograr el vínculo entre Derecho penal material y procesal es que el segundo es tan sólo una concreción del primero, lo cual podría evidenciarse en instituciones como el sobreseimiento de la acusación<sup>167</sup>. De esta manera el fin que fundamenta la injerencia en la esfera de libertades propias del ciudadano es el que determinará el contenido de las

---

<sup>164</sup> De igual opinión: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Introducción: dimensiones de la sistematicidad del delito”. En: WOLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, cit., p. 21.

<sup>165</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postmodernas*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, *passim*.

<sup>166</sup> FREUND, George, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral de derecho penal”, trad. Ramón Ragués i Valles. En: WOLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, cit., p. 93.

<sup>167</sup> FREUND, George, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral de derecho penal”, trad. Ramón Ragués i Valles. En: WOLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, cit., p. 94.

instituciones del Derecho penal, del proceso penal en general y del sistema de determinación de penas<sup>168</sup>.

a) La función de las normas de sanción

Entre la norma de sanción y la norma de conducta existe una clara distinción. La segunda tiene como objeto la prohibición o el mandato de una determinada conducta, lo que implica ser el resultado de una ponderación entre la libertad personal y el interés que se busca tutelar a través de la norma. A entender de FREUND estas normas son eficaces en sí mismas, no requiriendo de una coerción jurídica, sino tan sólo de ser emitida para sus destinatarios<sup>169</sup>. Distinto sería el supuesto de la norma de sanción, la cual puede tener como deseo el sólo mantener la vigencia de la norma de conducta, pero a su vez pueden serle asociados –de forma indirecta- una serie de efectos psicologizantes.

Asimismo, señala que no en todo supuesto es necesario que se aplique una sanción penal, dado que existen supuestos en los cuales por razones de necesidad. El razonamiento es simple: sólo ha de aplicarse la pena en supuestos donde la misma sea necesaria, caso contrario estaríamos frente a una sanción ilegítima<sup>170</sup>. Es sobre la base de este presupuesto que el autor hace la conexión con el sistema procesal penal en supuestos como la prescripción de la acción penal, en los que el paso del tiempo es el factor que hace que la pena deje de ser tan necesaria y deba inaplicarse<sup>171</sup>.

b) El fin en el sistema integral del Derecho penal

El punto de inicio y la fundamentación de la existencia del Derecho penal está en la función que el mismo cumple al interior de la sociedad<sup>172</sup>. No basta la existencia de una parte general y

---

<sup>168</sup> FREUND, George, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral de derecho penal”, trad. Ramón Ragués i Valles. En: WÖLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, cit., 95.

<sup>169</sup> FREUND, George, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral de derecho penal”, trad. Ramón Ragués i Valles. En: WÖLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, cit., p. 96.

<sup>170</sup> FREUND, George, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral de derecho penal”, trad. Ramón Ragués i Valles. En: WÖLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, cit., p. 101.

<sup>171</sup> FREUND, George, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral de derecho penal”, trad. Ramón Ragués i Valles. En: WÖLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, cit., p. 104.

<sup>172</sup> FREUND, George, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral de derecho penal”, trad. Ramón Ragués i Valles. En: WÖLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, cit., p. 105.

de una adecuada teoría de las consecuencias accesorias, si es que la finalidad del sistema penal no se encuentra correctamente delimitada.

Desde esta perspectiva, en su concepción de sistema integral del Derecho penal, es necesario integrar al proceso penal. No ha de considerarse que este sistema es simplemente un objeto que sirve para realizar el Derecho sustantivo, sino que es un subsistema que sirve a la función de todo el sistema penal<sup>173</sup>. Sólo a través de la integración entre la dogmática, la determinación de la pena y el proceso penal se logra legitimar al sistema penal.

La necesidad como fin del sistema penal se va a concretar en diversos ámbitos al interior del proceso penal. El primero en el cual puede analizarse es el momento la existencia de un fundado interés en la reacción cuando existe la “sospecha del delito”. Son dos básicamente las manifestaciones de este interés. La primera se da al momento de decidir el inicio de una investigación criminal. A su entender la relevancia del delito cometido debe hacer variar el criterio para determinar el inicio de una investigación penal, lo cual tácitamente implica la introducción de un criterio de utilidad. Por ejemplo, considera que la declaración de un niño podrá iniciar una investigación por asesinato, pero no tendrá la suficiente necesidad para iniciar una por un delito de hurto simple<sup>174</sup>. La segunda se da en aquellos casos que, pese a tener todas las pruebas de comisión del delito, debe atenderse a la innecesariedad de aplicar una sanción penal. No será lo mismo una sanción a un homicida violento que a una persona que hurtó un centavo de euro<sup>175</sup>.

Las razones materiales que fundamentarían la renuncia a la persecución penal se basarían en criterios económicos<sup>176</sup>. Si los costos de persecución son muy altos y la pena a aplicar es irrelevante en relación a ellos, entonces podría dejarse de lado la persecución penal. En el mismo sentido también la insignificancia del daño penal sería otro factor que haría innecesaria la persecución penal, pues la persecución en sí misma resulta onerosa en relación a la importancia de la infracción realizada.

---

<sup>173</sup> FREUND, George, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral de derecho penal”, trad. Ramón Ragués i Valles. En: WÖLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, cit.*, pp. 106-107.

<sup>174</sup> FREUND, George, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral de derecho penal”, trad. Ramón Ragués i Valles. En: WÖLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, cit.*, p. 109.

<sup>175</sup> FREUND, George, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral de derecho penal”, trad. Ramón Ragués i Valles. En: WÖLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, cit.*, p. 109.

<sup>176</sup> FREUND, George, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral de derecho penal”, trad. Ramón Ragués i Valles. En: WÖLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, cit.*, pp. 110 - 113.

En segundo lugar analiza el caso del análisis sanguíneo practicado a una persona que supuestamente está conduciendo en estado de ebriedad. A entender del Prof. FREUND ello sólo debe ser practicado cuando exista una serie de indicios que evidencien la conducción en estado de ebriedad, de forma tal que el examen sanguíneo sólo sea realizado para corroborar esta sospecha<sup>177</sup>. El trasfondo de este razonamiento es la búsqueda de una justificación ante tamaña afectación a un derecho fundamental.

En tercer lugar, reflexiona acerca de la figura del ordenamiento jurídico alemán denominada sobreseimiento condicional (Art. 153.a del StPO). Según esta institución es posible que el Estado no persiga más a una persona, entendiéndose que dicha acción es correcta si es que se considera que la pena en sí no es necesaria, siendo el sobreseimiento condicional la reacción adecuada para reestabilizar la vigencia de la norma<sup>178</sup>. Las condiciones que deberán cumplirse en ese supuesto se relacionan básicamente al escaso interés público de imponer una sanción penal por este hecho. Con ello sólo los delitos de llamada bagatela podrían ser sobreseídos condicionalmente, excluyéndose expresamente los delitos graves, porque en ellos siempre existe el gran interés público de sancionarlos.

En cuarto lugar concreta la idea del fin del sistema en la institución alemana denominada “procedimiento por mandato fiscal”. Según esta figura el Fiscal puede solicitar el Juez la imposición de una pena sin necesidad de que sea realizado un juicio oral. Básicamente esta figura es análoga a lo que sería un juicio sumario. A entender de FREUND, en esta institución – tal como está configurada resulta extremadamente peligrosa, pues no permite que el procesado pueda solicitar el inicio del juicio oral, sobreponiéndose la decisión del Fiscal a su propia voluntad<sup>179</sup>. Por ello, si bien la institución es buena, tácitamente, debería permitirse que el imputado pueda adoptar una decisión sobre el inicio o no del juicio oral.

Finalmente, aborda el tema de la prisión preventiva desde una óptica sumamente crítica<sup>180</sup>. El art. 112.3 del StPO permite que se dicte la prisión preventiva contra a una persona cuando existan fundados elementos de convicción que llevarían a acreditar que él cometió el delito, sin que para ello sea necesaria la existencia de un peligro de fuga en la persona. El autor describe el

---

<sup>177</sup> FREUND, George, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral de derecho penal”, trad. Ramón Ragués i Valles. En: WÖLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, cit.*, pp. 115 - 116.

<sup>178</sup> FREUND, George, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral de derecho penal”, trad. Ramón Ragués i Valles. En: WÖLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, cit.*, p. 117.

<sup>179</sup> FREUND, George, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral de derecho penal”, trad. Ramón Ragués i Valles. En: WÖLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, cit.*, p. 122.

<sup>180</sup> FREUND, George, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral de derecho penal”, trad. Ramón Ragués i Valles. En: WÖLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, cit.*, pp. 122 – 126.

funcionamiento de la prisión preventiva y aunque aparentemente estaría de acuerdo con el mismo<sup>181</sup>. En primer lugar considera que el nombre “prisión preventiva” es incorrecto, porque en la práctica lo que se tiene es un castigo anticipado, siendo que esta institución cumple claramente esta función si se la desliga de la peligrosidad de fuga o de obstaculización. En segundo lugar, considera que si se trata de un castigo anticipado, entonces el nivel de prueba requerido ha de ser mayor, pues sólo así se podría asegurar que no se cometa una arbitrariedad contra quien se ejecuta la sanción.

c) El fin y la teoría absoluta de la pena

La teoría absoluta de la pena supone -aparentemente un desafío inicial: impide la introducción de un criterio de oportunidad. Permitir algún tipo de flexibilización en la aplicación de la norma sustantiva implicaría dejar de lado la teoría absoluta. Desde la perspectiva del autor su idea del fin de la pena sería en realidad una realización de la pena justa, pues sólo se reaccionará de forma adecuada a la conducta realizada y su importancia<sup>182</sup>. Sólo una reacción así de justa será la que sirva para restabilizar la paz jurídica que ha sido desestabilizada por la infracción penal.

Por estas razones, a su entender, la teoría absoluta de la pena no debe carecer de fines, al contrario, la misma debe tenerlos. Por ello todo su trabajo se centra en la necesidad como el eje para determinar una pena justa<sup>183</sup>. Una pena justa no lo será en abstracto, sino que necesariamente dependerá del contexto en el que se pretenda su aplicación.

## 2. Crítica

La propuesta de FREUND nos parece muy acertada. Si bien en ninguna parte señala la existencia de un sistema penal autónomo, sino que -por el contrario- parecería que intencionalmente asimila el fin del sistema penal al Derecho penal, puede desprenderse que -al menos tácitamente- si se encuentra presente en su pensamiento la idea que desarrollaremos en

---

<sup>181</sup> FREUND, George, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral de derecho penal”, trad. Ramón Ragués i Valles. En: WÖLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, cit.*, p. 125.

<sup>182</sup> FREUND, George, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral de derecho penal”, trad. Ramón Ragués i Valles. En: WÖLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, cit.*, p. 126.

<sup>183</sup> FREUND, George, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral de derecho penal”, trad. Ramón Ragués i Valles. En: WÖLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, cit.*, p. 127.

la siguiente sección: existe un sistema penal autoreferencial, el cual tiene una existencia propia que se encuentra desligada del Derecho penal (entendido como dogmática sustantiva).

- a) La norma de sanción no puede desligarse de la norma de conducta

Coincidimos plenamente en que no es necesaria una pena a toda reacción delictiva, pues como veremos en la siguiente sección existen equivalentes funcionales a la pena que pueden estabilizar la vigencia de la norma (el principio de oportunidad). No obstante, discrepamos del pensamiento del Profesor FREUND en la fundamentación utilizada, específicamente al desligar la norma de sanción de la norma de conducta.

En efecto, todo tipo penal agrupa dos tipos de norma. En primer lugar, agrupa a las normas de conducta, las que definen el núcleo de la prohibición o el mandato penal. Por ejemplo, en el caso del delito de homicidio simple, la norma de conducta es la conducta típica: matar a una persona. En segundo lugar, existe una consecuencia jurídica por la realización del hecho delictivo, de todas las posibles consecuencias aplicables la que identifica a este subsector del ordenamiento jurídico es la sanción penal, especial aunque no exclusivamente, la pena privativa de libertad.

Nuestra concepción se diferencia de la de FREUND en dos puntos. En primer lugar, consideramos que entre norma de conducta y norma de sanción existe una relación sumamente estrecha. Ambas son parte del mismo tipo penal, son una unidad indisoluble<sup>184</sup>. La norma de conducta expresa la conducta vital para la sociedad (de prohibición o de acción) y la norma de sanción expresa el valor para la sociedad de la norma de conducta. No es posible de considerar que ambas normas sean desvinculadas una de la otra. La razón por la que FREUND hace esta desvinculación es para que –con posterioridad- pueda fundamentar la existencia de una finalidad trascendente a todo el sistema que se encontraría en la norma de sanción, la misma que sería independiente de la norma de conducta. No obstante, al mismo resultado puede llegarse si se considera que la función o fin –como es llamado por él- no se encuentra en la norma de sanción, sino que se haya en el sistema penal en sí mismo.

- b) Sobre las concreciones procesales de la idea del fin integral

El primer punto constituye la esencia del pensamiento de FREUND. Básicamente señala que el fin del Derecho penal –que luego situará en la obtención de una pena justa que no es otra que la pena necesaria en su pensamiento- es el eje de todo el sistema penal. La pena necesaria se va

---

<sup>184</sup> Cfr. LESCH, Heiko, *La función de la pena*, trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Dykinson, Madrid, 1999, p.49.

a concretar no sólo al momento de la tipificación del delito, ni tan sólo al momento de la determinación o la cuantificación de la consecuencia accesoria a imponer, sino que también lo será a la hora de determinar la persecución penal.

Nuestra óptica, como adelante demostraremos, coincide con FREUND en la idea de la existencia de una función del sistema que influye y determina a los otros subsistemas. No obstante, a diferencia de lo que implícitamente considera FREUND, somos de la idea que el sistema penal no pertenece a la dogmática sustantiva (La parte general y la parte especial), sino que forma un sistema jurídico autodiferenciado que es el que finalmente determinará la existencia de los otros subsistemas. A su vez, este subsistema es la concreción de un sistema jurídico mayor (el sistema constitucional) y se encuentra en constantes procesos de acoplamiento estructural con el resto de subsistemas.

El ejemplo que utiliza FREUND para la concreción del fin en el proceso penal es adecuado y coincidimos con él. En efecto, un estado moderno no puede perseguir todo delito, sino que debe realizar una persecución estratégica centrándose en aquellos hechos más relevantes para el ordenamiento jurídico. Ello es posible porque el mandato de persecución penal obligatoria (el principio de legalidad procesal) no es una regla, sino un principio, esto es un mandato de optimización que sólo el Estado está obligado a cumplir dentro de la medida de lo fáctica y jurídicamente posible. Por ello, dado que materialmente no es posible que el Estado pueda perseguir todo hecho punible, entonces tiene que encontrar equivalentes funcionales para que la obligación derivada del principio de legalidad procesal no sea totalmente incumplida. Este equivalente funcional a la pena, aplicable fundamentalmente a delitos que son de escasa relevancia para el sistema penal, es el principio de oportunidad. Este principio posibilita al estado la evitación de procesos penales o la culminación de estos sin imposición de una pena, cuando el delito cometido sea de una tan poca lesividad que no sea necesaria una pena para lograr la estabilización de la vigencia de la norma.

En relación al tercer punto, consideramos adecuada la idea de FREUND, pues el sobreseimiento condicional sería un equivalente funcional a la pena, que debería ser aplicable en los delitos de bagatela. La argumentación usada por FREUND tiene un punto que aparentemente pasa desapercibido, pero que en realidad tiene una gran significancia: la consideración del proceso penal como una aflicción o castigo.

El proceso penal tiene como función la concreción del Derecho penal abstracto al Derecho concreto, para lo cual tiene que realizar una reconstrucción de la realidad para que sea constatada la existencia del suceso y a su vez determinada la responsabilidad penal de un individuo. El proceso a su vez causa un efecto estigmatizador muy fuerte en el procesado, por lo cual –visto externamente y alejado de la óptica normativa- concordamos en que puede ser considerado como una pena informal aplicable al ciudadano. La absolución de la persona no le quitará plenamente el estigma social que recayó sobre ella, especialmente en aquellos casos de

delitos considerados especialmente graves. Su condena sólo significará una mayor aflicción a la ya sufrida con la persecución penal

Por ello, es adecuada la existencia de medidas proporcionales para evitar la victimización innecesaria del imputado como producto del proceso penal, medidas como el sobreseimiento condicionado en Alemania o el principio de oportunidad en Perú.

En relación a la institución denominada “procedimiento por mandato fiscal”, la misma es muy similar al proceso sumario en el Código de procedimientos penales de 1939. No obstante, la diferencia entre ambas figuras es que el procedimiento sumario elimina de su estructura el juicio oral, no siendo requerida la solicitud del Fiscal pues dicha supresión forma parte del proceso. La existencia de un proceso sumario, o de cualquier otra medida de simplificación procesal (acusación directa, terminación anticipada del proceso, proceso abreviado, entre otras), *per se* no puede ser considerada como ilegal o incluso inconstitucional, ello deberá verificarse en el caso concreto luego de un análisis de la configuración de la institución y su contraste con el sistema constitucional vigente. De esta forma, a modo de ejemplo, no resultaría errado considerar que –en un sistema que no consagre la oralidad como medio de justicia primordial, sino que privilegie la escrituralidad- que exista un proceso penal sumario, sólo que los inconvenientes derivados del mismo podrían ser suplidos sustituyendo al Juez de la instrucción por otro Juez a la hora del juzgamiento.

Finalmente, con respecto a la crítica realizada a la prisión preventiva por el autor, consideramos que esta es una crítica justa si es que se toma en consideración el carácter instrumental de la prisión preventiva como objeto para que se asegure la pretensión penal. En este esquema la prisión preventiva fundamentalmente ha de requerir la existencia de elementos suficientes que acrediten la existencia de un peligro de fuga o de un peligro de obstaculización de la acción procesal. La existencia de elementos de convicción suficientes de la comisión de un hecho delictivo tiene como objeto, y el mayor medida el establecimiento de un nivel de gravedad mínimo del hecho punible, son factores destinados a procurar que la medida no se aplique a todos los procesados sino tan sólo a quienes se les imputa actos ilícitos graves y en los que haya una alta probabilidad de que lo hubieran cometido<sup>185</sup>.

Ya hemos tenido la oportunidad de pronunciarnos con respecto a la idea de considerar a la prisión preventiva como pena anticipada (III.II.A.2, b). Esta idea es a nuestro entender no es descabellada siempre y cuando se regule de forma independiente y separada del proceso cautelar. En nuestro ordenamiento jurídico, de *lege lata*, ello no es posible, porque no se prevé el cumplimiento anticipado de penas, ni formal, ni materialmente, dado que la prisión preventiva tiene una misión eminentemente cautelar<sup>186</sup>. No obstante, de *lege ferenda*, podría

---

<sup>185</sup> Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, tomo II, *cit.*, p. 1074.

<sup>186</sup> Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho procesal penal*, tomo II, *cit.*, p. 1116 y ss.

pensarse en la inclusión esta institución como respuesta al clamor de seguridad ciudadana de la población, pues es manifiesta la necesidad de respuesta del ordenamiento jurídico ante casos de personas que habrían cometido hechos punibles graves –ello se desprendería de la abundancia de evidencia en este sentido- y que afrontan sus procesos en libertad.

El problema que afrontaría esta institución sería de constitucionalidad, dado que difícilmente podría superar el test de proporcionalidad. Específicamente en el plano del análisis de la necesidad podemos encontrar que existe otra medida que es funcionalmente idéntica y que es menos lesiva, nos referimos a los denominados Tribunales de Flagrancia<sup>187</sup>. Estos Tribunales buscan el procesamiento y condena pronta de aquellas personas que hubieran sido capturadas en flagrancia. Al supuesto de flagrancia también podría sumarse la existencia de suficientes elementos de convicción como para poder declarar la culpabilidad de la persona. Analizando ambas instituciones podemos observar que las dos –vistas como un adelantamiento de sanción- persiguen el mismo fin; sin embargo, a todas luces la prisión preventiva –despojada de su naturaleza jurídica cautelar- es mucho más lesiva, toda vez que implica internar preventivamente a una persona en una cárcel sin que exista una previa declaración de culpabilidad. En el caso de los Tribunales de Flagrancia también estamos frente a una sanción que no es firme, pero es preferible a la anterior institución, toda vez que ya implica una declaración de culpabilidad.

c) Sobre la pena necesaria

El concepto de “pena necesaria” de FREUND es un concepto sumamente atractivo, con el cual nosotros concordamos en el resultado mas no en la fundamentación que él utiliza. Efectivamente, la restabilización de la vigencia de la norma penal (idea aparentemente derivada sólo de las teorías absolutas) aparentemente sería afectada si es que el Estado no sanciona todos y cada uno de los hechos criminales realizados. No obstante, ello no es tan cierto si es que tomamos en cuenta la explicación dada en la sección anterior: existen equivalentes funcionales que sirven para la restabilización de la vigencia de la norma penal, que no necesariamente son la pena.

En ese mismo sentido, el tipo de equivalente funcional no va a depender de una solución o norma dada de forma *ex ante* y creada sobre la base de una determinada teoría de la pena, sino que va a depender de una serie de factores contextuales adicionales. Entre estos factores el más importante a tener en consideración será el sistema constitucional, pues sus mandatos

---

<sup>187</sup> Para un mayor detalle sobre el tema, véase: DELGADO CALDERÓN, Ivania y ARAYA VEGA, Alfredo, “Sobre el procedimiento de flagrancias en Costa Rica: surgimiento, procedimiento y críticas. En: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/09/doctrina06.pdf>”, fecha de consulta: 15 de julio de 2013.”

determinarán que equivalentes funcionales serían admisibles en reemplazo de la pena, como es el caso del principio de oportunidad.

## D. La teoría de Wolfgang FRISCH

### 1. Planteamiento

Debemos comenzar señalando que FRISCH *per se* no postula una teoría propia del sistema penal. Al menos en el texto que tuvimos alcance sólo se limita a hacer una crítica –claro está a partir de planteamientos propios- de las propuestas de integración realizadas por WOLTER y FREUND<sup>188</sup>.

Para FRISCH el proceso penal puede ser compuesto por “prolongaciones” del sistema de la teoría del delito, según lo considerado por WÖLTER<sup>189</sup>. Por tanto, él observa al proceso sólo como un ámbito de concreción del Derecho penal material y orientado por las finalidades inherentes a él. Asimismo, este razonamiento lo lleva a criticar la interpretación que realiza FREUND sobre instituciones procesales concretas como el caso de la prisión preventiva en el supuesto señalado por FREUND. El objeto de esta crítica es dejar de lado el objeto de la finalidad sustantiva para dar pase a una revaloración de las finalidades propias de las instituciones procesales, lo que obviamente va en desmedro de la finalidad externa del sistema penal.

Para FRISCH el concepto de pena ha sido sobrevalorado por FREUND a efectos de la definición del delito. A su entender la determinación de qué constituye el delito no es influida por la finalidad de la pena<sup>190</sup>. La existencia de factores que influyen directamente en la necesidad de que pueda imponerse o no una pena sólo se va a limitar a este ámbito. Dicha necesidad no va a influir en la determinación del contenido del delito, ni va a determinar que el mismo deje o no de existir.

Desde su perspectiva FRISCH considera que los supuestos mencionados por FREUND de falta de necesidad de pena no van a tener influencia en la determinación del delito mismo<sup>191</sup>. A su

---

<sup>188</sup> FRISCH, Wolfgang, “Delito y Sistema del delito”, trad. Ricardo Robles Planas. En: WOLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, cit.*, pp. 266 - 280.

<sup>189</sup> FRISCH, Wolfgang, “Delito y Sistema del delito”, trad. Ricardo Robles Planas. En: WOLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, cit.*, p. 273.

<sup>190</sup> FRISCH, Wolfgang, “Delito y Sistema del delito”, trad. Ricardo Robles Planas. En: WOLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, cit.*, p. 277.

<sup>191</sup> FRISCH, Wolfgang, “Delito y Sistema del delito”, trad. Ricardo Robles Planas. En: WOLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, cit.*, p. 278.

entender las faltas de necesidad de pena sólo van a llevar finalmente a la renuncia a la pena. Es el caso de la prescripción de la acción penal, la cual no elimina el delito, sino que tan sólo hace imposible perseguirlo por el exceso en el paso del tiempo. Considera que los supuestos de falta de necesidad de pena que influyen directamente en el delito han de ser analizados en la culpabilidad, a efectos de reducir la pena a imponer o incluso podría renunciarse a ella. Es el caso del desistimiento, en el que la acción de retornar a la legalidad por parte del autor merece una atenuación en la pena a imponer<sup>192</sup>. Por ello, en síntesis, FRISCH reformula muchos de los supuestos que modernamente se consideran de falta de necesidad de pena, para considerarlos supuestos de falta de merecimiento de pena<sup>193</sup>.

## 2. Crítica

La crítica que realiza FRISCH a FREUND, y por ende a la necesidad de contar con un fin que integre la dogmática, el proceso y la determinación de la pena, no es de recibo en nuestra teoría. Como podremos observar en todo la sección tercera, nosotros consideramos que existe un fin superior a la dogmática, que incluso puede y efectivamente llega a supeditarla, nos referimos a la función del sistema penal como un sistema global y autodiferenciado.

El punto de discrepancia entre nuestra teoría y la de FRISCH se haya en el valor de la dogmática y las consecuencias que de dicha valoración se desprenden. Nosotros no discrepamos con la idea de que exista una relación de instrumentalidad entre la dogmática sustantiva y el proceso penal, en la medida que esta última sólo tiene un fin instrumental (en relación con la primera), porque sirva para traer a la realidad la abstracción de la norma penal. No obstante, ello no implica que el proceso penal y la dogmática no tengan una función propia y que –en ciertos supuestos- también tengan una autonomía con respecto al otro. Pretender que la dogmática sustantiva predomine absolutamente sobre el proceso penal es pretender que todo el proceso se construya únicamente para traer a la realidad los postulados de la norma abstracta.

Tanto sobre la dogmática y sobre el proceso penal existe un sistema que es el que les otorga su finalidad última. Ese es el sistema penal autoreferencial, el cual dota de un *topos* a ambos subsistemas. De forma tal que la real función del proceso penal no es la mera concretización de la norma penal abstracta, sino el ser un mecanismo fundamental en el proceso de restabilización de las expectativas normativas quebradas por el delincuente.

---

<sup>192</sup> FRISCH, “Delito y Sistema del delito”. En: WOLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, cit.*, p. 279.

<sup>193</sup> FRISCH, “Delito y Sistema del delito”. En: WOLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal, cit.*, pp. 279 - 280.

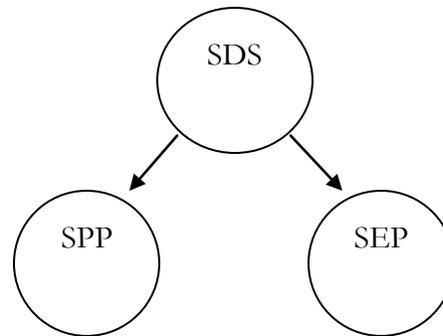
El segundo punto a analizar es el referido a la atribuida modificación del delito con la utilización de una finalidad. Desde nuestro punto de vista la atribución de una finalidad externa a la dogmática penal sustantiva, siguiendo el planteamiento que realizamos, no afecta en nada el concepto de delito que se utilice. Un delito seguirá siendo un delito y el que se realice una abstención en la persecución penal del mismo no va a implicar que el manto ilícito del hecho imputado sea retirado. Si el Ministerio Público, atendido a razones de escaso interés penal en la persecución, decide no ejercer la acción penal contra una persona que cometió un delito de bagatela, no va a implicar que el Estado –tácita o expresamente- reconozca que la conducta realizada es lícita. La no persecución tan sólo tiene un significado posible en este contexto: el principio de oportunidad es un equivalente funcional a la pena que –en este caso concreto- es suficiente para estabilizar la expectativa quebrantada por el delincuente. En otras palabras, el Estado simplemente no ejerce su *ius puniendi* en el caso concreto, pese a que podría hacerlo, porque no es necesario sancionar a una persona por lo intrascendente de su conducta.

### III. LA TEORÍA DEL SISTEMA PENAL COMO BASE PARA LAS RELACIONES DE INTEGRACIÓN

El sistema penal dogmático sustantivo se encarga del análisis de las bases de todo el sistema penal en sus primeros capítulos. Por ello, tradicionalmente, se ha entendido que tópicos como la función de la pena, que en buena cuenta define la función de todo el sistema penal, se han de analizar por este subsistema penal<sup>194</sup>. Asimismo, se concibe que el subsistema procesal penal esté subordinado a este sistema, siendo su única función el servir de medio para realizar el sistema penal sustantivo. De igual manera, también el sistema de ejecución penal se encuentra igualmente subordinado, toda vez que sólo servirá para cumplir las disposiciones que el sistema sustantivo emita. Gráficamente las relaciones entre los subsistemas penales se verían de la siguiente forma:

---

<sup>194</sup> Para comprobar ello sólo basta revisar los manuales de la Parte General del Derecho penal, los cuales consideran a esta sección como un tópico perteneciente a la dogmática.



Cómo puede apreciarse sólo existirían tres subsistemas: El primero sería el sistema dogmático sustantivo que define la función de todo el sistema penal. Asimismo sería el que da las pautas que han de seguirse de forma necesaria por los otros dos subsistemas. Tanto el subsistema procesal penal como el sistema de ejecución penal se encontrarían subordinados a los criterios establecidos en el primero. De esta forma, la propuesta planteada por autores como RAGUÉS I VÁLLES (INFRA IV.II.A) o FRISCH (INFRA IV.II.B) tienen vigencia en el modelo planteado, pues las instituciones sustantivas serían las que finalmente determinan a todo el sistema penal integral.

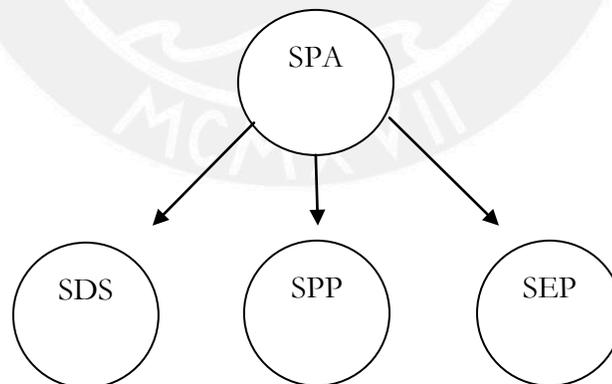
Las consecuencias que se derivan de adoptar este modelo son muy importantes. Para muestra nos centramos en la capacidad de renunciar a iniciar un proceso penal porque el delito escaso interés (Crimen de bagatela). Si atendemos a este esquema el principio de oportunidad no podría ser aplicado, toda vez que el mandato de la norma sustantiva tiene que ser realizado en todo supuesto, porque no podría existir un equivalente funcional de un sistema de segundo orden que inaplique un mandato del sistema de primer orden. De la misma manera, no situar a la dogmática y al proceso penal en el mismo plano llevaría a la imposibilidad de aplicar instituciones como la prescripción penal, pues el mandato de la norma sustantiva no podría dejar de ser aplicado por razones de índole procesal, dado que el proceso sería una institución de segundo nivel.

Desde nuestro punto de vista el esquema planteado es equivocado. La dogmática sustantiva no puede englobar todo el aparato del sistema penal, sino que el sistema tiene en sí mismo una función que la hace diferente de la dogmática. Incluso esta función es la que orienta las instituciones dogmáticas y no sólo a ellas, sino que a su vez también a las instituciones procesales y a las instituciones de la ejecución penal. Pretender que el sistema dogmático sustantivo es predominante implicaría que sus instituciones pudieran reproducirse en los otros subsistemas, lo cual claramente no se produce en este caso. Es posible procurar que las instituciones de la dogmática sustantiva se vinculen con las instituciones de otros subsistemas, ello incluso es materia de análisis en el presente trabajo. No obstante, no es posible que estas instituciones puedan tener predominancia absoluta y única sobre las de los otros subsistemas,

de manera que sirvan como orientación de los mismos. Tan sólo una función es posible de ser reproducida y las instituciones del subsistema dogmático sustantivo no son posibles de considerarse como funciones.

La idea de no posibilidad de reproducción nos evidencia que existen principios y funciones que son inherentes al sistema penal y que los mismos están por encima de la dogmática sustantiva, y claramente también encima de los otros subsistemas penales. Estos principios y funciones delimitan todo el sistema penal y son los que finalmente determinan el real sentido que cada institución tendrá. Por ejemplo, la función de la pena influye directamente en las instituciones sustantivas como es el caso de la consecuencia del concurso real de delitos<sup>195</sup>. Un sistema que tenga como efecto la prevención general negativa no podrá adoptar el principio de absorción de penas, sino que necesariamente tendrá que optar por un principio de acumulación, sea jurídico o sea material. De igual manera, un sistema que procure la retribución no podrá permitir la existencia –al menos no como regla general, sino tan sólo como supuesto excepcional y luego de una ponderación– del principio de oportunidad y de cualquier mecanismo de justicia penal negociada al interior del proceso penal.

Esta idea nos lleva a una clara conclusión. Existe un sistema penal que es autoreferencial, que tiene una función propia y que prevalece incluso sobre la dogmática sustantiva, es independiente de ella y es más la subordina, al igual que al resto de los otros subsistemas. Este sistema penal autoreferencial es el que define los lineamientos generales de todos los subsistemas. De forma gráfica la estructura del sistema penal debería ser ilustrada de la siguiente manera:



<sup>195</sup> *Vid.* HUAMÁN CASTELLARES, “¿Preferiría usted vivir en Irak?: Análisis económico de la política criminal Latinoamericana”, *cit.*, p. 185.

El sistema penal autoreferencial (SPA) es el espacio en el que se ha definido al objeto de protección del Derecho penal (estabilización de expectativas normativas) y es de donde se replicará en las instituciones de los otros subsistemas. Como correlato necesario del objeto de protección se encuentra la función de la pena, la misma que en buena cuenta señala cuál es la función del sistema penal y –aunque no es usualmente tratado- tiene una relación directa con el objeto de protección. Tanto objeto como función de la pena serán los que finalmente definirán la configuración del sistema penal y de los subsistemas que lo integran. Claro está, deben agregarse a la configuración de este sistema los principios limitantes y fundamentadores que pertenecen a otro sistema superior a él, nos referimos a los principios derivados del sistema constitucional.

#### IV. LAS RELACIONES VERTICALES

##### A. Preliminares

La idea de la constitucionalización del Derecho en general y el redescubrimiento de la existencia de un sistema penal autoreferencial, son los dos pilares que constituyen la esencia de lo que hemos venido a denominar relaciones verticales.

Este tipo de forma de integración se denomina así porque parte de la función del sistema hacia los subsistemas. Apelando al lenguaje de la teoría de los sistemas de LUHMANN, podemos afirmar que esta forma de integración está constituida por el conjunto de operaciones a través del cual la función del sistema general se concreta en el subsistema específico. Estas operaciones pueden tener un objeto teórico (la dogmática en sentido estricto) o práctico (la aplicación de una determinada institución, o la creación de una norma penal).

Las relaciones descritas son consideradas por nosotros como verticales. Ello es así por la forma como la función del sistema es replicada a los subsistemas. No nos encontramos ante relaciones de acoplamiento estructural que se dan entre sistemas equivalentes. Por el contrario, dado que estamos frente a un sistema que es superior a los otros, en realidad nos encontramos frente a una relación de superioridad entre el sistema base y el subsistema que replica su función.

La característica esencial de estas relaciones es su carácter autopoietico, dado que el sistema se replica a si mismo y lo hace en el subsistema que subordina. De esta forma, por ejemplo, puede observarse que los bienes jurídicos (expectativas normativas para nosotros) no nacen en el sistema penal, sino que tienen un origen mucho anterior que puede ser rastreado al sistema constitucional. Una expectativa normativa del sistema penal es el resultado o la concreción de un proceso de ponderación entre una norma o más normas constitucionales. Por ejemplo, el

Derecho a la vida se encuentra protegido en la Constitución Política del Perú, pero a su vez también está el deber del Estado de proteger a la familia, o el reconocimiento del derecho a la salud de la persona.

Si tomamos en relación los subsistemas penales (la dogmática sustantiva, el proceso penal y la ejecución penal) como el punto de partida del análisis de las relaciones verticales, podemos observar que su relación directa se haya con el anteriormente descrito sistema penal autoreferencial. Sin embargo, este sistema a su vez es un subsistema del sistema constitucional, en la medida que este es finalmente el que lo dota de su función e impone sus límites operativos. Por ende, tal como describiremos, las relaciones verticales pueden ser analizadas en dos niveles. En el primer nivel tendremos las relaciones existentes entre el sistema penal y el sistema constitucional. En el segundo sistema tenemos las relaciones del sistema penal autoreferencial y las sub instituciones que lo conforman.

#### **B. Primera regla: La institución ha de tener coherencia con el ordenamiento jurídico constitucional**

El sistema jurídico no existe *per se*, ni se crea de forma automática, dado que el mismo siempre tiene referencia a normas. El sistema jurídico es fruto del sistema político, en la medida que refleja un orden que la sociedad desea establecer para regular la convivencia entre sus ciudadanos. Aparentemente para que la sociedad pueda existir no necesitaría de un sistema jurídico, en la medida que con su sistema político podría auto sostenerse a sí mismo, porque el orden que genera en la sociedad implica la generación de una serie de expectativas cognitivas que pueden servir para la orientación de un individuo al interior de la sociedad.

El problema del orden propuesto por el sistema político, y que es respaldado por él, se halla en su carácter fenomenológico. Una expectativa cognitiva puede servir para una orientación fáctica, pero en caso de que la misma fuese incumplida, no es muy simple pueda ser restablecida. He ahí el origen de la necesidad de contar con unos elementos adicionales a la expectativa que sirvan para garantizar su cumplimiento, nos referimos claramente a las medidas de coerción<sup>196</sup>.

El sistema jurídico ofrece dos garantías que el sistema político no puede ofrecer. En primer lugar, analiza el conjunto de expectativas fácticas y sólo selecciona (a través de la normativización) las más trascendentes para las actividades humanas de la sociedad concreta. Por ejemplo, en una sociedad que tenga una influencia minera intensa, no será extraño que la regulación en este campo sea profusa, de igual manera una sociedad en la cual la confianza en

---

<sup>196</sup> Es necesario enfatizar el carácter legítimo de la coerción, que a diferencia de la coacción, es respaldada por la sociedad concreta en la que se emite la medida.

el otro sea el eje de toda relación tampoco resultará extraña la ausencia de regulación sobre este punto. Asimismo, el ordenamiento jurídico no se limita al mero reconocimiento de expectativas, sino que prevé una serie de mecanismos –que varían en función de cada subsistema jurídico– destinada a garantizar el mantenimiento de las expectativas normativas: las sanciones. Gráficamente, el incumplimiento un negocio jurídico civil es sancionado, también civilmente, con la resolución del contrato. De igual manera en el caso del sistema penal es la pena la que se encarga la función de restablecer la expectativa normativa quebrantada por el ciudadano.

Como podemos observar, si bien el sistema político es quien finalmente decide cuáles son las expectativas básicas para la existencia normal de la sociedad, él no posee de los mecanismos para estabilizar dichas expectativas ni realizar la selección de las mismas. Por ello, se precisa del sistema jurídico, para que cumpla la función de estabilizar legítimamente las expectativas normativas que hagan posible las relaciones al interior de la sociedad.

Es en este contexto que surge la norma suprema del sistema jurídico: el sistema constitucional<sup>197</sup>. Este sistema es la concreción del sistema político y a diferencia de aquel si genera expectativas de carácter normativo, en la medida que el estado puede ejercer la coerción para poder garantizar su cumplimiento. A su vez, este sistema jurídico inicial no puede pretender regular todas las actividades que se realicen en un determinado Estado, sino que el mismo precisa de concretarse en diversos sistemas jurídicos destinados a cumplir las funciones en él expresado. De esta forma, surgen los derivados de este sistema general que no son más que los otros sistemas jurídicos de segundo orden. En este grupo se encuentran, enunciativamente, el sistema administrativo surge para regular las relaciones entre los administrados y el Estado, así como las relaciones entre los miembros de la administración pública y ella; de igual manera, el sistema jurídico tributario surge para regular las contribuciones que los ciudadanos deberán realizar para que el Estado pueda subsistir y cumplir con sus funciones; entre otros.

El sistema jurídico penal no es un sistema aislado, sino que tiene un referente externo necesario que no es otro que el sistema constitucional. Este es quien determina los contenidos básicos sobre los cuales el sistema penal ha de reproducirse, pues es finalmente quien determina los parámetros mínimos sobre los que se ha de erigir el sistema jurídico. Estas

---

<sup>197</sup> Al respecto, es necesario precisar que no se requiere que el sistema constitucional se encuentre o no plasmado en un texto escrito. Si bien es común encontrar en los sistemas jurídicos un texto escrito en el que se consagra el proceso de creación de normas, el ejercicio del poder estatal y los derechos y libertades ciudadanos, también es posible que ello pueda encontrarse en un texto no escrito, como es el caso del sistema jurídico inglés. De mucho interés para profundizar en este tema es la distinción entre Constitución Política formal y Constitución Política Materia (*Vid.* BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de la Constitución Reformada*, tomo I, Editorial Ediar, Buenos Aires, pp. 273 – 277).

relaciones pueden analizarse en dos momentos a la hora de crear una institución al interior del sistema penal y al momento de decidir la aplicación de la misma.

### 1. *La creación de la norma penal*

En primer lugar, al momento de la creación de la norma penal el Legislador –o en algunos casos muy reducidos cierto tipo de operadores jurídicos, fundamentalmente el juez en caso de vacíos legales- se encuentra obligado a realizar un análisis de proporcionalidad para decidir si la institución que pretende incluir cumple o no con los postulados del sistema constitucional del país en el que se inserta.

No son pocos los casos en los cuales el Legislador ha importado figuras de distintos ordenamiento jurídicos, lo que ha llevado en la práctica que las mismas sean inaplicables o de difícil aplicación. Desde una perspectiva de la sociología jurídica el Profesor Hurtado Pozo señala contundentemente sobre el tema:

“Después de todas estas constataciones, podemos afirmar que las normas foráneas importadas por el legislador peruano no ha sido modificado en su expresión formal, su sentido ha variado en la medida en que esas normas se "aclimataban la medio", en donde no sólo han estado y están sometidas a las exigencias de la realidad económico-social, sino también jurídico-cultural.”<sup>198</sup>

La relevancia de los problemas no sólo se limita al ámbito socio-jurídico, sino que ha de ser trasladada al ámbito de lo constitucional. Las instituciones jurídicas extranjeras responden a sistemas constitucionales que no son iguales a los nuestros, claro está ello no obsta de que no exista similitud entre ellos. De ahí que es necesario realizar un análisis sobre la constitucionalidad de la norma que se pretende introducir, a efectos de determinar si la misma es o no compatible con nuestra Constitución Política.

La verificación del ingreso de una institución al sistema jurídico nacional tiene que ser analizada a través del principio de proporcionalidad<sup>199</sup>. Ello siempre será así porque toda inclusión de algún tipo de institución al sistema jurídico penal implica la limitación de un derecho fundamental, por lo que será necesario verificar si dicha limitación es válida, para lo cual se deberá utilizar los criterios utilizados por el sistemas constitucional.

---

<sup>198</sup> HURTADO POZO, José, *La ley penal importada*, Cedys, Lima, 1979, p. 123.

<sup>199</sup> En ese sentido: CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Principio de proporcionalidad y hábeas corpus”. En *Anuario de Derecho penal*, PUCP, Lima, 2008, pp. 37 y ss. De igual manera, la jurisprudencia de nuestro tribunal Constitucional, en: STC. Exp. N° 0760-2004-AA, caso MEZA GUERRA, Fundamento Jurídico N° 3.

Un ejemplo de necesidad de verificación de una institución que provenga de un sistema jurídico al nuestro es el de la inclusión de penas degradantes, las mismas que pueden encontrarse en ciertos países de tradición jurídica musulmana. Una muestra de ello es el apedreamiento de aquellas personas que han sido consideradas como infieles. Si se pretendiese la introducción de este tipo de penas a nuestro sistema jurídico penal, ello no sería posible porque dicha posibilidad no superaría el test de proporcionalidad, dado que nuestro sistema jurídico rechaza de plano cualquier tipo de pena degradante<sup>200</sup>.

## 2. *La aplicación de una institución jurídica-penal cuestionable*

El segundo momento donde es necesario verificar la constitucionalidad de la norma penal es en ciertos supuestos donde la aplicación de la misma pudiera ser cuestionable, en la medida que pudiera implicar la afectación de un principio constitucional. La característica principal de estos casos es su poca posibilidad de ser previstos, debido a que son supuestos – mayoritariamente- muy reducidos. Asimismo, otra característica de estos casos es que el Magistrado debe hacer uso de su potestad de creación normativa para evitar una situación injusta<sup>201</sup>. Dicha injusticia radica en la ausencia de la Ley o –existiendo la misma- en la injusticia de su aplicación.

Estos casos deben ser divididos en dos: *a)* casos donde la aplicación de la norma penal (independientemente del subsistema penal al que pertenezca) puede colisionar con un derecho fundamental; y *b)* casos donde la norma penal colisiona con un principio limitador del *ius puniendi*.

En el primer supuesto, nos referimos a aquellos casos donde la aplicación de la norma penal puede implicar la afectación de un derecho fundamental. La norma penal no sólo se refiere al ámbito dogmático o procesal, sino que también puede abarcar al ámbito sustantivo. Un ejemplo de un caso en donde la aplicación de la norma colisione con un derecho fundamental es el aquel condenado que purga prisión y se encuentra delicado de salud, siendo que el estar en la cárcel podría degenerar su salud y acelerar su muerte. El Código de ejecución penal no prevé alguna forma de ejecución de la pena privativa de libertad por la razón antes mencionada, sino tan sólo la prevista en los beneficios penitenciarios los cuales no son aplicables en todos los delitos. Como correlato de la existencia de esta parte sustantiva,

---

<sup>200</sup> El origen de la prohibición se halla en la Convención contra la tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes. La presente convicción, al versar sobre Derechos Humanos, forma parte del bloque de constitucionalidad, por lo que integra directamente nuestro sistema jurídico constitucional.

<sup>201</sup> Esta obligación reside en el art. 139, numeral 8, que establece el deber del Magistrado de Administrar Justicia aun en caso de vacío o deficiencia de la Ley. En esta norma constitucional se hayan los dos supuestos que señalábamos: *a)* la ausencia de Ley (vacío legal); y *b)* deficiencia de la Ley, que puede ser interpretada como la incompatibilidad de la norma o su aplicación con el ordenamiento constitucional.

tampoco existe un procedimiento específico para solicitar la aplicación de una medida alternativa.

Podemos observar que claramente existe una discrepancia entre la norma penal de ejecución (la ejecución de la pena privativa de la libertad) y un derecho fundamental del recluso (el derecho a la salud. Por ello, a través de un ejercicio de ponderación deberá determinarse si es que –en el caso concreto- pese a no existir una norma concreta que prevea esta situación, el Magistrado podrá o no –haciendo uso de su potestad de administrar justicia en caso de vacío de la Ley- disponer una medida paliativa que impida una afectación intensa a la salud de la persona (el cumplimiento domiciliario de la pena, el cumplimiento hospitalario, entre otras alternativas).

En el segundo supuesto nos hayamos frente a casos donde la norma penal tiene una colisión directa con un principio –obviamente de naturaleza constitucional- que sirve para limitar al sistema penal autoreferencial<sup>202</sup>. Gráficamente, centrándonos específicamente en el principio de lesividad, tenemos el caso de que se desee imponer una sanción penal a una persona que maneje en estado de ebriedad en pleno desierto o al interior de una hacienda solitaria de propiedad del conductor; o, sancionar penalmente por contrabando a aquella persona que no declara la existencia de libros en su equipaje. En ambos casos, sancionar a las personas que las cometen sería ir en contra del principio de lesividad, dado que en ambos casos no se afecta directamente a la expectativa normativizada en los tipos penales de conducción en estado de ebriedad y contrabando respectivamente.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República ha aplicado magníficamente el control de una norma sustantiva al colisionar con un principio limitador del sistema penal. Nos referimos a la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3763-2011-Huancavelica. En dicho caso un servidor público, específicamente el asesor legal de la Universidad Nacional Huancavelica, había utilizado cuatro hojas de propiedad de la mencionada universidad, lo que se comprobaría al observar que estas hojas tenían el sello de agua de esta institución. Las cuatro hojas fueron utilizadas para imprimir un escrito que servía en el ejercicio laboral particular del servidor. Por estos hechos el servidor fue procesado por el delito de peculado doloso, siendo condenado a una pena privativa de libertad de 1 año, siéndole reducida su pena por debajo del mínimo legal al haberse acogido a la conclusión anticipada del debate oral.

En la ejecutoria antes mencionada la Sala Penal Permanente de nuestra Corte Suprema emitió el siguiente pronunciamiento sobre el caso:

---

<sup>202</sup> Nos referimos al principio de legalidad, principio de mínima intervención, principio de lesividad, principio de culpabilidad, entre otros.

“**Sétimo:** En la misma línea se encuentra el principio de lesividad, por el cual “*la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley*”, sin embargo, no cualquier lesión o puesta en peligro tiene aptitud para activar el sistema penal, sino solo aquellos comportamientos sumamente reprochables y no pasibles de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto; en ese sentido, para la materialización de un delito se requiere que el sujeto activo haya cometido un hecho lo suficientemente grave como para ser objeto de represión penal y no un simple desliz disciplinario.

(...)

**Noveno:** En este sentido, el comportamiento del recurrente, de haber utilizado cuatro hojas bond, con sello de agua de la Universidad Nacional de Huancavelica, para interponer recurso de apelación a favor de Jesús Vásquez Ampa, conforme consta a fojas treinta y uno; acusación aceptada por el encausado en su instructiva de fojas cincuenta y siete y ampliación de instructiva de fojas ciento veintidós, es una conducta reprobada jurídicamente porque no es aceptable que el abogado de la oficina de asesoría legal de una universidad pública utilice papeles membretados con sello de agua de la institución para litigar en sus asuntos privados que le hace pasible de sanciones administrativas, pero no penal porque el hecho en sí mismo no produce una “perturbación social” que dote de relevancia penal a la conducta de manera que justifique una intervención tan drástica del Derecho penal mediante la pena. Precisamente, por no transgredir las barreras mínimas que habilitan la actuación del Derecho penal, y, mereciendo la conducta practicada claramente una sanción de corte administrativa, en atención al principio de *ultima ratio*, corresponde absolver al imputado de la acusación fiscal por el delito imputado.”<sup>203</sup>

Queda claro que a entender del mencionado colegiado la conducta incriminada, pese a que la misma podía ser subsumida formalmente en el tipo penal de peculado, no constituye un ilícito penal. Ello porque si bien se trata de una lesión tan leve al erario público, la intensidad de la misma no es tal que justifique la intervención del Derecho penal, sino que para la estabilización de la expectativa quebrantaba era suficiente con la intervención de los mecanismos de otros sectores del sistema jurídico. En el caso concreto, el hecho –a lo sumo– podría haberse considerado como una infracción administrativa.

---

<sup>203</sup> R.N. N° 3763-2011-Huancavelica, fundamentos jurídicos N° 7 y 9.

### C. Segunda regla: Los fines del sistema, en la medida de lo posible, han de irradiar a las instituciones integrantes

En la tercera sección de este capítulo hemos demostrado que existe un sistema penal autoreferencial, el cual se diferencia de la dogmática sustantiva y forma una categoría independiente. Dentro de ella se encuentra el objeto de protección del sistema penal (la identidad normativa de la sociedad) y la función que el mismo tiene al interior del sistema jurídico (restabilización de la vigencia de la expectativa quebrantada).

La existencia de esta categoría es trascendental para todo el sistema, dado que permite integrar adecuadamente a la dogmática, el proceso penal e incluso la ejecución de la pena. El eje sobre el cual se desenvuelve el sistema es la estabilización de la vigencia de la expectativa contenida en la norma penal. Dicha estabilización puede ser entendida en un doble sentido. Por un lado, en un sentido fáctico, es el restablecimiento de la confianza real de las personas en que la expectativa quebrantada sigue vigente y que pueden seguir orientando su vida por la misma. Por otro lado, se trata de una estabilización en sentido absolutamente normativo: la simple respuesta del ordenamiento jurídico ante un quebrantamiento de la expectativa normativa, sin una finalidad mayor.

El punto central en este ámbito de las relaciones es la influencia de la función del sistema penal en actos que se realicen al interior de los subsistemas. Para graficar este ejemplo nos valemos del principio de oportunidad. Según el principio de legalidad procesal el Estado se encuentra obligado a la persecución penal de toda acción criminal pública, debido a que él ha monopolizado el *ius puniendi*. Si se considera que el proceso penal es el ámbito a través del cual se realiza el Derecho penal, entonces la comprobación del supuesto de hecho debería implicar la aplicación de la consecuencia jurídica. Este planteamiento es coherente con el principio de legalidad procesal, pues la persecución sólo tendría sentido si el objetivo final (la pena y con ella la restabilización de expectativas normativas se diera.

Partiendo de que la finalidad del sistema es la restabilización de las expectativas normativas, en un plano jurídico y no necesariamente cognitivo, podemos considerar que es posible que existan otros equivalentes funcionales que podrían servir para cumplir la misma función y que –considerando el caso concreto– serían menos gravosos para la persona. Nos referimos al caso del principio de oportunidad. En virtud de este principio puede decidirse que no se ejercite la acción penal o que la misma –en caso de que ya hubiera sido ejercida– sea sobreseída, cuando se presenten los criterios de oportunidad previstos en la norma procesal penal. Aparentemente la aplicación de estos criterios de oportunidad contradeciría la función del sistema penal, la cual sólo podría cumplirse a través de la aplicación de una pena al hecho. No obstante, un análisis mucho más profundo nos demuestra que ello no es correcto, dado que la función del sistema es la estabilización de expectativas normativas que conforman la identidad normativa básica de

la sociedad. Al interior del sistema jurídico pueden existir otros equivalentes funcionales que pueden ser igualmente útiles para dicha estabilización, o, incluso hay supuestos donde la misma –por atención a las distintas situaciones (daño al agente, irrelevancia del daño), no requieren necesariamente de ser estabilizadas–.

## V. LAS RELACIONES HORIZONTALES

### A. Preliminares

Por integración horizontal hacemos referencia directa a las relaciones que existen entre los subsistemas. Esto es, el acoplamiento estructural, en la medida que cada sistema es un ente totalmente diferenciado del otro, tiene una función asignada; no obstante, para el cumplimiento de su función no necesariamente se basta a sí mismo, sino que – como parte del sistema – requiere de otros sistemas circundantes. Los tres subsistemas penales tienen una función diferenciada, la dogmática sustantiva recoge las expectativas básicas de la sociedad y las reglas sobre las cuales se discrimina un suceso como parte del riesgo permitido o no<sup>204</sup>; el proceso penal es el sistema encargado de establecer las reglas con la cual un observador determinará la ocurrencia o no un suceso y sobre la base de ello, habrá de establecer su juridicidad penal<sup>205</sup>; finalmente, el subsistema de ejecución penal que se encarga de concretar la condena impuesta contra el procesado en el proceso penal<sup>206</sup>.

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

---

<sup>204</sup> JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico – penal*, cit., pp. 42 – 45, y 50 – 56.

<sup>205</sup> PERDOMO TORRES, *Los principios de legalidad y oportunidad*, cit., p. 56.

<sup>206</sup> A nuestro entender el sistema de ejecución penal es el menos normativo de los tres subsistemas, porque el mismo si bien tiene funciones normativas determinadas, tiene una función predominantemente empírica: la resocialización.

Estas relaciones pueden verse en dos planos. El primero es el del acoplamiento entre los subsistemas. En este plano ambos sistemas se unen para cumplir la función general del sistema penal. En el caso del acoplamiento entre la dogmática y el proceso podemos observar que la función es la traslación del derecho sustantivo abstracto a la realidad, una vez que el supuesto de hecho fuera comprobado, siempre y cuando dicha operación fuese requerida por la sociedad (necesidad de pena).

El segundo plano donde podrá observarse la relación entre los subsistemas es en el respeto a su autonomía. Cada subsistema penal tiene una función propia, la misma que va a implicar la creación de instituciones que permitan la realización de dicha función. Si bien existen instituciones que pueden ser transversales (las que analizaremos en las relaciones de acoplamiento), también existen instituciones que no se acoplan con los otros subsistemas, lo que no implica que las mismas no sean importantes para el funcionamiento del subsistema al cual ellas pertenecen.

**B. Tercera regla: El proceso, y la gran mayoría de sus instituciones, están diseñadas para concretizar la abstracción de la norma sustantiva**

1. *Definición general de las relaciones de acoplamiento entre la dogmática sustantiva y el proceso penal*

En la segunda sección del presente capítulo hemos podido resumir la problemática y criticar las principales teorías que conforman el estado de la cuestión sobre las relaciones entre la dogmática sustantiva y el proceso penal, las cuales podrían ser reformuladas como: *el papel de la dogmática sustantiva en el proceso penal*. Ello por el importante énfasis que los diversos autores le dan a la dogmática, sin analizar que en realidad tanto la dogmática y el proceso penal pueden ser concebidos como una unidad a partir de la función que cumplen.

Desde nuestro punto de vista, existe una regla general en las relaciones de acoplamiento entre el proceso penal y la dogmática sustantiva. El proceso penal es el procedimiento a través del cual el Magistrado traslada a la realidad la abstracción de la norma penal sustantiva. Para ello tiene que seguir una serie de operaciones destinadas a comprobar la existencia del supuesto de hecho de la norma abstracta y a determinar la consecuencia jurídica a imponer. Asimismo, posee una serie de instituciones destinadas a que las conclusiones a las que arribe el Magistrado sean lo más cercanas a la verdad material.

Analizando cada una de las partes de nuestro concepto. En primer lugar, el proceso penal es considerado un procedimiento porque dentro de sí tiene un conjunto de operaciones, las

cuales son entendidas como los pasos destinados al cumplimiento de una determinada función. El proceso penal es complejo porque dentro de sí posee distintas operaciones, pues el proceso no se da en un acto único, sino que son una serie de etapas las que han de realizarse desde el momento en que el mismo inicia hasta que concluye.

En segundo lugar, se pone énfasis en la función principal del proceso penal: la traslación a la realidad de la abstracción de la norma penal sustantiva. La norma penal sustantiva, antes de ser aplicada, sólo tiene existencia en el ordenamiento jurídico abstracto, careciendo de existencia empírica. Visto con un ejemplo, la norma del homicidio simple sólo tiene una existencia abstracta en el sistema jurídico, como fuente de expectativas, esta sólo podrá tener vigencia fenomenológica cuando la persona realiza la acción prevista en el supuesto de hecho. La consecuencia jurídica a imponer, la pena, permanecerá en su abstracción si es que el ordenamiento jurídico no tuviera un mecanismo de legitimación destinado a establecer la existencia del supuesto de hecho y que este le es atribuible al procesado. De ser así, entonces la consecuencia jurídica se traslada de la abstracción de la norma a la realidad concreta.

En tercer lugar, está la razón de existencia del proceso penal: ser el mecanismo más eficiente para establecer la existencia de un determinado hecho. El paso de la abstracción de la norma a la realidad puede ser transitado de diversas formas, incluso es posible –como en algún momento sucedió– que la víctima aplicara de forma directa la consecuencia prevista en la norma por parte del autor. El moderno Estado de Derecho tiene como una de sus máximas fundamentales el evitar la arbitrariedad, la misma que podría ser producida si es que no se cuenta con un mecanismo eficiente para la averiguación de la verdad. Este mecanismo es el proceso penal, porque es el que mayor legitimación goza para realizar este proceso de averiguación.

Desde un punto de vista externo a su función en relación a la dogmática sustantiva, el proceso penal es un mecanismo de legitimación. La verdad acerca de la ocurrencia de un determinado hecho puede ser comprobada de diversas razones. La cartomancia podría ser tomada como un mecanismo válido para determinar que un hecho ha existido, o incluso el recurrir a adivinos, claro está en una sociedad que tuviera como característica la creencia en lo místico como esencia de su sociedad. En una sociedad moderna y occidentalizada el proceso penal es el único mecanismo legítimo, al interior del sistema jurídico, para determinar la ocurrencia de un determinado hecho y decidir cuáles son las consecuencias que de él se derivan.

El proceso penal es elegido sobre los otros mecanismos de averiguación de la verdad porque dentro de sí contiene una serie de garantías que hacen que el resultado, independientemente de cual sea el resultado del mismo, sea más fiable en comparación que el resto de mecanismos. Asimismo, y ello con relación al sistema constitucional, garantiza que los derechos fundamentales de todas aquellas personas que intervienen en él no sean indebida o innecesariamente limitados.

## 2. *El lado dogmático sustantivo de las instituciones procesales*

Las instituciones procesales que sirven para la concreción de las instituciones sustantivas no pueden ignorarlas. Por el contrario, la institución sustantiva es fundamental al momento de analizar la aplicación de una institución de carácter procesal.

Usualmente, se ha aplicado de forma mecánica las instituciones procesales, pues no se evidencia que las mismas son en realidad instrumentos para la realización de la dogmática sustantiva. Por ende, toda la complejidad de esta última debe ser obligatoriamente trasladada a la aplicación de la norma procesal penal. Aplicar una institución procesal penal sin tener en cuenta una institución sustantiva es como pretender imprimir una pintura de VAN GOGH en blanco y negro. El resultado final será una impresión de una imagen, pero no será la impresión del artista mencionado, pues la imagen carecerá del despliegue de colores y tonalidades que caracteriza estas pinturas.

Desde nuestro punto de vista el error en el que se incurre tiene como su punto de origen a la estandarización de la aplicación de una institución procesal. En otras palabras, el operador – usualmente- considera que todas las instituciones dogmáticas sustantivas presentan las mismas características, por lo que al momento de aplicar una institución procesal se toma en cuenta sólo al instrumento más no a la esencia. Esta aplicación puramente procesal, procedimental para ser más preciso, tiene efectos muy graves, pues al no tomar en consideración a la institución sustantiva, la aplicación de la institución procesal deviene en incorrecta.

Ejemplos de esta mala aplicación son abundantes, tales como el caso de la aceptación de la conformidad con la acusación, o cualquier otra forma de acuerdo negociado de culminación del proceso con pluralidad de imputados (SUPRA V.II); la aplicación del principio del *non bis in idem*; la verificación del elemento de prueba suficiente en el caso de la prisión preventiva; la excepción de improcedencia de acción; la cosa juzgada en los delitos de lavado de activos; entre otros supuestos.

## 3. *La imposibilidad de trasladar instituciones dogmático sustantivas que no puedan ser comprobables en la realidad*

Teniendo como tesis central la idea de que la relación de acoplamiento del proceso penal con relación a la dogmática sustantiva es la concreción en la realidad de la norma penal sustantiva, entonces tenemos una premisa que se desprende de esta tesis. No toda norma abstracta, por más que ello se pretenda, podrá ser trasladada a la realidad. Sólo podrán tener vigencia aquellas

instituciones sustantivas cuya realización pueda ser empíricamente demostrable al interior del proceso penal.

Gráficamente, sobre la base de la polémica existente al interior de la imputación subjetiva, existe un debate muy interesante sobre el papel que puede tener la voluntad en la imputación subjetiva. Por un lado, se encuentra las teorías cognoscitivas que consideran que la voluntad no tiene ningún papel en la imputación subjetiva, sino que solamente el conocimiento será el único factor para esta imputación. Por otro lado se encuentran las teorías tradicionales que siempre han considerado que la imputación subjetiva tiene como elementos básicos al conocimiento y la voluntad, siendo sumamente importante el nivel de estos para definir los distintos tipos de dolo y culpa. Finalmente, está la posibilidad teórica de considerar un concepto volitivo que implique que se respete la voluntad real del sujeto y que esta no se impute, sino que sea empíricamente verificable. De estas tres alternativas tan sólo la primera y la segunda podrán tener posibilidades de traslación a la realidad. La tercera alternativa no podrá ser trasladada, pues considerar que el concepto de dolo es un concepto psicológico que debe ser demostrado y no imputado del contexto, es un dato que no puede ser probado en el proceso penal. Al menos en el estado actual de la ciencia, no es posible que se pueda demostrar exactamente y a ciencia cierta lo que el sujeto pensó al momento de realizar una determinada acción.

La prueba es el medio a través del cual el supuesto de hecho de la norma penal sustantiva puede ser comprobado. Por tanto, si el supuesto de hecho no puede ser demostrado en el proceso penal a través de un medio de prueba que goce de aceptación científica, entonces dicha institución sustantiva no podrá ser trasladada hacia la realidad.

### C. Cuarta regla: El ámbito autónomo de los subsistemas penales

Las relaciones horizontales entre los subsistemas jurídicos obligan a que los mismos tengan una estrecha coordinación entre sí. No obstante, ello de modo alguno significa que el ámbito autónomo que cada uno de estos sistemas tiene fuera a desaparecer. Por el contrario, sólo contando con una autonomía y con instituciones propias, puede cumplirse adecuadamente la función del sistema penal en particular respetando las garantías constitucionales del ciudadano que es procesado.

#### 1. *La irreproducibilidad como primer ámbito de autonomía*

El ámbito autónomo de cada subsistema penal se encuentra constituido por instituciones que no pueden ser reproducibles en el otro subsistema. Estas instituciones no tienen otro fin que servir para interpretar o ayudar a operar mejor el sistema en el cual se desenvuelven, sea como

metainstituciones o instituciones accesorias. En el primer caso, se trata de instituciones complejas que se encuentran por encima de las instituciones que son trasladadas a la realidad o que sirven para ella. En el segundo caso se trata de instituciones que sólo sirven para que la operatividad del sistema sea más eficiente.

En el caso de la dogmática sustantiva el encontrar instituciones que no puedan ser –de una manera u otra- relacionadas de forma directa con el subsistema procesal penal es sumamente complicado, debido a que en principio toda institución de la dogmática sustantiva tiende a intentar reproducirse en la realidad, por lo cual sería necesario que esta se relacione con el proceso penal. No obstante, un análisis más acucioso nos demuestra que la dogmática sustantiva tiene más supra instituciones de las que pareciera, vale decir, aquellas que no tienen objeto directo el realizarse en la realidad, sino que tienen una vigencia única y exclusivamente al interior del sistema dogmático sustantivo, sea para interpretarlo o para ayudar a su operatividad abstracta.

Un ejemplo de estas instituciones es la norma sustantiva que considera que el sistema de imputación subjetiva se basa por un sistema de *numerus clausus*. Esta norma no tiene como objeto trasladarse a la realidad, sino que tiene como objeto ser una meta regla que sirve sólo para la interpretación de las instituciones al interior del sistema dogmático sustantivo. De igual manera sucede con el principio de combinación de leyes penales, el cual sirve también para la interpretación de la norma sustantiva, sin mayor pretensión o posibilidad de ser trasladada a la realidad.

En el caso del proceso penal también podemos observar la existencia de instituciones que conforman un ámbito autónomo del proceso penal. Entre ellas podemos observar a los medios de impugnación, los cuales no tienen como objeto directo la traslación de la abstracción de la norma penal sustantiva a la realidad, sino que sirven para asegurar que el resultado material sea el correcto o al menos el más preciso. De igual manera, las disposiciones que regulan los costos y costas procesales no tienen como objeto directo el cumplimiento de la función de acoplamiento, sino tan sólo tienen como objeto mejorar la operatividad del proceso penal. Dicho objetivo es cumplido cuando se plantea indebidamente un medio impugnatorio y el costo del mismo es trasladado a quien lo impugno, desincentivándolo a la presentación de medios impugnatorios innecesarios, los cuales sólo retrasan el proceso penal.

A large, faint watermark of the university's logo is centered on the page, featuring the Latin motto "ET LUX IN TENEBRIS LUCEAT" and the year "MCMXXVII".

**TERCERA PARTE**  
**CONCRECIONES TEÓRICO – PRÁCTICAS DEL SISTEMA PENAL**  
**INTEGRAL ESBOZADO**

## CAPÍTULO QUINTO

### LA NECESIDAD DE INTEGRAR LA DOGMÁTICA Y EL PROCESO PENAL A EFECTOS DE PROCURAR UNA SOLUCIÓN SISTEMÁTICAMENTE COHERENTE

#### I. ¿LA IMPOSIBILIDAD DE REALIZAR UN ACUERDO PROCESAL SOBRE DELITOS DE LESA HUMANIDAD?

##### A. Preliminares

Los delitos de lesa humanidad son conocidos como normas de *ius cogens*. Vale decir que, a entender de la doctrina y la jurisprudencia<sup>207</sup>, son normas fundamentales para la coexistencia de la comunidad jurídica internacional, por lo que no es posible la creación de normas o realizar interpretaciones que sirvan para limitar su efectividad. La importancia de estos delitos se encuentra directamente en relación con el denominado “derecho a la verdad” y la importancia que los mismos tienen en si misma, pues son considerados los crímenes más repudiables (tan sólo superados por el Genocidio) para toda sociedad.

Aparentemente la criminalización de las violaciones al núcleo duro de los derechos humanos sólo tendría efectos en el plano sustantivo, es decir, la respuesta político criminal del Estado se agotaría solamente en la creación de un tipo penal y de una sanción. Por ello, no sería necesario darle un tratamiento diferenciado, no sólo a nivel dogmático, sino proceso y de ejecución penal con respecto al resto de delitos. Esta premisa, aparentemente sólida, no resulta de recibo en ningún sistema jurídico, toda vez que los crímenes de lesa humanidad siempre han gozado y gozarán de un tratamiento diferenciado con respecto al resto de delitos.

---

<sup>207</sup> *Vid.* STC. Exp. N° 0024-2010-PI/TC, Fundamento Jurídico N° 53 y ss.

Para muestra de dicha posibilidad es necesario señalar que los principales efectos de los delitos de lesa humanidad, al menos los reconocidos en el ordenamiento jurídico, no se dan en un plano sustantivo, sino tan sólo en uno procesal y de ejecución. En el primer caso, nos referimos a la imprescriptibilidad de la acción penal y la generación de mecanismos al interior del proceso que impidan la sentencia en contra de un procesado por estos delitos. En el segundo caso, se manifiesta en la supresión de beneficios penitenciarios y la imposibilidad de emitir un indulto –sólo en caso de indulto político- a favor del procesado<sup>208</sup>.

Resulta evidente que una interpretación de los efectos de los delitos de lesa humanidad puede implicar muchos problemas jurídicos si es analizada desde nuestra perspectiva integracionista. En ese sentido, podrían generarse problemas en torno a la aplicación al ordenamiento jurídico de normas que no pertenecen a él. Para citar un ejemplo es el caso de los delitos de lesa humanidad, específicamente determinar si los mismos son imprescriptibles y, en caso de serlo, desde qué fecha y bajo qué argumentos lo son. De igual manera existe un polémico debate en torno al indulto, dado que el indulto puede ser emitido para toda clase de delitos, salvo que una norma expresa lo prohíba, lo cual no sucede en el caso de los delitos de lesa humanidad que esta consecuencia no se señala para ellos expresamente.

De todos estos problemas existe uno relacionado al tema objeto de análisis en este capítulo, es el de la aceptación de un acuerdo negociado en el caso de los delitos de lesa humanidad. La pregunta en estos casos sería ¿Interesan las cualidades particulares de un tipo de delitos al momento de realizar un acuerdo negociado de culminación del proceso?. Para responder a esta pregunta primero nos ubicaremos en la problemática de los delitos de lesa humanidad, la cual analizaremos al brindar una breve definición de los principales aspectos vinculados a estos delitos y señalar los efectos que la declaratoria de un delito de lesa humanidad tiene al interior de nuestro ordenamiento jurídico. En segundo lugar, analizaremos los principales fundamentos de los acuerdos negociados de culminación del proceso, poniendo un especial énfasis en sus fundamentos constitucionales. Finalmente, en tercer lugar nos avocaremos a responder la pregunta planteada desde la óptica de la integración vertical entre en el sistema constitucional y el sistema penal, vale decir si es posible o no la aceptación de un acuerdo de culminación del proceso en aquellos casos donde el delito sustanciado es un crimen de lesa humanidad o de genocidio.

---

<sup>208</sup> *Vid.* CANCHO ESPINAL, Ciro, *Imputación en los delitos de lesa humanidad. Elementos típicos*, Ara editores, Lima, 2013, pp. 19 – 24.

## B. Recepción de los delitos de lesa humanidad y sus efectos en el ordenamiento jurídico nacional

### 1. *El delito de lesa humanidad en el ordenamiento jurídico nacional*

En el Perú no existe el delito de lesa humanidad incorporado directamente en el Código penal. La razón de ello es que el Legislador, al momento de recepcionar en el Derecho Interno los conceptos del Estatuto de Roma, optó porque dichos conceptos sirvan solamente para reconocérseles a los delitos ya existentes en el ordenamiento jurídico las consecuencias de considerar a un delito como lesa humanidad.

En el sistema de incorporación al Derecho nacional del concepto de lesa humanidad, en el Derecho Internacional, existen dos grandes posiciones: a) La teoría monista, que considera que lo contenido en los tratados internacionales no necesita de un reconocimiento directo a través de una Ley en el Derecho nacional; b) La teoría dualista, la cual señala que es necesario que en el Derecho nacional una Ley recoja la esencia del Tratado y la desarrolle.

Para ilustrar esta teoría nos basamos en el caso peruano del proceso contra el Ex – Presidente Francisco Morales Bermudez. A él se le imputa haber deportado a 13 personas, políticos de la oposición y de izquierda, hacia Argentina en plena de la época de la dictadura. Considerándose que estos hechos fueron parte del denominado “Plan Condor”. La imputación actual ha sido subsumida en el delito de secuestro, porque el ordenamiento jurídico peruano no reconoce la deportación como delito, siendo el secuestro –aunque con dudosa subsunción por someter a entredicho la prohibición de al analogía en Derecho penal- el motivo por el cual se le procesa. Se ha considerado inicialmente que este sería un delito de lesa humanidad, en la medida que habría sido parte del “Plan Condor” y, constituye el delito –internacional- de deportación. Sin embargo, esta tesis inicial se quiebra por cuanto ni en el año 1978, ni ahora, ni nunca la deportación ha sido calificada como un delito. Por tanto, no hay delito base en el ordenamiento jurídico al cual atribuirle la calificación jurídica de lesa humanidad, debiendo considerarse este delito como un delito común.

La competencia de la Corte Penal Internacional se basa en el principio de complementariedad. En buena cuenta, la CPI sólo podrá ver delitos de lesa humanidad siempre y cuando el Estado no contemple el delito en su legislación nacional, o, ponga trabas a la persecución de estos delitos. Es por esta razón que los delitos contemplados en el Estatuto de Roma, tienen que tener una recepción típica en el Derecho nacional, si es que se pretende procesar a una persona por un delito de lesa humanidad no previsto en el Estatuto.

Volviendo al caso del General MORALES BERMUDEZ, no podría existir un procesamiento penal en su contra por un delito de lesa humanidad en el ordenamiento jurídico peruano, porque el

delito de deportación no existe en él. Sin embargo, y sólo si es que el Consejo de Seguridad de la ONU lo dispusiera, podría ser procesado ante la CPI.

Dentro del rótulo de crímenes de lesa humanidad se agrupa al conjunto de conductas que atentan, bajo ciertos requisitos, contra el núcleo duro de los Derechos Humanos. Si bien la punición de conductas que constituyen el delito de lesa humanidad es una obligación del Estado Peruano, no existe en la actualidad un tipo penal que sancione expresamente este delito. En otros países este delito se encuentra previsto expresamente en sus sistemas penales, como es el caso de Chile que prevé el delito de lesa humanidad y los otros crímenes sancionados por el Estatuto de Roma (Genocidio y crímenes de guerra), o como es el caso de Alemania.

El hecho de que Perú no tenga expresamente previsto en el Código penal este delito no implica que incumpla su deber de sancionar los crímenes de lesa humanidad. El deber es satisfecho al calificar ciertos delitos –en principio comunes– como delitos de lesa humanidad, con las consecuencias jurídicas que se desprenden de ello. Esta opción es posible porque gran parte de las conductas previstas dentro de este crimen internacional ya se encontraban previstas dentro del ordenamiento jurídico nacional. Por ejemplo, la desaparición sistemática y masiva de opositores a un régimen dictatorial, puede ser una conducta subsumida en el tipo de desaparición forzada. De igual manera, el establecimiento de mecanismos de coacción física a presuntos criminales para obtener información sobre bandas criminales a las que presuntamente pertenecen, podría calificar como actos de tortura. Con ocasión de la adhesión al Estatuto de Roma, se introdujeron en nuestro sistema jurídico conductas criminales otrora desconocidas, como el delito de manipulación genética<sup>209</sup>.

Al no estar previsto el crimen de lesa humanidad como un delito de nuestro sistema penal, no es posible imponer una pena por este crimen, ni condenar a alguien por el mismo. El Magistrado sólo tiene como posibilidad, claro está siempre y cuando la calificación jurídica haya sido objeto de debate al interior del proceso penal, de reconocer la existencia de un crimen de lesa humanidad cuando pueda apreciar que un delito común haya sido cometido por funcionarios estatales o por una organización con suficiente poder militar para equipararse a una fuerza estatal, de forma *sistemática* o *generalizada* contra una *población civil*<sup>210</sup>.

---

<sup>209</sup> Vid. SALMÓN GARATEA, Elizabeth (coord.), *La Corte Penal Internacional y medidas para su implementación en el Perú*, Fondo editorial PUCP, Lima 2003.

<sup>210</sup> De igual opinión: MONTOYA VIVANCO, Yván, “Límites y avances del Derecho penal frente a las violaciones de Derechos Humanos ocurridas durante el periodo del conflicto armado interno”. En: QUINTEROS, Víctor Manuel, *Temas de derecho penal y violación de derechos humanos*, Idehpucp, Lima 2012, pp. 48 – 51. Específicamente sobre el tema: MONTOYA VIVANCO, Yván, “Las diversas calificaciones del hecho generador de una violación de Derechos Humanos y principio de legalidad”. En: QUINTEROS, Víctor Manuel, *Temas de derecho penal y violación de derechos humanos*, Idehpucp, Lima 2012., pp. 125 – 140.

La solución antes propuesta contradice directamente el principio de legalidad, porque este exige que tanto el supuesto de hecho (la conducta criminal), como la consecuencia jurídica (sanción u otras consecuencias), se encuentren tipificados en una Ley penal de forma previa a que estas sean aplicadas. Por ende, al no existir en nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma que criminalice directamente, o al menos defina la estructura típica del delito de lesa humanidad, entonces no sería posible aplicar esta norma. No obstante, esta aparente objeción, basada en un respeto estricto de las garantías individuales de la persona, no es posible de ser alegada cuando nos encontramos frente a normas de *ius cogens*.

La existencia de una norma de *ius cogens* no requiere de su desarrollo al interior del derecho interno, pues la misma –sin importar el ámbito de esta norma- se encuentra inserta en todo ordenamiento jurídico pese a no encontrarse escrita. Por ello, el surgimiento de efectos en el caso de delitos de lesa humanidad no requiere que el crimen de lesa humanidad se encuentre definido en una norma interna escrita, pues dicha definición ya se encuentra presente en la norma de *ius cogens* que define qué es un delito de lesa humanidad. Por ende, si bien estamos ante una excepción al principio de legalidad, no es una excepción que adolezca de algún vicio de inconstitucionalidad.

## 2. *Primer efecto: La imprescriptibilidad de la acción penal*

El primer efecto es la imprescriptibilidad de los delitos base que sirvan para calificar el hecho como un crimen de lesa humanidad. Esta obligación se deriva de la obligación del Estado peruano surgida por la suscripción de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y de Guerra, la cual en su art. 1, numeral b, fija la imposibilidad de prescribir estos crímenes –según lo previsto en el Estatuto de Núremberg- incluso cuando estos no constituyan una violación de una norma penal interna. La Convención mencionada rige desde 1970 y fue ratificada en el año 2003 por nuestro país. Recientemente existió un debate en torno al momento desde el cual son aplicables sus efectos, con ocasión de la acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1097. Este decreto posibilitaba el sobreseimiento de la acción penal en casos de procesamiento penal por violaciones de Derechos Humanos, cuando se hubiera sobrepasado el plazo razonable de la duración de estos procesos. La disputa quedó zanjada, en el plano de la jurisprudencia, por el Tribunal Constitucional el cual afirmó que:

“no considera que la regla de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad pueda regir solamente a partir de la ratificación de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, hacia el futuro, sino que, siendo una norma

de *ius cogens*, tales crímenes son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido.”<sup>211</sup>

Si bien la solución del Tribunal Constitucional peruano fue la antes expresada, nosotros no nos encontramos de acuerdo con la misma. Es más, incluso integrantes del mismo Tribunal Constitucional (el voto singular del Magistrado Vergara Gotelli) consideran la idea de que los delitos de lesa humanidad sólo son imprescriptibles desde el año 2002<sup>212</sup>, por ser la fecha en la que entró en vigencia el Estatuto de Roma en nuestro país. Al respecto, nosotros consideramos mucho más sólida la postura adoptada por la Corte Constitucional de Colombia, claro está porque la misma constitución señala expresamente la prohibición de prescripción de la pena en todo supuesto, de considerar que no es posible aplicar las normas de imprescriptibilidad de la acción penal del Estatuto de Roma al ordenamiento jurídico interno<sup>213</sup>.

Por ello, si hoy se pretende iniciar una investigación por lesa humanidad, basada en hechos cometidos en los años 60 y 70, por hechos anteriores a la vigencia de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, ello no podría ser aplicable, dado que implicaría una aplicación retroactiva de una causal de imprescriptibilidad.

Los crímenes contra la humanidad (genocidio, lesa humanidad básicamente) son normas de *ius cogens*. Partiendo de esa premisa se considera que su protección es indispensable y es un deber de todo estado. Tan importante son estas normas que la comunidad internacional puede ordenar el procesamiento de una persona que cometa estos delitos, sin que el Estado al cual perteneció la persona pueda oponerse a ello, como es el caso de la Ex Yugoslavia o Ruanda. Asimismo, en la actualidad, de forma excepcional y siempre y cuando el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas lo disponga, es posible procesar a una persona por un crimen de lesa humanidad incluso por hechos previos al Estatuto de Roma.

---

<sup>211</sup> STC. Exp. N° 024-2010-PI/TC, Fundamento Jurídico N° 68.

<sup>212</sup> STC. Exp. N° 01969-2011-HC/TC, caso BOCANEGRA CHÁVEZ, voto singular del Magistrado Vergara Gotelli, Fundamentos Jurídicos N° 11 a 24. En esta interesante propuesta el Magistrado consideró que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles, pero tan sólo desde el año 2002, pues en dicha fecha entra en vigor el Estatuto de Roma.

<sup>213</sup> La Corte Constitucional consideró que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, al igual que el resto de crímenes de competencia contenciosa de la Corte Penal Internacional, sólo puede ser invocada en este fuero, mas no en ámbito interno. En ese sentido se encuentra la C-578-2002, sentencia emitida con ocasión de la declaración de exequibilidad del Estatuto de Roma en el sistema jurídico Colombiano. Este criterio fue a su vez confirmado en diversas oportunidades por la Constitucional, destacando las sentencias recaídas en los expedientes C-666-2008 y C-290-2012, en los cuales reafirma que –según el ordenamiento jurídico colombiano– no es posible considerarlos como parte del bloque de constitucionalidad, por lo que no puede declararse inconstitucional una norma que tiene efectos jurídicos en una jurisdicción distinta a la de dicha nación.

La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad no puede ser considerada una norma de *ius cogens*, ni siquiera se trataría de una costumbre, sino que se trata de una norma que emana de un Tratado Internacional.

En primer lugar, no es una norma de *ius cogens*, porque esta condición no puede ser atribuida a cualquier norma o consecuencia vinculada a ella, sino que sólo puede ser de *ius cogens* aquellas situaciones que formen parte de la esencia del ordenamiento jurídico internacional. Y ello es tan restrictivo, porque la norma de *ius cogens* forma parte del ordenamiento jurídico, incluso a pesar de que la misma no se encontrara escrita. Vale decir, una norma de *ius cogens* es una norma vital para que el ordenamiento jurídico pueda mantenerse. Si bien existe una relación de complementariedad entre la imprescriptibilidad y la norma de lesa humanidad. La sola relación entre ambas no justifica equiparar la naturaleza jurídica de *ius cogens* que sólo es propia de la segunda a la primera.

En segundo lugar, podría plantearse que se trata de una costumbre, no obstante esta tesis tampoco es posible de ser alegada. Para que la costumbre internacional exista debe tratarse de una práctica reiterada o uniforme de los miembros de la comunidad internacional. En el caso de la prescripción no se trata de una costumbre, porque la comunidad internacional no siempre ha considerado que todo delito de lesa humanidad, o contra la humanidad en general sea imprescriptible. Tan es así que incluso el Código penal de Colombia, lo cual ha pasado desapercibido seguramente, prevé tácitamente la posibilidad de que los delitos de lesa humanidad puedan prescribir.

Si nos fijamos en el inciso 2 del art. 83 del Código penal colombiano, observamos que los delitos de genocidio tienen un plazo de prescripción de 30 años. En la doctrina internacional se entiende que el genocidio es el “crimen de crímenes”, siendo incluso mucho más grave que los delitos de lesa humanidad, porque implica la mayor acción criminal contra la humanidad. Por ende, si el genocidio puede prescribir, sobre la base de una interpretación *ad maiorem ad minus*, es posible considerar que un delito de menos importancia –como lo son los crímenes de lesa humanidad en relación al genocidio- también pueda prescribir.

En el caso peruano, nosotros jamás hemos establecido la imprescriptibilidad de la acción penal para el caso de genocidio. Es más, incluso podemos llegar a la conclusión de que –de forma previa al 2003- los delitos de lesa humanidad no eran considerados como imprescriptibles. Si nosotros hubiéramos considerado que el genocidio fuese imprescriptible, entonces al momento de tipificarlo hubiéramos considerado en las reglas de prescripción que el mismo era imprescriptible. No obstante, ello no fue realizado así por el legislador nacional se limitó exclusivamente a crear el delito de genocidio. Por ende, si el crimen de crímenes contra la humanidad no es considerado imprescriptible, entonces tampoco podría considerarse que un crimen inferior -en relación a él- sea imprescriptible.

Asimismo, aún si fuese considerada una costumbre internacional, la misma dejó de existir desde el momento que se suscribe la Convención en 1968. La costumbre sólo puede existir en la medida que no exista una norma escrita sobre la materia. Si existe una norma escrita, entonces la moral se convierte en norma. Por ende, la costumbre internacional deja de existir en el año 1968, porque es en ese año que se da una norma escrita de carácter internacional que elimina la costumbre.

En tercer lugar, descartado que se trate de una norma de *ius cogens*, y de una norma consuetudinaria, sólo sería una norma que emana de un tratado. En este punto es fundamental señalar que nosotros nos adherimos al Tratado en el año 2003, haciendo una reserva expresa: los efectos de este instrumento internacional rigen a partir y, expresamente desde el 2003 y no antes de su ratificación.

Por ende, en aras de la seguridad jurídica los delitos de lesa humanidad cometidos antes del año 2003 deben ser considerados como prescriptibles, siempre y cuando la persona no fuera sustraída por el Estado de la acción penal. En este último supuesto el plazo que duró la sustracción se considerará que no es posible de ser abonado al cómputo de la prescripción, porque se ha de considerar este plazo como suspendido<sup>214</sup>.

### 3. *La evitación de mecanismos de obstrucción de la sanción o el procedimiento penal*

El segundo efecto implica que los hechos no podrán ser objeto de algún mecanismo destinado a impedir la emisión de una sanción penal o que la misma sea ejecutada. Esta prohibición se concreta en la imposibilidad de emitir leyes de amnistía sobre estos hechos, leyes que busquen impedir continuar el proceso contra violadores de Derechos Humanos, y la imposibilidad de dar un indulto común. Cabe resaltar que este efecto se deriva de distintos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los cuales tienen como objeto que un país no evada el cumplimiento de su deber de sancionar la realización de crímenes contra los derechos humanos.<sup>215</sup> Nuestro Tribunal Constitucional, sobre la base de los pronunciamientos de la Corte Interamericana, se ha pronunciado en el mismo sentido al señalar que:

“(…) la obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los responsables por la violación de los derechos humanos declarados en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo comprende la nulidad de aquellos procesos donde se hubiese aplicado las

---

<sup>214</sup> Es lógico considerar que si la persona ha sido sustraída de la acción penal, por una acción directa del Estado, entonces –para el caso de delitos de lesa humanidad exclusivamente- dicho plazo debe ser suspendido. En ese sentido, se encuentra el pronunciamiento de la CIDH en el caso BARRIOS ALTO Vs. PERÚ.

<sup>215</sup> CIDH, Caso CHUMBIPUA AGUIRRE y otros vs. PERÚ; CIDH, Caso ALMONACID ARELLANO vs. PERÚ.

leyes de amnistía N.º 26479 y N.º 26492, tras haberse declarado que dichas leyes no tienen efectos jurídicos, sino también toda práctica destinada a impedir la investigación y sanción por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, entre las cuales se encuentran las resoluciones de sobreseimiento definitivo como las que se dictaron a favor del recurrente.<sup>216</sup>

La atribución del carácter de lesa humanidad tiene que ser discutida necesariamente en el proceso penal, porque –como hemos apreciado– tendrá efectos directos en la situación jurídica del procesado. Por ello, el procesado deberá ser denunciado, procesado y posteriormente acusado con esta calificación jurídica, porque de lo contrario no podrá ejercer su derecho a la defensa. No podrá argumentarse un conocimiento presunto de esta calificación, porque la misma debe haber sido expresamente prevista, tal como lo demostraremos posteriormente.

### C. El acuerdo negociado de culminación del proceso penal

#### 1. Nociones básicas

Los sistemas procesales penales en los países que pertenecen al ámbito continental se han caracterizado, históricamente, por guiarse por el principio de legalidad procesal. La consecuencia básica de esta vinculación es que el Estado se encuentre obligado a efectuar la persecución de todo delito de acción pública que se hubiera cometido. El origen de esta obligación se encuentra, evidentemente, en la monopolización del *ius puniendi* por parte del Estado. Si la víctima es sustraída de la persecución y de la ejecución de la sanción penal, entonces es coherente que el Estado deba asumir ese deber, pues de lo contrario –inicialmente– podría afectar los intereses del agraviado por el delito.

La actuación de los países de la tradición jurídica continental, en materia procesal penal, contrasta con la que se sigue en aquellos países pertenecientes al *common law*. Los sistemas procesales penales de estos últimos países se caracterizan por su flexibilidad en la persecución del delito. En estos países rige claramente el denominado principio de oportunidad, en virtud del cual el Estado –a través de la Fiscalía– no se encuentra obligado a realizar la persecución penal de todos los delitos, pudiendo incluso negociar los cargos a imputar o la pena y la forma de su imposición.

Esta separación entre sistemas jurídicos procesales del *common law* y continentales es más difícil de apreciar en la actualidad. Desde hace no poco tiempo se viene dando un fenómeno de

---

<sup>216</sup> STC. Exp. N.º 4587-2004-AA/TC, caso MARTIN RIVAS, Fundamento Jurídico N.º 63

armonización entre ambos sistemas procesales, el cual ha derivado –fundamentalmente– en la incorporación de instituciones y principios del *common law*<sup>217</sup>. La más importante de las instituciones trasladadas es, desde nuestra óptica, la negociación de acuerdos procesales, pues es dicha institución constituye uno de los pilares del *common law*.

Se entiende por acuerdo negociado procesal al negocio jurídico realizado entre el imputado y la Fiscalía, a través del cual el primero emite una declaración de culpabilidad con respecto a las imputaciones que formule en su contra la Fiscalía. Se trata de un negocio jurídico –en casi todos los casos salvo en uno de los dos supuestos de conclusión anticipada del debate oral– porque se trata de dos manifestaciones de voluntad libres (la de la Fiscalía y la del Ministerio Público), cuyo objeto no es otro que la emisión de un acuerdo que ponga fin al proceso penal. Por un lado, la defensa renuncia a su derecho a un juicio oral y a que se actúen pruebas que determinen su culpabilidad, e igualmente importa una renuncia a su derecho a la no autoincriminación. A cambio, recibe una compensación en la pena que se le va a imponer, la forma de ejecución de la misma o incluso puede evitársele el proceso penal. Por otro lado, la Fiscalía, como titular de la acción penal, renuncia a una aplicación plena de la norma penal y modigera su aplicación en el caso concreto. Los beneficios de la realización de un acuerdo son la generación de prueba contra el acusado o contra un tercero; o, la reducción de la carga procesal al concluir el proceso de forma célere.

Es a su vez posible que el acuerdo no sólo incluya la autoinculpación, sino que el procesado proporcione –de diversa forma– información que sea útil para la prevención o el juzgamiento de actividades criminales. A cambio de dicha declaración el imputado puede recibir una serie de beneficios por parte de la Fiscalía. Esta forma de negocio jurídico procesal se ha analizado fundamentalmente como *Derecho penal premial*.

## 2. *Acuerdos negociados en la legislación nacional*

Los acuerdos negociados, en sentido estricto, al interior de nuestro sistema jurídico son básicamente tres: *a)* el principio de oportunidad, *b)* la conclusión anticipada del debate oral, y *c)* la terminación anticipada del proceso penal. En el primer caso, en sentido estricto, no nos encontramos frente a un negocio jurídico, dado que la aplicación del principio de oportunidad tiene la estructura de un acto jurídico. La norma procesal penal establece el procedimiento que

---

<sup>217</sup> El proceso de incorporación de instituciones del *common law* es realizado incluso en países donde el principio de legalidad procesal era considerado como uno de los pilares del sistema. Ese es el caso del proceso penal alemán, en el que normativamente ya se prevé una negociación procesal (*absprache*) que básicamente se encuentra destinada a evitar el juicio oral, lo cual ha despertado una serie de críticas al interior de la doctrina alemana. Cfr. HUBBER, Bárbara, “Por fin socialmente aceptable: ¿Acuerdos procesales en Alemania?”, trad. Juan Luis Gómez Colomer. En: ALBRECHT, Hams, SIEBER, Urs, SIMON, Jan-Michael, SCHWARZ, Felix (comps.), *Criminalidad, evolución del Derecho penal y crítica al Derecho penal en la actualidad*, Max Planck Institut für ausländisches und Internationales Strafrecht, Buenos Aires, 2009, pp. 115 – 130.

debe darse para que se apruebe el principio de oportunidad, no dando al Fiscal y al defensor un margen de negociación sobre los términos de la declaración de autoinculpación.

La Ley N° 28122 introdujo a nuestro sistema procesal penal una figura ya conocida en el sistema procesal comparado, tanto continental<sup>218</sup> como anglosajón<sup>219</sup> con matices distintos entre sí, que es la conformidad del procesado con la acusación, también denominada como conclusión anticipada del debate oral<sup>220</sup>. La misma a su vez ha sido acogida por el nuevo Código procesal penal de 2004 como parte del proceso penal común (art. 372).

La conclusión anticipada del debate oral es un acto jurídico procesal, y a su vez puede ser un negocio jurídico procesal. Nos encontramos frente al segundo supuesto cuando la aceptación que realice el acusado sea el producto de una negociación entre su persona y el Ministerio Público. La naturaleza jurídico – procesal de esta institución difiere de la regulación prevista por el ordenamiento jurídico español (referencia directa de la institución<sup>221</sup>), pues la misma sólo tiene la naturaleza de un acto jurídico procesal; no obstante, nuestro sistema jurídico prevé dentro de sí dos formas convergentes de terminación anticipada: por un lado, la considera como *un acto jurídico procesal en sentido estricto*, en la medida que la conformidad es entendida como una declaración de voluntad, emitida por el procesado al ser cuestionado, de aceptar la acusación formulada en su contra, sin acuerdo alguno sobre la pena o la reparación civil; asimismo, la conformidad puede ser también entendida como *un negocio jurídico procesal*, en la medida que también se permite una “conformidad negociada”, que no es otra cosa que la posibilidad de celebra un acuerdo sobre la pena o la reparación civil<sup>222</sup>.

---

<sup>218</sup> La institución tiene dos grandes referentes en el ámbito continental, tanto en España (conformidad del acusado), como en Italia (*applicazione della pena su richiesta delle parti*). Para un mayor detalle sobre las mismas: BARONA VILLAR, Silvia, *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, *passim*; DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo, *La conformidad del acusado*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, *passim*; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *La justicia penal negociada, experiencias de Derecho comparado*, Editorial Universidad Salamanca, Salamanca, 1997, pp. 119 – 203; GUERRERO PERALTA, Oscar Julián, *Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal*, Editora Jurídica Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998, pp. 182 – 190.

<sup>219</sup> En el *common law*, fundamentalmente americano, tenemos a la institución denominada *plea guilty*, claro está con ciertos matices en el nivel de negociación que pueden concretarse en el *plea bargaining*. Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada, experiencias de Derecho comparado, cit.*, pp. 27 – 50.

<sup>220</sup> Cabe señalar que el antecedente normativo directo de esta institución puede rastrearse en la institución española denominada conformidad con la acusación en España

<sup>221</sup> SAN MARTÍN CASTRO, “La conformidad o conclusión anticipada del debate oral”, *cit.*, p. 215.

<sup>222</sup> En este sentido: SAN MARTÍN CASTRO, “La conformidad o conclusión anticipada del debate oral”, *cit.*, p. 215; asimismo, considerando esta institución como un negocio jurídico procesal, aunque sin hacer la mención expresa sobre su naturaleza jurídica: FERNÁNDEZ MUÑOZ, Karin, “La conformidad: una aproximación a su definición en el nuevo Código procesal penal”. En *Revista Derecho y sociedad*, N° 34, Lima, 2009, pp. 210 – 219.

La doctrina ha descrito los elementos que caracterizan esta institución<sup>223</sup>; sin embargo, como hemos señalado anteriormente, al tener una doble naturaleza, como un acto jurídico procesal, o, un negocio jurídico procesal, las mismas tienen características propias. Por un lado, siguiendo a SAN MARTÍN CASTRO<sup>224</sup>, cuando considera a la conformidad como un acto jurídico procesal, consideramos que en este aspecto la misma posee las siguientes características: *a) es un acto puro*, en la medida que el mismo no se encuentra limitado a condición, plazo, o término; y *b), es un acto unilateral*, en la medida que es sólo el procesado quien le corresponde emitirlo y es finalmente quien cede su derecho a un juicio y su derecho a la defensa, siendo la consecuencia que posteriormente no podrá solicitar la nulidad de este acto procesal.

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

Finalmente, tenemos el caso de la terminación anticipada del proceso penal. Esta institución si es un negocio jurídico procesal, en la medida que los intervinientes (Fiscal y defensor) tienen un margen de negociación sobre la pena y la forma de ejecución de la misma. Por tanto, si bien tienen un margen limitado de negociación a diferencia del sistema anglosajón que permite un mayor margen de negociación, incluso de los tipos de delitos, es al fin y al cabo un espacio donde es posible realizar la negociación.

### 3. Legitimación constitucional

Como hemos señalado anteriormente, la admisión de una determinada institución en el sistema penal, sin importar la naturaleza material o sustantiva de la misma, tiene que ser legitimada a través del principio de proporcionalidad, cuando signifique la limitación de un derecho fundamental<sup>225</sup>. Los acuerdos negociados de culminación del proceso penal no son la excepción, todo lo contrario, para aceptar la validez de la misma al interior del sistema jurídico penal, primero ha de determinarse si la institución tiene o no una validez constitucional, toda vez que su existencia implica la afectación de derechos fundamentales de los distintos intervinientes en el proceso (derecho a la prueba, derecho a la verdad en casos de violaciones a derechos humanos, derecho a la no autoincriminación, entre otros.), así como adicionalmente

---

<sup>223</sup> Vid. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 172 – 186. Asimismo, es destacable la Sentencia del Tribunal Supremo Español, de fecha 1 de marzo de 1988.

<sup>224</sup> Vid. SAN MARTÍN CASTRO, “La conformidad o conclusión anticipada del debate oral”, cit., pp. 216 – 218.

<sup>225</sup> LOPERA MEZA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., pp. 27 y ss.; BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad de la legislación penal*. En: *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 129 – 140.

– en el caso de que se trate de un negocio jurídico procesal - un quiebre al principio de legalidad en materia procesal.

En primer lugar, hemos de referirnos a la *idoneidad* de los acuerdos negociados de culminación del proceso. A nuestro entender, como el de un sector mayoritario de la doctrina<sup>226</sup>, la introducción de esta institución pretende aligerar la carga de procesal del Poder Judicial, y en ciertos supuestos del Ministerio Público, pues los libera de la obligación de iniciar o proseguir un juicio contra uno o más procesados. Dicha reducción de carga procesal es beneficiosa para el sistema jurídico en general, pues permite que sus operadores deriven los esfuerzos que iban a realizar a otras actividades similares, lo que redundará en una mayor celeridad procesal que beneficia a todos. Determinada la finalidad, debemos preguntarnos ¿Son los acuerdos negociados de culminación del proceso o no adecuados para lograr el mejoramiento del sistema penal? Desde un punto de vista exclusivamente causal, el cual es independiente del grado de eficacia con el cual se cumple la finalidad, podemos afirmar que esta institución ayuda a lograr esta finalidad, pues como señalábamos el reducir la carga procesal implica necesariamente que ese tiempo ahorrado sea destinado a otras actividades propias del sistema.

En segundo lugar, refiriéndonos a la *necesidad* de los acuerdos de culminación del proceso penal, hemos de verificar si existen otras medidas que sean funcionalmente idénticas a esta institución, vale decir, si existen equivalentes funcionales. Una revisión de las distintas figuras existentes en la doctrina procesal penal nacional y comparada, nos lleva a la inequívoca conclusión de que no existe una medida alternativa que sirva para mejorar el sistema de procesamiento penal, a un costo tan bajo. Todo lo contrario, las medidas existentes podrían incluso ser afectaciones más intensas, como el renunciar totalmente a la persecución penal de la persona. Aparentemente podrían entrar a considerarse otras instituciones como los tribunales de flagrancia o ciertos mecanismos de simplificación procesal; sin embargo, los supuestos que fundamentan a estas instituciones no necesariamente son los mismos que fundamentan a los acuerdos negociados (la pura celeridad procesal ante supuestos de certeza sobre la realización de la imputación).

Si el Estado decide la realización de un acuerdo negociado no es necesariamente sólo porque desee una justicia penal rápida, sino también es porque no tiene los suficientes medios de prueba como para lograr acreditar la acusación. Es usual que el Ministerio Público, tal como sucede en el sistema jurídico anglosajón, acuda a una salida negociada a efectos de que el hecho no quede impune, pese a que ello implique un sacrificio en la pena a imponer.

---

<sup>226</sup> Vid. SAN MARTIN CASTRO, “La conformidad o conclusión anticipada del debate oral”, *cit.*, p.217; BARONA VILLAR, *La conformidad en el proceso penal*, *cit.*, p. 303, CHIESA APONTE, Ernesto, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, tomo II, Editorial Forum, Puerto Rico, pp. 425 – 426.

En tercer lugar, hemos de hacer la ponderación entre los efectos positivos de la inclusión de los acuerdos de justicia penal negociada y los efectos negativos que la misma generaría. Para realizar esta ponderación podríamos basarnos en la fórmula de pesos de ALEXY<sup>227</sup>; sin embargo, somos de la idea de considerar que la misma no puede ser aplicada, al menos en la actualidad por la imposibilidad de asignar un valor numérico a un principio<sup>228</sup>. Por ello, a efectos de hacer el análisis de los costos y beneficios, nos hemos de valer de los conceptos y herramientas metodológicas que nos brinda el análisis económico del derecho.

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

El segundo paso es determinar el espectro de posibilidades en dos escenarios, el primero sería la aceptación de la inclusión de los acuerdos de culminación del proceso, y, el segundo un sistema que prescindiera de ellos. Situándonos en el primer escenario, la existencia de acuerdos negociados de culminación del proceso tiene un efecto muy positivo en todo sistema procesal en el que se inserta: la reducción de la carga procesal existente. Gracias a este mecanismo de evitación del juicio oral, tanto los integrantes del sistema de procesamiento penal como los acusados tienen incentivos para evitar el juicio oral, con lo que ambos reciben un beneficio por ello. Por un lado, los operadores del sistema procesal penal reducen la carga laboral que tienen, lo que va a implicar una mayor eficiencia en sus labores. Por otro lado, los acusados encuentran los incentivos para renunciar a sus derechos fundamentales, a cambio de una rebaja en la condena a imponérseles. También, se generan externalidades positivas asociadas a esta

---

<sup>227</sup> Básicamente esta teoría lo que propone es que cuando colisionen dos o más principios, lo que se debe realizar es una ponderación. La ponderación se realiza en tres fases, la primera es determinar el nivel de afectación de darse o no la medida como: leve, media e intensa. Luego, en una segunda fase, se ha de asignar un valor abstracto a los principios, debiéndose de realizar una multiplicación entre el valor de la afectación y el del principio, siendo los resultados comparados, optándose por la que tenga un mayor valor. Finalmente, se realiza una regla de precedencia condicionante, simplemente es señalar que en el caso concreto de la colisión, se ha de preferir a uno de los dos. *Vid.* ALEXY, Robert, “Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz”. En: *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Verlag Österreich, Viena 2000, pp. 31 y ss.

<sup>228</sup> En ese sentido, resulta muy interesante el siguiente trabajo de LÓPEZ STERUP, (“Ponderación y sus límites: algunas consideraciones sistemáticas”, *cit.*, pp. 205 y ss.), el cual también considera la imposibilidad de asignar un valor abstracto a los principios.

institución, como la reducción del número de personas que sufren de medidas cautelares personales. Examinando los costes que traería este escenario, podemos observar que se afectan el derecho a la prueba y el derecho a la no autoincriminación, pero al ser derechos susceptibles de ser dispuestos por su titular, entonces su cesión no influye en modo alguno al presente análisis.

De no aceptarse esta fórmula de justicia negociada, los efectos serían claros: el sistema de procesamiento penal requeriría de una mayor ampliación del número de Magistrados y Fiscales, dado que el modelo acusatorio por el que se ha optado en el Código procesal penal de 2004 trae consigo necesidades adicionales de operadores para poder funcionar, dada su opción por la celeridad y la oralidad. Este elemento es fundamental, pues en un plano estrictamente patrimonial, es muy difícil contar con este soporte humano para que el sistema pueda funcionar, tal es así que países como EE.UU han llegado a considerar a la justicia negociada como eje fundamental de la administración de justicia, ya que de no existir esta institución los requerimientos institucionales de personal serían muy altos<sup>229</sup>. Por otro lado, lo que se estaría ganando es el respeto a los derechos fundamentales a la prueba y no autoincriminación (ambos disponibles); la confianza normativa en el sistema jurídico penal, que cumpliría su función de sancionar a la persona con la pena que le correspondería; un respeto absoluto del derecho a la verdad, siendo que se le permitiría a las víctimas el postular actos probatorios y actuarlos a efectos de determinar la real ocurrencia de unos hechos.

El tercer paso es comparar ambos escenarios, como ha podido demostrarse, si bien no empíricamente pero sí argumentativamente, la inserción de la conclusión anticipada del debate oral al interior de nuestro sistema de procesamiento penal significaría una afectación a ciertos derechos fundamentales y principios de nuestro sistema jurídico; sin embargo, los beneficios sociales que acarrearía para el desarrollo del sistema superan ampliamente a los costes individuales que trae consigo. La única objeción que podemos encontrar en esta figura es la potencial afectación al derecho a la verdad, considerando que existen posibilidades para que el mismo no sea afectado, como la prohibición de aceptar la conformidad en casos de violaciones de Derechos humanos<sup>230</sup>. Por tanto, somos de la opinión de que se justifica su inclusión dentro de nuestro sistema constitucional.

---

<sup>229</sup> Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada, experiencias de Derecho comparado*, cit., pp. 29 - 36

<sup>230</sup> Por razones de espacio no podemos hacer una mayor argumentación sobre este punto; sin embargo, nuestra opinión se decanta por hacer una ponderación entre la opción antes señalada, o, como sucede en el caso colombiano, en aceptar la afectación del derecho a la verdad en circunstancias y procesos concretos.

## D. Los acuerdos negociados en el caso de delitos de lesa humanidad

### 1. *Acuerdos negociados en casos comunes*

Si atendiésemos a una visión tradicional de la aplicación de las instituciones procesales penales, entonces deberíamos aplicar de forma directa el acuerdo negociado de culminación procesal penal a todos los delitos. Los únicos límites a los que deberíamos atender son los límites establecidos en la norma procesal penal. No obstante, este es el razonamiento con el cual nosotros no nos encontramos de acuerdo, dado que la aplicación de la norma procesal no puede ser realizada sin ignorar el lado dogmático sustantivo.

En este caso el lado dogmático sustantivo se encuentra dado por el tipo de delito cuya aprobación se desea de dar. No todos los delitos son iguales, existe una categoría de delitos que tiene una importancia especial, pues la misma no proviene tan sólo de la identidad normativa de una comunidad en concreto, sino que forman parte de la identidad normativa de la comunidad global. Nos referimos a aquellas normas penales que tienen su origen en el denominado *ius cogens*: los delitos de genocidio, lesa humanidad, los crímenes de guerra, y el crimen de agresión

Debido a la importancia que tienen estos delitos para el ordenamiento jurídico internacional, en general, y para toda sociedad, en particular, es que la doctrina ha considerado que estos deben ser sancionados. Con su sanción no sólo se busca la restabilización de la vigencia de la norma, pues en caso sólo ello se buscara sí sería posible aceptar los acuerdos negociados. En estos delitos también se pretende que se realice un proceso penal, pues es a través de él es que se reconstruirá el suceso delictivo, lo cual es el otro gran interés tras la persecución de estos delitos. Este interés se desprende del denominado Derecho a la verdad. Tal como señala el Tribunal Constitucional, el Derecho a la verdad es un derecho colectivo y a la vez individual sobre el conocimiento de los hechos precisos en los cuales se cometieron violaciones de Derechos humanos<sup>231</sup>:

“Es un derecho que se deriva directamente del principio de dignidad humana, pues el daño ocasionado a las víctimas no sólo se traduce en la lesión de bienes tan relevantes como la vida, la libertad y la integridad personal, sino también en la ignorancia de lo que verdaderamente sucedió con las víctimas de los actos criminales. El desconocimiento del lugar donde yacen los restos de un ser querido, o de lo que sucedió con él, es tal vez una de las formas más perversamente sutiles, pero no menos violenta, de afectar la conciencia y dignidad de los seres humanos.”<sup>232</sup>

---

<sup>231</sup> STC. Exp. N° 2488-2004-HC, caso VILLEGAS NAMUCHE, Fundamentos Jurídicos N° 8 – 9.

<sup>232</sup> STC. Exp. N° 2488-2002-HC, caso VILLEGAS NAMUCHE, Fundamento Jurídico N° 16.

El derecho a la verdad implica la obligación estatal de impedir que los crímenes de lesa humanidad queden impunes. Asimismo, implica –en su dimensión individual- el derecho que tienen todas las víctimas de conocer las circunstancias en las cuales fueron cometidas las violaciones de derechos humanos que los afectaron.

“Al lado de la dimensión colectiva, el derecho a la verdad tiene una dimensión individual, cuyos titulares son las víctimas, sus familias y sus allegados. El conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos humanos y, en caso de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima por su propia naturaleza, es de carácter imprescriptible. Las personas, directa o indirectamente afectadas por un crimen de esa magnitud, tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se le ejecutó, dónde se hallan sus restos, entre otras cosas.”<sup>233</sup>

Sólo a través de la actividad probatoria es posible llegar a la verdad de un modo más certero, pues la acusación sólo recoge una parte de la verdad, la producida por el Ministerio Público. La otra parte –la del agraviado- no es analizada, porque es posible que la misma pueda entrar en contradicción con la del Ministerio Público. La actividad probatoria tiene como objeto la reconstrucción histórica de los sucesos materia del proceso, que servirá posteriormente para la calificación jurídica de estos hechos. La reconstrucción histórica es parte fundamental de la sentencia, independientemente de la calificación jurídica que se desprenda de los hechos que configuran el tipo penal, sobretodo en ciertos tipos de delitos como los delitos de lesa humanidad en los cuales el derecho a la verdad exige que se conozcan todos los sucesos alrededor de estos crímenes. Por ello, resulta fundamental que se realice la actividad probatoria, con el objeto tener un acercamiento mucho más certero de los sucesos relativos a la violación de derechos humanos procesada.

## 2. *Acuerdos negociados sobre crímenes de lesa humanidad en el marco de la justicia penal transicional*

Las condiciones anteriores son las que se dan en situaciones donde la justicia penal de un país puede ser aplicada sin ningún problema externo. No obstante, la normalidad no es el único contexto donde la justicia penal ha de aplicarse, también es posible aplicar la justicia penal en situaciones excepcionales en las cuales las exigencias de justicia cedan frente a la necesidad de

---

<sup>233</sup> STC. Exp. N° 2488-2002-HC/TC, caso VILLEGAS NAMUCHE, Fundamento Jurídico N° 9.

optimizar otros derechos fundamentales. Este es el caso de la denominada Justicia penal transicional, la misma que se caracteriza por ser una justicia de excepción, que en pro de conseguir un beneficio para la sociedad (fundamentalmente para alcanzar la paz como consecuencia de un conflicto armado interno) se puede llegar a dejar de perseguir ciertas conductas criminales o, en caso de que ello no pueda ser realizado, se llega a atenuar la pena de esos delitos.

La experiencia comparada nos demuestra la existencia de muchos procesos de justicia transicional, dentro de los cuales el más cercano a nosotros es el caso colombiano. En dicho país la justicia transicional no es una novedad, sino que la misma ha sido aplicada en distintas situaciones, tales como la negociación con el Movimiento Guerrillero M-19, la entrega de las Autodefensas Unidas de Colombia, o recientemente el proceso de negociación con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia. En todos estos casos, la dinámica ha sido exactamente la misma, el Estado solicitaba al grupo armado la deposición de la lucha armada, la confesión de los crímenes que había cometido y el deber de señalar los detalles de los mismos, obligándoselos a dar una declaración cierta de los mismos. A cambio, las organizaciones armadas recibían una sustantiva atenuación de penas, o –en casos que ello fuese posible– una exención de pena.

La polémica en torno a la justicia transicional no se encuentra en los denominados “delitos comunes”, sino básicamente reside en aquellos delitos que afectan a la comunidad internacional y se derivan de las normas de *ius cogens*, fundamentalmente los delitos de lesa humanidad. Evitar el proceso penal en estos delitos implicaría una afectación al núcleo esencial del Derecho a la verdad. Por ello, a efectos de que el acuerdo pueda ser realizado y se atenúen los efectos del mismo, se ha optado por exigir que el beneficiado confiese todos los crímenes que ha cometido y realice una descripción de los mismos, a efectos de que pueda ser reconstruida la verdad histórica. De esta forma se evita que se vacíe de contenido al Derecho a la verdad.

### **E. Conclusión provisional**

La legitimidad constitucional de los acuerdos negociados de culminación del proceso penal resulta manifiesta. En un sistema en el que se privilegia la celeridad procesal, que cada vez se encuentra más saturado, y, donde la posibilidad de probar determinados hechos se reduce constantemente, entonces es fácil que los mecanismos de justicia penal negociada puedan tener éxito y desplacen al principio de legalidad procesal.

Si atendiésemos a una visión tradicional de aplicación de la norma penal, entonces no importaría el tipo de delito a aplicar, pues todos los delitos tendrían las mismas características. No obstante, ello no es correcto, pues como se demostró los crímenes de lesa humanidad no

tienen esa estructura, debido a que tras de ellos no sólo se encuentra el deber de perseguir para sancionar, sino el deber de perseguir para averiguar la verdad.

En este plano tenemos que diferenciar entre dos escenarios. El primero es en el caso de la justicia penal ordinaria, en este supuesto no es posible la aceptación de un acuerdo de culminación del proceso, al menos no según la regulación procesal actual, pues ello implicaría una afectación intensa al Derecho a la verdad. El segundo escenario es el que se presenta en procesos de justicia penal transicional, en estos casos sí es posible la aceptación de estos acuerdos –aún en caso de delitos de lesa humanidad- pues el Derecho a la Paz y Tranquilidad justifica una afectación al Derecho a la verdad, la misma que tiene que ser atenuada para no dejar sin contenido a este derecho fundamental.

## II. LA IMPOSIBILIDAD DE REALIZAR ACUERDOS EN CASO DE DELITOS PLURALES DE CONVERGENCIA: EL CASO “CONSPIRACIÓN”

### A. Hechos

Durante los finales del gobierno de Alberto FUJIMORI FUJIMORI se vivía un clima de caos e inestabilidad política. Ello debido a las constantes presiones que la oposición y la comunidad internacional realizaban contra el gobierno. En este turbulento contexto político el entonces asesor del presidente FUJIMORI FUJIMORI, el Dr. Vladimiro MONTESINOS TORRES, ideó realizar un golpe de estado en contra del gobierno de su asesorado. Para ello, en marzo de 2000, convocó a una reunión en la que asistieron los el Almirante Lorenzo IBÁRCENA AMICO, entonces Comandante General de la Marina de Guerra del Perú, el General José VILLANUEVA RUESTA, Comandante General del Ejército del Perú, el General Elesván BELLO VÁSQUEZ, Comandante General de la Fuerza Aérea del Perú y el General Ferndando DIANDERAS OTTONE, Director General de la Policía Nacional del Perú.

En la primera reunión se propuso la realización del golpe de estado y se consideró colocar al Sr. Carlos BOLOÑA BEHR como Presidente de la República. Posteriormente, ante el desistimiento del mismo se consideró que el nuevo Presidente debería ser el General José VILLANUEVA RUESTA. Finalmente por algunas indecisiones el golpe militar no se llegó a producir, quedando sí constancia de las reuniones producidas.

Posteriormente, todos los participantes de este acto fueron procesados por el delito de Conspiración para Rebelión. Culminada la requisitoria oral y los alegatos de defensa, el Presidente del Tribunal procedió a preguntar a los acusados si aceptaban su responsabilidad por los hechos antes mencionados. La sorpresa de los procesados fue grande cuando el Dr,

Vladimiro MONTESINOS TORRES, aceptó la imputación y decidió acogerse a la conclusión anticipada del debate oral.

La defensa técnica de los acusados BOLOÑA BEHR y DIANDERAS OTTONE interpuso un recurso de oposición contra esta solicitud, porque consideraban que la conformidad de MONTESINOS TORRES afectaba su derecho a la defensa. El argumento, el cual el resto de los defensores también hizo suyo, fue considerar que el delito imputado era un delito de convergencia, por lo que la condena contra uno de los co - imputados reducía drásticamente las posibilidades del resto de negar la existencia del hecho sentenciado. El recurso, por mayoría, fue desestimado y se procedió a emitir una sentencia condenatoria en contra de Vladimiro MONTESINOS TORRES y se siguió el proceso contra el resto de los acusados no conformados.

Finalmente, la defensa técnica planteó una recusación en contra de los Magistrados, por considerar que su imparcialidad se había visto comprometida al emitir la sentencia condenatoria en contra de Vladimiro MONTESINOS TORRES. La recusación, nuevamente por mayoría, fue desestimada por la Sala Superior.

## **B. Planteamiento del problema**

En el presente caso existen dos problemas jurídicos, correspondientes con cada una de las actuaciones procesales.

En primer lugar, con respecto a la posibilidad de aceptar una conformidad con la acusación en un delito plural, específicamente un delito de convergencia. Bajo la óptica de un sistema penal integral debe analizarse si el lado sustantivo de la acusación debe ser tomado en cuenta o no para la correcta aplicación de una institución procesal, como es la conformidad con la acusación.

Para dilucidar este debate es necesario referirse a las formas de intervención en caso de delitos plurales, dado que la solución finalmente –desde nuestra perspectiva- se haya en el tipo de imputación que se fuera a realizar y en el tipo penal mismo.

En segundo lugar, es necesario determinar si la emisión de una sentencia anticipada puede significar un adelanto de opinión en el Magistrado que la emite. Asimismo, en caso de considerar que se da este adelanto de opinión, verificar cuál sería el efecto del mismo en el proceso penal, específicamente si afecta la imparcialidad del Magistrado y si es que existe algún mecanismo procesal destinado a impedir ello.

Sobre este segundo problema jurídico es necesario considerar que debe analizarse a su vez el ámbito de competencias del Magistrado del Juicio oral.

### C. Problemas de sistematización de la conclusión anticipada del proceso penal

Desde un punto de vista estrictamente sustantivo, la institución analizada no presenta mayor problema cuando se trata de una conformidad en un delito con un único autor. El problema se presenta cuando la acusación no comprende a una sola persona, sino que la misma abarca a una pluralidad de imputados, pues – siempre desde una óptica estrictamente procesal – lo primero que se viene a la mente es la idea de que podrían darse fallos distintos con relación a los conformados y los no conformados, asunto sobre cuya aceptación la doctrina se encuentra dividida<sup>234</sup>. En ese sentido, el legislador de la Ley 28122, se decantó por aceptar la posibilidad de que una parte de los procesados aceptase la conformidad, prosiguiéndose el juicio con el resto de no conformados siempre y cuando la misma no afectase el curso normal del proceso, dejándose esta decisión al arbitrio del Tribunal<sup>235</sup>. De una opción más radical es la adoptada en el Código procesal penal de 2004, pues en el mismo se obvia incluso del Tribunal, aceptándose abiertamente en todos los supuestos el procesamiento de no conformados.

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

El segundo problema de sistematicidad se encuentra más relacionado con el objeto de estudio del presente trabajo de investigación. A nuestro entender, la opción legislativa en el presente problema no sólo ha de tener en cuenta el razonamiento procesal, sino que deben tenerse en cuenta las instituciones sustantivas que se encuentran detrás de la solución. Somos de la

---

<sup>234</sup> A favor de requerir el consenso total, fundamentalmente para evitar fallos contradictorios: ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *El allanamiento en el proceso penal*, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1962, pp. 84 – 86. En oposición a esta postura se encuentra DE DIEGO DIEZ (*La conformidad del acusado, cit.*, pp. 343 – 360), quien ha optado por considerar la posibilidad de aceptar la conformidad parcial, con ciertos matices.

<sup>235</sup> Al respecto, esta opción legislativa fue aceptada por considerarse que básicamente que, la emisión de una sentencia anticipada no obstaba la posterior emisión de una sentencia en contra del fallo inicial, pudiendo cuestionarla en todos sus extremos. Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César, “La conformidad o conclusión anticipada del debate oral”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 92, Lima, 2006, pp. 215 – 232

opinión de que la emisión de una sentencia anticipada debe tomar como referencia necesaria al tipo de delito por el cual se hace la imputación contra el procesado, pues de no hacerlo existiría un problema de parcialidad, dado que el juicio del Tribunal se vería contaminado por la conformidad de uno de los procesados, variando el nivel de contaminación en razón del tipo de delito plural frente a cual se realiza la decisión.

La doctrina ha llegado a un consenso sobre la clasificación de los delitos plurales, agrupándolos en dos clases<sup>236</sup>. Pueden ser delitos de *convergencia*, cuando las conductas imputadas a los procesados son conductas que van dirigidas hacia un mismo fin; ese es el caso del delito de asociación ilícita para delinquir, o, el de la conspiración, siendo que en estos tipos penales el título de imputación de los intervinientes es siempre el mismo, por lo general la coautoría. El otro caso es el de los delitos de *encuentro*, en los cuales los intervinientes realizan un aporte desde distintas posiciones y en distintas medidas para la realización del delito; entre este tipo de delitos plurales tenemos como máxima expresión al delito de colusión, también está el delito de robo, en estos delitos el común denominador es que los intervinientes tienen distintos títulos de imputación, como la autoría o la participación.

Si un acusado por un delito de convergencia se conforma, tácitamente afecta al resto de procesados, toda vez que el Tribunal forzosamente tiene ya una decisión sobre los hechos y para ser coherente con la sentencia emitida, deberá de sentenciar a al menos uno de los conformados. La razón de esta afirmación radica en que al ser un título de imputación compartido, la condena de uno de los procesados, implica necesariamente que al menos una persona ha cometido el suceso imputado, exigiéndose – a efectos de coherencia con la naturaleza plural del delito – que por lo menos uno del resto de no conformados también sea culpable del delito.

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

---

<sup>236</sup> Vid. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, “Participación necesaria, intervención necesaria o delitos plurisubjetivos. Una aproximación a la discusión”. En *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*, N° 34, Toledo, 2003, pp. 11 – 44.

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

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

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

#### **D. Conclusión provisional**

Volviendo al caso planteado en la parte preliminar al presente estudio. Somos de la opinión de que el Tribunal no debió de aceptar la conformidad del acusado Montesinos Torres, pues al aceptarla perdió la inicial imparcialidad que ha de caracterizar al magistrado. Dicha pérdida de imparcialidad fue evidente en el caso concreto, si es que se toma en consideración el tipo de delito plural por el que se procesaba a los acusados, que no es otro que el delito de conspiración para rebelión (un tipo de convergencia). La vinculación entre la imparcialidad y el tipo de delito plural se halla en que al condenar a una persona por un delito de convergencia, se forma un prejuicio que implica que al menos uno más de los no conformados también cometió el hecho sentenciado dado que todos los acusados comparten el mismo nivel de intervención delictiva (la coautoría). Como reiteramos, la toma de una decisión, siempre debe tener en cuenta no sólo las instituciones de un sistema determinado, sino a las instituciones de los sistemas que la rodean.



## CONCLUSIONES

**Primera:** Toda sociedad, por más pequeña o grande que la misma fuera, tiene una organización. La forma como se entiende esta organización es el objeto de estudio de la sociología. De las múltiples opciones existentes en dicha interpretación, nosotros optamos por la teoría del sociólogo alemán Niklas LUHMANN.

La relevancia de esta teoría para el presente trabajo de tesis quedó evidenciada en el desarrollo de los conceptos propios del sistema jurídico penal. Conceptos tan básicos como normativización, estabilización de expectativas, acoplamiento estructural o equivalente funcional, no podrían ser entendidos si es que previamente no se comprendiera cabalmente la teoría de LUHMANN.

Es sobre la base de esos conceptos que el funcionalismo jurídico penal ha sido construido. Asimismo, ellos son los que le dan la coherencia lógica entre sus instituciones. A efectos del presente trabajo, estos conceptos son básicos para poder entender plenamente los postulados que realizamos sobre las relaciones entre la dogmática sustantiva y el proceso penal.

**Segunda:** El sistema constitucional se erige como la base de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho penal, al igual que el resto de subsistemas, se encuentran supeditados a él, pues no

son más que concreciones de los mandatos expresados en la Constitución Política de un Estado. El sistema penal tiene como objeto la protección de la identidad normativa básica de una sociedad, la misma que de manera directa o indirecta debe ser hallada en la Constitución Política.

Dado que el sistema constitucional es el primer sistema en el sistema jurídico, él determina que instituciones pertenecen o no a este sistema a través de sus propios procesos de selección. En el caso de este sistema el método que es utilizado usualmente para determinar la validez de un principio en el sistema jurídico es el acudir al principio de proporcionalidad. Es a través de este principio que la institución pueda transitar del entorno (fundamentalmente del sistema político) al sistema jurídico constitucional.

**Tercera:** El sistema normativo penal es un sistema autoreferencial, pero que a su vez debe su existencia a un sistema anterior a él: el sistema jurídico constitucional. Para poder desempeñar su función (el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad), requiere de que los tres subsistemas que abarca trabajen coordinadamente entre sí. Las relaciones entre la dogmática y el proceso penal se insertan precisamente en este contexto, ambas dependen una de la otra (integración horizontal), pero a su vez deben su existencia a las directivas del sistema penal de forma inmediata y al sistema constitucional de forma mediata, debiendo de ser sus instituciones fundamentadas con los criterios establecidos por estos dos sistemas (integración vertical). Estos niveles de integración tienen que ser debatidos en sede legislativa, y ser tenidos en cuenta, para el adecuado funcionamiento del sistema.

**Cuarta:** Las relaciones entre la dogmática y el proceso penal han sido materia de análisis, fundamentalmente por teóricos vinculados a la dogmática sustantiva, los cuales básicamente intentan convertir al proceso en una extensión plena del Derecho penal sustantivo. Nosotros hemos destacado cuatro grandes aportes. El primero es el brindado por Ramón RAGUÉS I VALLÉS, el cual centra el origen de la disociación entre la dogmática y el proceso en la universidad, realizando como aporte la idea de que se establezcan reglas de pruebas y que se rescate el valor preventivo de ciertas instituciones procesales. El segundo aporte es el brindado por Teresa ARMENTA DEU, quien trata de reivindicar la autonomía del proceso penal, señalando que puede compartir espacios comunes con la dogmática sustantiva, pero que tiene un ámbito autónomo que se diferencia de la misma. El tercer aporte es el propugnado por George FREUND, quien introduce la idea de que los subsistemas penales se comunican a través de un fin que los enlaza. Finalmente, se encuentra la concepción de Wolfgang FRISCH, quien considera que el aporte de FREUND no es correcto, toda vez que este concepto de fin integrador no sería en la práctica muy útil.

Sobre la base de los aportes planteados por estos autores es que nosotros hemos podido plantear nuestra visión del sistema integral del proceso penal. El primer punto al que hacemos referencia necesaria es la idea de un sistema penal autoreferencial, el cual dista de los subsistemas que lo integran, este sistema penal es un metasistema que es el verdadero integrador de la dogmática, el proceso y la ejecución penal. Asimismo, hemos clasificado las relaciones entre la dogmática y el proceso penal en dos niveles. El primero es el nivel vertical, pues implica una relación de subordinación entre un sistema y un subsistema, estas relaciones verticales pueden –a efectos de análisis- ser escindidas en dos partes: *a)* relación entre el sistema constitucional y el sistema penal y *b)* relación entre el sistema penal autoreferencial y sus respectivos subsistemas. El segundo nivel es el de las relaciones horizontales, en este nivel básicamente se analizan las relaciones de acoplamiento estructural entre los subsistemas penales, los cuales son divididos en dos partes: *a)* acoplamiento estructural en sentido estricto, que detalla la relación directa entre la dogmática sustantiva y el proceso penal (materialización de la primera a través del segundo), y *b)* el ámbito de autonomía propio de cada uno de los dos subsistemas.

**Quinta:** Las aplicaciones prácticas del análisis de las relaciones entre la dogmática y el proceso penal son una veta que aún no ha sido suficientemente explotada. A efectos de demostrar la relevancia práctica del análisis teórico realizado nos hemos centrado en dos casos concretos vinculados a los acuerdos negociados de culminación del proceso penal.

El primer caso es el de la aceptación de un acuerdo negociado sobre un delito de lesa humanidad. Hemos demostrado que no debe seguirse una visión tradicional que no distingue entre las diferencias particulares entre los delitos, sino que debe atenderse a las condiciones particulares de cada delito. En este caso, podemos observar que al estar detrás del crimen de lesa humanidad el derecho a la verdad, no es posible –al menos no con los instrumentos actuales- una salida negociada en este tipo de delitos, cuando nos encontremos frente a casos de justicia penal ordinaria. Si nos encontráramos frente a un supuesto de justicia penal negociada, entonces la situación se vuelve absolutamente distinta, pues el nuevo esquema de ponderación hace posible la aceptación de un acuerdo –incluso si se tratara de lesa humanidad- siempre y cuando se tomaran medidas para que el Derecho a la verdad no se viera afectado en su contenido esencial.

El segundo caso planteado es el de la conclusión anticipada del debate oral (conformidad parcial) en supuestos de pluralidad de imputados, específicamente en un caso de un delito de convergencia (conspiración para rebelión). En este caso, se ha considerado que dicho acuerdo puede ser aceptado; sin embargo, la aceptación del mismo genera un vicio en el Tribunal que emitió la sentencia condenatoria, pues se afecta su imparcialidad con respecto al resto de no conformados. De ahí que sea posible que la defensa de los acusados pueda presentar una recusación en contra del Colegiado, debiendo disponerse que se conforme uno nuevo.



## BIBLIOGRAFÍA

### I. DOCTRINA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, “Participación necesaria, intervención necesaria o delitos plurisubjetivos. Una aproximación a la discusión”. En *Revista Jurídica de Castilla – La Mancha*, N° 34, Toledo, 2003.
- AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999.
- ARMENTA DEU, Teresa, “Pena y Proceso: Fines comunes y específicos”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Política Criminal y Nuevo Derecho penal: Libro Homenaje a Claus ROXIN*, J.M. BOSCH editor, Barcelona, 1997, pp. 207 – 230.
- ALEXY, Robert, *Teoría sobre los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- “Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz”. En: *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Verlag Österruch, Viena, 2000.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho penal. Parte general*. 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- BARONA VILLAR, Silvia, *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994.
- BASTRESS, Robert, “El principio de “la alternativa menos restrictiva” en Derecho constitucional norteamericano”. En: *Cuadernos de Derecho Público*, Vol 5, septiembre – diciembre 1998, INAP, pp. 239 – 255.
- BECKER, Gary. “Crime and Punishment: An Economic Approach”, en: *Journal of Political Economy*, Vol 76, N° 3, 1968, pp 169 – 217.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad de la legislación penal*. En: *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 129 – 140.

- El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *Manual de la Constitución Reformada*, tomo I, Editorial Ediar, Buenos Aires.
- CANCHO ESPINAL, Ciro, *Imputación en los delitos de lesa humanidad. Elementos típicos*, Ara editores, Lima, 2013.
- CARO JOHN, José Antonio, *Das erlaubte Kausieren verboten Taten - Regressverbot*, Nomos, St. Gallen, 2007.
- La imputación objetiva en la participación delictiva. Comentarios a una jurisprudencia penal*, Grijley, Lima, 2003.
- “Sobre la recepción del sistema funcional normativista de Günther Jakobs en la jurisprudencia penal peruana”. En MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Director), *El funcionalismo en el derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs*, tomo II, Universidad Externado de Colombia - CIFI, Bogotá, 2003, pp. 135 – 169.
- CASTILLO CÓRDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”. En: GRÁNDEZ CASTRO, Pedro y CARBONELL, Miguel (Coords.) *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Palestra, Lima, 2010.
- “Principio de proporcionalidad y hábeas corpus”. En *Anuario de Derecho penal*, PUCP, Lima, 2008
- CHIESA APONTE, Ernesto, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, tomo III, Forum, Bogotá, 1995
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y economía*, 2ª ed., Fondo de cultura económica, México D.F., 1999.
- CORSI, Gincarlo; ESPOSITO, Elena; BORALDI, Claudio, *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*, Universidad Iberoamericana, México D.F., 1996.
- DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo, *La conformidad del acusado*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- DELGADO CALDERÓN, Ivania y ARAYA VEGA, Alfredo, “Sobre el procedimiento de flagrancias en Costa Rica: surgimiento, procedimiento y críticas. En: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/09/doctrina06.pdf>”, fecha de consulta: 15 de julio de 2013.
- FASSBENDER, Bardo, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En: *Cuadernos de Derecho Público*, Vol 5, septiembre – diciembre 1998, INAP, pp. 51 – 75.
- FERNÁNDEZ MUÑOZ, Karin, “La conformidad: una aproximación a su definición en el nuevo Código procesal penal”. En *Revista Derecho y sociedad*, N° 34, Lima, 2009, pp. 210 – 219.
- FERRAJOLI, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”. En: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid 2001.

- FEURERBACH, Anselm, *Tratado de Derecho penal común vigente en alemania*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- FREUND, George, “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral de derecho penal”, trad. Ramón Ragués i Valles. En: WÖLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004.
- FRISCH, Wolfgang, “Delito y Sistema del delito”, trad. Ricardo Robles Planas. En: WÖLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”. En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 23, Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 2000.
- GARCÍA CAVERO, “Comentario al Art. VIII del Título Preliminar del Código penal peruano”. En: *Código penal comentado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004
- GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, J.M. Bosch., Barcelona, 1993, p. 136.
- GOMEZ – JARA DIEZ, Carlos, “Una teoría constructiva de la pena: la retribución comunicativa”. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y CARO JOHN, José Antonio (Eds.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Universidad Externado de Colombia – CIFD, Bogotá, 2008.
- GUERRERO PERALTA, Oscar Julián, *Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal*, Editora Jurídica Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998.
- “Teoría de la exclusión de la evidencia”. En: *Fundamento teórico – constitucionales del nuevo proceso penal*, 2ª ed. ampliada, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2007.
- HEGEL, Georg Friedrich Wilhelm, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, trad. , Carlos Diaz, Libertarias, Madrid, 1993
- HUBBER, Bárbara, “Por fin socialmente aceptable: ¿Acuerdos procesales en Alemania?”, trad. Juan Luis Gómez Colomer. En: ALBRECHT, Hams, SIEBER, Urs, SIMON, Jan-Michael, SCHWARZ, Felix (comps.), *Criminalidad, evolución del Derecho penal y crítica al Derecho penal en la actualidad*, Max Planck Institut für ausländisches und Internationales Strafrecht, Buenos Aires, 2009, pp. 115 – 130.
- HUBMANN, Hans, *Das persönlichrecht*, Böhlau, Münster, 1953
- HUAMÁN CASTELLARES, Daniel Osarim, “¿Preferiría usted vivir en Irak?: Análisis económico de la política criminal Latinoamericana”. En: *Libro de ponencias del XVIII Congreso Latinoamericano de Derecho Penal*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006.
- HURTADO POZO, José, *La ley penal importada*, Cedys, Lima, 1979.

JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, trad. Manuel Cancio Meliá. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs*, tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp.41 - 56.

“La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”. En: *Escuela de Verano del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

“La pena estatal: significado y finalidad”, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.), *Derecho Penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*, tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

“Personalidad y exclusión”, trad. Teresa Manso Porto. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Dir.), *El funcionalismo en el derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs*, tomo I, Universidad Externado de Colombia - CIFI, Bogotá, 2003, pp. 71 – 90.

“Sobre la génesis de la obligación jurídica”. En *Doxa: Cuadernos de filosofía del Derecho*, N° 23, 2000.

*Sobre la normativización de la dogmática jurídico – penal*, trad. Manuel Cancio y Bernardo Feijoo, Universidad Externado de Colombia - CIFI, Bogotá, 2004.

*Sobre la teoría de la pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

*Sociedad, Norma y Persona*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Civitas, Madrid, 1996.

KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*, trad. Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 1999

KLUTH, Winfried, “Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán”. En: *Cuadernos de Derecho Público*, Vol 5, septiembre – diciembre 1998, INAP, pp. 220 – 237.

LESCH, Heiko, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, trad. Javier Sánchez – Vera, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1995.

*La función de la pena*, trad. Javier Sánchez – Vera, Universidad Externado de Colombia - CIFI, Bogotá, 1999.

LOPEZ STERUP, Henrik, “Ponderación y sus límites: algunas consideraciones sistemáticas”. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.) *La ponderación en el Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008

LUHMANN, Niklas, *El derecho de la Sociedad*, 2ª Ed. en español, trad. Javier Torres Nafarrete, Herder & Universidad Iberoamericana, México, 2005.

“El Derecho como un sistema social”, trad. Carlos Gómez - Jara Diez. En: GÓMEZ - JARA DIEZ, Carlos, “Teoría de los sistemas y Derecho Penal”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

- “Función y causalidad”. En: *Ilustración sociológica y otros ensayos*, Sur, Buenos aires, 1973.
- Gibt es in unserer Gesellschaft noch unversichtbare Normen?*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1993.
- Legitimation durch Verfahren*, 6ª ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2001.
- Los derechos fundamentales como institución*, trad. Javier Torres Nafarrete, Universidad Iberoamericana, México, 2010.
- Norm, Person und Gesellschaft - Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2008
- Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. Ignacio de Otto Pardo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- Sociología del Riesgo*, 3ª ed., trad. Javier Torres Nafarrete, Universidad Iberoamericana, México, 2006.
- MAIER, Julio B. J., “ Las prohibiciones probatorias”. En: *Antología. El proceso penal contemporáneo*, Palestra, Lima. 2008
- MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Thomson: Civitas, Madrid, 1995.
- MATURANA ROMESIN, Humberto y PÖRKERSEN Bernhard, *Del ser al hacer*, J.C. Saez. Editor, Santiago de Chile, 2004, p. 78.
- MATURANA ROMESÍN, Humberto; LETTVIN, Jerry; MCCOLLOCH, Warren; y PITTS, Walter, “What the frog’s eye tells the frog brain”. En: *The mind: biological approaches to its functions*, Intersciencis Publishers, New York, 1968, pp. 233 – 258.
- MATURAMA ROMESIN, Humberto y VARELA GARCÍA, Francisco, *De máquinas y seres vivos – Autopoiesis: La organización de lo vivo*, 5º Edición, Editorial Universitaria, Chile, 1998
- MIR PUIG, Santiago. “Límites al normativismo en Derecho Penal”. En: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>, fecha de consulta 22 de enero de 2010.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, “Una introducción a la obra de Günther Jakobs”. En IDEM (Director), *El funcionalismo en el derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs*, tomo I, Universidad Externado de Colombia - CIFD, Bogotá, 2003, pp. 21-36.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y PERDOMO TORRES, Jorge, *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- MONTOYA VIVANCO, Yván, “Límites y avances del Derecho penal frente a las violaciones de Derechos Humanos ocurridas durante el periodo del conflicto armado interno”. En: QUINTEROS, Víctor Manuel, *Temas de derecho penal y violación de derechos humanos*, Idehpucp, Lima, 2012.

- “Las diversas calificaciones del hecho generador de una violación de Derechos Humanos y principio de legalidad” En: QUINTEROS, Víctor Manuel, *Temas de derecho penal y violación de derechos humanos*, Idehpucp, Lima, 2012.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo, “Análisis económico del derecho y política criminal”. En: *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, Grijley, Lima, N° 6, 2005.
- PANTA CUEVA David y SOMOCURCIO QUIÑONES, Vladimir, “La declaración de la víctima en los delitos sexuales: ¿Inflexión en la exigencia de una suficiente actividad probatoria? Análisis del Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116”. En: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080526\\_58.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_58.pdf), fecha de consulta: 24 de enero de 2012.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, *La Determinación del Engaño Típico en el delito de Estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004
- PAWLIK, Michael, *La Libertad Institucionalizada, Estudios de Filosofía jurídica y Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2010..
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de los sistemas en las actuales concepciones de la pena y la teoría del delito”. En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 23, Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 2000, pp. 289 – 331
- PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, *Los principios de legalidad y oportunidad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- PIÑA ROCHEFORT, José Ignacio, *Rol social y sistema de imputación. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal*. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Dir.), *El funcionalismo en el derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs*, tomo II, Universidad Externado de Colombia - CIFI, Bogotá, 2003, pp. 39 – 60.
- POLAINO - ORTS, Miguel, “Vigencia de la norma: el potencial de un concepto”. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Dir.), *El funcionalismo en el derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs*, tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Derecho penal y derecho procesal penal: Hacia una perspectiva integrada”. En: *Anuario de Derecho penal*, PUCP, Lima, 2004, pp. 129 – 163.
- El dolo y su prueba en el proceso penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel, “El tipo objetivo del delito de estelionato”. En: *JuS-Doctrina & Práctica*, N° 1, 2008
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, *La justicia penal negociada, experiencias de Derecho comparado*, Editorial Universidad Salamanca, Salamanca, 1997.
- ROEMER, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1994.

- ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Diego Luzón y Miguel Díaz y García, Civitas, Madrid, 1997.
- RUBIO CORREA, Marcial, *El sistema jurídico: introducción al Derecho*, 10<sup>a</sup> ed., Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009
- SALMÓN GARATEA, Elizabeth (coord.), *La Corte Penal Internacional y medidas para su implementación en el Perú*, Fondo editorial PUCP, Lima 2003.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, tomos I y II, 2<sup>a</sup> ed., Grijley, Lima, 2003.
- “La conformidad o conclusión anticipada del debate oral”. En: *Dialogo con la Jurisprudencia*, N° 92, Lima, 2006, pp. 215 – 232.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLEZ, Javier, “Algunas referencias de historia de las ideas, como base de protección de las expectativas por el Derecho penal”. En: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 71, Instituto de Criminología, Madrid, 2000, pp. 391 – 423.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Del Derecho abstracto al Derecho “real””, en: [http://www.indret.com/pdf/377\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/377_es.pdf), última fecha de consulta: 22 de octubre de 2008.
- “Introducción: dimensiones de la sistematicidad del delito”, trad. Guillermo Bellonch Petit. En: WOLTER y FREUND (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004.
- La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postmodernas*, 2<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 2001
- VON LISZT, Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 22<sup>a</sup> ed., Walter de Gruyter, Berlin/Leipzig, 1919.
- WOLLTER, Jürgen y FREUND, George (eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004.