

Hábeas corpus, Ley antisoborno Acoso sexual, Corrupción privada y Extinción de dominio

(Artículos sobre Derecho Penal)

Alex R. Zambrano Torres

DERECHO PENAL



Alex R. Zambrano Torres

Hábeas corpus, Ley antisoborno, Acoso sexual, Corrupción privada y Extinción de dominio



(Artículos sobre Derecho Penal)



Editorial:
AZ Todo Derecho

***Hábeas corpus, Ley antisoborno,
Acoso sexual, Corrupción privada y
Extinción de dominio***

(Artículos de Derecho Penal)

Autor: Alex Ricardo Zambrano Torres

Primera edición digital, diciembre 2025

Editado por:

AZ Todo Derecho E.I.R.L.

Alfa Centauro 173, La Calera, Surquillo, Lima

RUC: 20602641091

Diseño y pintura de cubierta:

Alex Ricardo Z.T.

Libro electrónico disponible en:

<https://librosalexzambrano.webnode.pe>

RUL: HC12122025.19:48

CIL: AZ138

© Derechos de Autor:

Queda autorizada la reproducción

total o parcial del siguiente libro

previa mención al autor

INDICE

• INTRODUCCIÓN	9
TÍTULO I:	12
EL HABEAS CORPUS	12
• EL HABEAS CORPUS	13
<i>III.- MODALIDADES DEL HÁBEAS CORPUS.-</i>	16
<i>Los plazos en el proceso penal.-</i>	22
<i>Los procesos comunes:</i>	23
• LA LEY ANTISOBORNO: LEY Nº 30424	25
1. <i>El área de competencia de la ley antisoborno transnacional.-</i>	25
2. <i>La responsabilidad administrativa por un delito.-</i>	26
3. <i>Autonomía, prescripción, cosa juzgada, amnistía o derecho de gracia de la persona jurídica.-</i>	27
4. <i>Circunstancias atenuantes y agravantes.-</i>	29
5. <i>Los modelos de prevención.-</i>	29
6. <i>Registro de personas jurídicas sancionadas administrativamente.-</i>	30
7. <i>Responsabilidad por denuncias maliciosas.-</i>	30
• EL DELITO DE ACOSO SEXUAL	32
1. <i>Generalidades.-</i>	32
2. <i>El delito de Acoso.-</i>	34
3. <i>Delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual.-</i>	38
4. <i>El acoso sexual. –</i>	39

5. Chantaje sexual.-	42
6. Hostigamiento sexual. –	42
7.- Algunos datos importantes.-	44
• EL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA	51
1. La exposición de motivos de la ley.-.....	52
2. De la norma.-.....	54
3. La determinación del sujeto activo.-.....	54
4. La conducta delictiva.-.....	55
5. La contraprestación deseada.-	55
6. De la sanción penal.-	55
• PÉRDIDA DE PROPIEDAD DE BIENES ILÍCITAMENTE OBTENIDOS O	
EXTINCIÓN DE DOMINIO – D.LEG. N° 1373	57
I. Presupuestos.-	58
1. Decomiso de los productos de la delincuencia organizada.-	58
2. Decomiso sin condena o decomiso civil.-	60
4. La exposición de motivos de la ley de extinción de dominio.-	61
5. Impacto de la economía ilícita.-.....	62
6. Necesidad de mejoramiento de la normativa peruana. –..	63
7. Alcance patrimonial de la extinción de dominio. –	65
8. Autonomía procesal.-	66
9. Reserva de la investigación. -	67
10. Sistemas y abordaje especializado.-	67
11. Sin indemnización ni contraprestación a favor del requerido.-.....	68
II. LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN LA NORMATIVIDAD.-	68
1. Concepto de Extinción de dominio.-.....	68
2. Principios generales.-.....	69
3. Finalidad.-.....	70
4. Presupuestos de procedencia.-	70

5. <i>Etapas de la norma.</i> -	72
6. <i>Medidas cautelares.</i> -	72
7. <i>Valoración de la prueba.</i> -	72
8. <i>La sentencia.</i> -.....	72
9. <i>Contra la sentencia procede el recurso de apelación, con efecto suspensivo.</i>	73
11. <i>Sentencia anticipada.</i> -	73
12. <i>Las impugnaciones.</i> -	73
13. <i>La Extraterritorialidad.</i> -	73
• TIPOS DE DELITOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL	76
1.- DELITOS CONTRA LA VIDA, EL CUERPO Y LA SALUD	76
2.- DELITOS CONTRA EL HONOR	78
3.- DELITOS CONTRA LA FAMILIA	78
4.- DELITOS CONTRA LA LIBERTAD.....	80
5.- DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO	82
6.- DELITOS CONTRA LA CONFIANZA Y LA BUENA FE EN LOS NEGOCIOS	82
7.- DELITOS CONTRA LOS DERECHOS INTELECTUALES	83
8.- DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL.....	83
9.- DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO	84
10.- DELITOS CONTRA EL ORDEN FINANCIERO Y MONETARIO	84
11.- DELITOS TRIBUTARIOS	85
12.- DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA	85
13.- DELITOS AMBIENTALES	88
14.- DELITOS CONTRA LA TRANQUILIDAD PÚBLICA	89
15.- DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD	89
16.- DELITOS CONTRA EL ESTADO Y LA DEFENSA NACIONAL	89
17.- DELITOS CONTRA LOS PODERES DEL ESTADO Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL.....	90
18.- DELITOS CONTRA LA VOLUNTAD POPULAR	90
19.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	91
20.- DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA	94

• EPISTEMOLOGÍA DEL DERECHO PENAL	96
2.- GENEALOGÍA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL.-	97
• EL JURISTA DE LOS LÍMITES MATERIALES Y PROCESALES AL PODER PUNITIVO PENAL	117

• **INTRODUCCIÓN**

EL DECHO PENAL

En el presente texto hemos reunido los siguientes trabajos sobre Derecho Penal: 1) Hábeas corpus; 2) Ley antisoborno; 3) Acoso sexual; 4) Corrupción privada; 5) Extinción de dominio; 6) Tipos de delitos en el ordenamiento jurídico penal; 7) Epistemología del Derecho Penal; 8) Los límites de la punibilidad del Derecho Penal, que abordan varias aristas de la geografía psicológica y normativa del tema jurídico punitivo y garantista. Nuestro pensamiento se ha desarrollado considerando la siguiente temática:

1.- Los principios del Derecho Penal.- Principios que son básicamente los siguientes: 1. Principio de finalidad preventiva; 2. Principio de Legalidad; 3. Principio de prohibición de la analogía; 4. Principio de lesividad; 5. Principio de Garantía Jurisdiccional; 6. Principio de Garantía de Ejecución; 7. Principio de responsabilidad penal; 8. Principio de proporcionalidad de la pena; 9. Principio de la finalidad preventiva, protectora y resocializadora; 10. Principio de que las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación; 11. Principio de aplicación supletoria de la Ley penal.

2.- Principios en la Exposición de motivos del Código Penal.- Que podemos enumerar son los siguientes: 1.- Principio de protección de bienes jurídicos; 2.- El Derecho Penal como ultima ratio; 3.- Principio de Intervención Mínima; 4.- Principio de carácter fragmentario del derecho penal; 5.- Principio de Legalidad; 6.- Principio de Tipicidad; 7.- Principio de culpabilidad; 8.- Principio de dignidad de las personas; 9.- Principio de humanidad de las penas.

3.- Principios del Derecho Procesal Penal.- Que son los siguientes: 1. Principio de justicia penal gratuita; 2. Juicio previo, oral, público, contradictorio; 3. Igualdad procesal de facultades de partes interventoras en el proceso; 4. Resoluciones recurribles; 5. Indemnización por errores judiciales; 6. Presunción de inocencia; 7. Interdicción de la persecución penal múltiple; 8. Titular de la acción penal; 9. Competencia judicial; 10. Legalidad de las medidas limitativas de derecho; 11. Vigencia e interpretación de la ley procesal penal; 12. Legitimidad de la prueba; 13. Derecho de defensa; 14. Prevalencia de las normas del título preliminar.

4.- Autores y libros clásicos del Derecho Penal.- Dentro de los cuales hemos considerado los siguientes: 1) Cesare BECCARIA – De los Delitos y las Penas; 2) John HOWARD – El estado de las prisiones en Inglaterra; 3) Jean-Paul MARAT- Plan de Legislación Criminal; 4) F-M. A. VOLTAIRE – Comentarios a De los Delitos y las Penas; 5) Jeremy BENTHAM– En defensa de la Usura; 6) Michel FOUCAULT – Vigilar y Castigar; 7) Günther JAKOBS – Derecho penal del enemigo; 8) Luigi

FERRAJOLI – Derecho y Razón; 9) Pietro ELLERO – Tratado de la prueba penal o De la certidumbre; 10) Nicolás FRAMARINO - Lógica de las pruebas en materia criminal; 11) C. J. A. MITTERMAIER – Tratado de la prueba en materia criminal; 12) Hanns GROSS - Manual del Juez; 13) José CAFFERATA - La Prueba en el Proceso Penal; 14) Devis ECHANDÍA – Compendio sobre la prueba judicial.

5.- Tipos de procesos penales, considerando nuestro Código Penal vigente, los Procesos Penales son: I) Proceso penal común (Art. 321 NCPP); II) Procesos especiales: 1) El proceso inmediato (Art. 446 NCPP); 2) El proceso por razón de la función pública: i. Proceso por delitos de función atribuidos a altos funcionarios públicos (Art. 449 NCPP); ii. Procesos por delitos comunes atribuidos a congresistas y otros altos funcionarios (Art. 452 NCPP); iii. Procesos por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos (Art. 454 NCPP); 3) Proceso de seguridad (Art. 456 NCPP); 4) Proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal (Art. 459 NCPP); 5) Proceso de terminación anticipada (Art. 468 NCPP); 6) Proceso por colaboración eficaz (Art. 472 NCPP); 7) Proceso por faltas (Art. 482 NCPP).

Todo lo anterior ha servido como marco intelectual desde donde hemos recreado ideas y figuras respecto a la doctrina, normatividad y aplicación del Derecho Penal, solo como actos de elucubración o análisis jurídicos para entender el fenómeno y sistema punitivo.

TÍTULO I:
EL HABEAS CORPUS

• **EL HABEAS CORPUS** (Análisis)

Alex R. Zambrano Torres

I.- CONCEPTO DE HÁBEAS CORPUS.-

De acuerdo con Manuel Ossorio, citando a la Academia, señala que el hábeas corpus hace referencia al “derecho de todo ciudadano, detenido o preso, a comparecer inmediata y públicamente ante un juez o tribunal para que, oyéndolo, resuelva si su arresto fue o no legal, y si debe alzarse o mantenerse”. Ossorio reseña que el Hábeas Corpus tiene su origen en las *acas* y el *writ* que en Inglaterra garantizaban la libertad individual, y que significa “que tengas el cuerpo”.

Según Guillermo Cabanellas: *“HABEAS CORPUS. Palabras latinas, y ya españolas y universales, que significan literalmente: “que traigas tu cuerpo” o “que tengas tu cuerpo”. Con estos dos vocablos comienza la famosa ley inglesa, votada por el Parlamento en 1679, como garantía suprema de la libertad individual, en los regímenes de Derecho y democracia.*

Según el Diccionario de la Lengua Española, el Hábeas Corpus es el “Derecho del ciudadano detenido o preso a comparecer inmediata y públicamente ante un juez o tribunal para que, oyéndolo, resuelva si su

arresto fue o no legal, y si debe levantarse o mantenerse”.

Respecto del Hábeas Corpus cabe también reseñar que en el II Congreso nacional de los colegios de abogados, llevado a cabo en la ciudad de Lima, se rindió homenaje al abogado Reynaldo Peters, por haber sufrido cárcel en Bolivia, a consecuencia de la dictadura de Hugo Banzer. Peters se encontraba en su celda cuando redactó un hábeas corpus en un papel higiénico de un metro, que le entregó a su esposa, la cual lo llevó en un calcetín, era 1972. A pesar de ello, el abogado sólo pudo salir de prisión un año después, pero su acción fue reconocida internacionalmente pues fue incorporado a la memoria del mundo de la Unesco, y además se publicó el libro “El Hábeas Corpus en papel higiénico”, que es una compilación de los trabajos sobre dicha institución jurídica en reconocimiento de Peters; la edición salió en dos tomos.

II.- DERECHOS PROTEGIDOS POR EL HÁBEAS CORPUS.-

El Hábeas Corpus se encuentra regulado en el Código Procesal Constitucional en su artículo 25, y en el cual se enuncia cuáles son los derechos protegidos por esta institución: “Art. 25.- Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual: 1) La integridad personal, y el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, ni violentado para obtener declaraciones; 2) El derecho a no ser obligado a prestar juramento ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del

cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; 3) El derecho a no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme; 4) El derecho a no ser expatriado ni separado del lugar de residencia sino por mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería; 5) El derecho del extranjero, a quien se ha concedido asilo político, de no ser expulsado al país cuyo gobierno lo persigue, o en ningún caso si peligrase su libertad o seguridad por el hecho de ser expulsado; 6) El derecho de los nacionales o de los extranjeros residentes a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad; 7) El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo con el acápite “f” del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan; 8) El derecho a decidir voluntariamente prestar el servicio militar, conforme a la ley de la materia; 9) El derecho a no ser detenido por deudas; 10) El derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, así como de obtener el pasaporte o su renovación dentro o fuera de la República; 11) El derecho a no ser incomunicado sino en los casos establecidos por el literal “g” del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución; 12) El derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que se es citado o detenido por la autoridad policial u otra, sin excepción; 13) El derecho a retirar la vigilancia del domicilio y a suspender el seguimiento policial, cuando resulten arbitrarios o

injustificados; 14) El derecho a la excarcelación de un procesado o condenado, cuya libertad haya sido declarada por el juez; 15) El derecho a que se observe el trámite correspondiente cuando se trate del procedimiento o detención de las personas, a que se refiere el artículo 99 de la Constitución; 16) El derecho a no ser objeto de una desaparición forzada; 17) El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena. También procede el hábeas corpus en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio”.

III.- MODALIDADES DEL HÁBEAS CORPUS.-

El hábeas corpus tiene varias modalidades, así: 1) Hábeas corpus reparador; 2) Restringido; 3) Correctivo; 4) Preventivo; 5) Traslativo; 6) Instructivo; 7) Innovativo; 8) Conexo.

De acuerdo con la sentencia recaída en el expediente Nro. 05559-2009-PHC/TC, del Tribunal Constitucional se enuncia, en su fundamento 4, los siguientes conceptos de las modalidades de Hábeas Corpus:

1.- Hábeas Corpus Reparador.-

Este tipo de hábeas corpus ha sido trabajado por el Tribunal Constitucional como una modalidad clásica para obtener la reposición de la libertad, así se establece: "... Respecto del hábeas corpus reparador, es preciso señalar que dicha modalidad representa la

modalidad clásica o inicial del hábeas corpus, la misma que se promueve para obtener la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida. Se presenta, por ejemplo, cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial, de un mandato judicial en sentido lato; de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúa en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad, entre otros ... " (Exp. N.º 2663-2003-HC/TC).

2.- Hábeas corpus restringido.-

Siendo este tipo de hábeas corpus denominado restringido cuando la libertad de locomoción se ve afectado, de tal forma que en jurisprudencia se explicita: " ... En anterior pronunciamiento (Exp. N.º 2663-2003-HC/TC), este Tribunal ha establecido que el hábeas corpus restringido "(...) se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir que, en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, 'se la limita en menor grado'. Entre otros supuestos, cabe mencionar la prohibición de acceso o circulación a determinados lugares; los seguimientos perturbatorios carentes de fundamento legal y/o provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes; las reiteradas e injustificadas citaciones policiales; las continuas retenciones por control migratorio o la vigilancia domiciliaria arbitraria o injustificada, etc.". Entonces, dado que el objeto del hábeas corpus restringido

consiste en atender no aquellos supuestos en los cuales el derecho a la libertad personal es afectado totalmente, sino que procede en aquellos casos en los cuales existe una restricción menor en la libertad física de la persona, se convierte en el instrumento idóneo para tutelar el derecho fundamental a la libertad de tránsito... " (STC 10101- 05-PHC, FJ 1).

Raúl Chanamé Orbe cita "En anterior pronunciamiento (Exp. N° 2663-2003-HC/TC) este Tribunal ha establecido que el hábeas corpus restringido "(...) se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir que, en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, se la limita en menor grado." (Raúl Chanamé Orbe, Diccionario de Derecho Constitucional, 8va. Edición, Lima 2012, pág. 356).

3.- Hábeas corpus correctivo.-

El hábeas corpus correctivo pretende además corregir y proteger otros derechos además del de la libertad, así, "... El proceso constitucional de hábeas corpus no sólo protege la libertad física propiamente dicha, sino que su ámbito de protección se extiende a otros derechos fundamentales. En efecto, su tutela comprende también la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas que se hallan recluidas en establecimientos penales e incluso de personas que, bajo una especial relación de sujeción, se encuentran internadas establecimientos de tratamiento, públicos o

privados. Por ello, es legítimo que ante la afectación de tales derechos fundamentales o de aquellos derechos directamente conexos al de la libertad personal o ante la lesión de derechos diferentes al de la libertad, cuya afectación se genere como consecuencia directa de una situación de privación o restricción del derecho a la libertad individual, puedan ser protegidos a través del proceso de hábeas corpus, que la tipología elaborada por la doctrina ha denominado como hábeas corpus correctivo ... " (STC 02700-2006-PHC, FJ 2 y 3).

4.- Hábeas corpus preventivo.-

El hábeas corpus preventivo plantea la defensa ante la amenaza, el riesgo futuro, de esta forma " ... Es preciso tomar en consideración que, tal como lo dispone el inciso 1) del artículo 200º de la Constitución, el hábeas corpus no sólo procede ante el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera la libertad individual o derechos conexos, sino también ante la amenaza de que se pueda producir tal vulneración. En este caso, la actuación del juez constitucional es anterior al acto violatorio de la libertad individual o derechos conexos, pues se procede ante una amenaza (Exp. 3171-2003 HCITC) ... " (STC 06167-2005-PHC, FJ 39).

5.-Hábeas corpus traslativo.-

El hábeas corpus traslativo plantea la denuncia ante mora o violaciones al proceso judicial, así "... Es empleado para denunciar mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso o a la tutela judicial efectiva; es decir, cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una

persona o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal de un detenido ... " (STC 2663-2003-PHC, FJ 6).

6.- Hábeas corpus instructivo.-

El hábeas corpus instructivo se utiliza ante la no ubicación del detenido, de esta forma " .. . Esta modalidad podrá ser utilizada cuando no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida. Por consiguiente, la finalidad de su interposición es no sólo garantizar la libertad y la integridad personal, sino, adicionalmente, asegurar el derecho a la vida, y desterrar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición ... " (STC 2663- 2003-PHC, FJ 6).

7.- Hábeas corpus innovativo.-

El hábeas corpus innovativo se plantea para que los actos violatorios de la libertad no se vuelvan a producir, así "... Procede cuando, pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante. Al respecto, Domingo García Belaúnde [Constitución y Política, Eddili, Lima 1991, pág.148], expresa que dicha acción de garantía "debe interponerse contra la amenaza y la violación de este derecho, aun cuando éste ya hubiera sido consumado "... " (STC 2663-2003-PHC, FJ 6).

8.- Hábeas corpus conexo.-

El hábeas corpus conexo, se refiere a la garantía utilizada en aquellos conectados con la vulneración del

derecho a la libertad, de esta forma "... Cabe utilizarse cuando se presentan situaciones no previstas en los tipos anteriores. Tales como la restricción el derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que una persona es citada o detenida; o de ser obligado a prestar juramento; o compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo, o contra él o la cónyuge, etc.

Es decir, si bien no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, guarda, empero, un grado razonable de vínculo y enlace con éste. Adicionalmente, permite que los derechos innominados - previstos en el artículo 3º de la Constitución- entroncados con la libertad física o de locomoción, puedan ser resguardados ... " (STC 2663-2003- PHC/TC)".

Los derechos conexos protegidos por el hábeas corpus son: 1) Derecho a la libertad de tránsito; 2) Tutela procesal efectiva; 3) Debido proceso; 4) Motivación de las resoluciones judiciales; 5) Derecho de defensa; 6) Presunción de inocencia.

Sobre la condición del hábeas corpus Ferrajoli anota: "2. Jurisdiccionalidad lata y jurisdiccionalidad estricta. Las garantías orgánicas y las garantías procesales. La primera enunciación legal del principio de jurisdiccionalidad se encuentra en el art. 39 de la Magna Carta inglesa de 1215: «Ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de la ley, ni exiliado, ni modificada su posición de cualquiera otra forma, ni nos procederemos con fuerza contra él, ni mandaremos a otros hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales o por la ley del país. En esta formulación clásica,

el principio expresa ya más o menos explícitamente tres garantías fundamentales: a) el habeas corpus, es decir, la inmunidad del ciudadano frente a restricciones arbitrarias de su libertad personal y, en general, frente a castigos o intervenciones de autoridades que lesionen sus derechos;" (Luigi Ferrajoli. Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Madrid 1995. pág. 539).

El hábeas corpus (traer el cuerpo) es una institución técnica-jurídica garantista y que actúa como un mecanismo contra la detención arbitraria, esto es, una violación a la libertad del cuerpo.

Raúl Chanamé Orbe cita "En anterior pronunciamiento (Exp. N° 2663-2003-HC/TC) este Tribunal ha establecido que el hábeas corpus restringido "(...) se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir que, en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, se la limita en menor grado." (Raúl Chanamé Orbe, Diccionario de Derecho Constitucional, 8va. Edición, Lima 2012, pág. 356).

Concluamos que existen diversas modalidades de Hábeas Corpus: 1) Innovativo; 2) Preventivo; 3) Reparador; 4) Restringido; 5) Traslativo; etc.

Los plazos en el proceso penal.-

En el proceso penal los plazos están establecidos por el Nuevo Código Procesal Penal, y de acuerdo con el tipo de proceso.

Los procesos comunes:**1) La etapa de la investigación preparatoria.-**

De acuerdo con el artículo 342 del NCPP el plazo de la Investigación preparatoria es a) 120 días naturales, prorrogable hasta 60 días naturales; b) 08 meses en investigaciones complejas, prorrogable por 08 meses más. **2) La etapa intermedia:** 1) 15 días para a) acusación; o, b) El sobreseimiento (archivo). **3) La etapa del juicio.**

El sobreseimiento cuenta con los siguientes plazos. Concluida la investigación preparatoria: 1) 15 días para que fiscal decida sobre el sobreseimiento; 2) 10 días para oposición; 3) 03 días para audiencia preliminar; 4) 15 días para que el juez dicte auto de sobreseimiento, o por el contrario auto de desacuerdo elevado al fiscal superior; 5) 10 días para pronunciamiento del Fiscal.

La acusación cuenta con los siguientes plazos: 1) 10 días para observar, excepciones, medios de defensa, sobreseimiento, criterio de oportunidad, ofrecer pruebas, objetar la reparación civil, plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio; 2) 05 a 20 días para la Audiencia Preliminar; 3) 48 horas en caso difiera la solución, por la complejidad u hora de la audiencia; 4) 05 días si devuelve la acusación para que fiscal corrija; 5) 48 horas para notificar el juez de investigación preparatoria al juez penal del auto de enjuiciamiento; 6) 10 días para auto de citación a juicio.

La etapa del juicio.- Se desarrollará en el día y los días necesarios, en caso de causa o quiebra de la audiencia por motivos de enfermedad, fuerza mayor, etc., se prorrogará hasta por 08 días.

TÍTULO II:
LA LEY ANTISOBORNO: LEY N° 30424
Ley que regula la responsabilidad administrativa
de las personas jurídicas
por el delito de cohecho activo transnacional

• **LA LEY ANTISOBORNO: LEY N° 30424**

Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional

La Ley antisoborno, Ley Nro. 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional es un avance de la lucha contra la corrupción, aquí algunos alcances.

1. El área de competencia de la ley antisoborno transnacional.-

La vorágine en la cual se van descubriendo los delitos cometidos por funcionarios públicos de un Estado, comprometidos con empresas privadas transnacionales ha llevado a regular nuevas formas de prevención y sanción del delito transnacional, empezando previamente por identificar y determinar normativamente la “responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional (Art. 397-A CP). Para ello se ha dado la Ley Nro. 30424, que además de prescribir su objeto de

ley, determina también el ámbito subjetivo de aplicación por la cual se establece que “son personas jurídicas las entidades de derecho privado, así como las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta”, las entidades de derecho privado son las empresas privadas en sus diversas modalidades, Sociedades Anónimas, Sociedades Comerciales, Sociedades en Comandita, Sociedades Civiles, etc.

Otro de los aspectos en los que se preocupa la Ley 30424 es evitar que se utilicen artilugios para eludir el cumplimiento de la ley y la responsabilidad correspondiente, así el cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización social, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación y otra forma, no afectará a la responsabilidad que debe enfrentar la empresa.

2. La responsabilidad administrativa por un delito.-

En el Derecho Penal existe responsabilidad penal (sanciones penales como la pena privativa de la libertad, etc.) y responsabilidad civil (como indemnización por daños y perjuicios, costos y costas), siendo que la presente norma ha introducido un nuevo concepto dentro del área penal: la responsabilidad administrativa por comisión de delito, y se la ha destinado específicamente a las personas jurídicas (empresas privadas, asociaciones, etc.), en un determinado tipo delictivo: el cohecho activo transnacional. De tal forma que son responsables administrativamente por el indicado delito los administradores de hecho o derecho,

representantes legales, contractuales y órganos colegiados en el ejercicio de sus funciones empresariales, así como las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicio a la persona jurídica si actúan por orden o autorización de las personas jurídicas; excluyéndose de responsabilidad administrativa por dichos delitos a las personas jurídicas si las personas naturales han actuado en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica.

3. Autonomía, prescripción, cosa juzgada, amnistía o derecho de gracia de la persona jurídica.-

La responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural, indica la norma. Así también se extingue la acción penal contra la persona jurídica por prescripción, cosa juzgada, amnistía o derecho de gracia. La norma hace una diferencia entre responsabilidad de la persona jurídica con la responsabilidad de la persona natural.

De acuerdo con el Código Penal, art. 78, la acción penal se extingue: 1) Por muerte del imputado, prescripción, amnistía y derecho de gracia; 2) Por cosa juzgada; 3) En casos de acción privada (delitos contra el honor, querrela, injuria, difamación, calumnia), además por desistimiento o transacción. Así también se extingue la acción penal, según el Artículo 79 del Código Penal, por sentencia civil ejecutoriada del que resulte que el hecho imputado como delito es lícito.

También considera la presente ley atenderse las personas jurídicas a lo que corresponda respecto de la extinción de la acción penal, al artículo 80 del C.P.

(Plazos de prescripción de la acción penal), artículo 82 del CP (Inicio de los plazos de prescripción), artículo 83 del CP (Interrupción de la acción penal), artículo 84 del C.P. (Suspensión de la prescripción).

Las medidas administrativas que se aplican a las personas jurídicas en caso de responsabilidad administrativa por delito de cohecho activo transnacional. -

Según la norma se aplican medidas desde multas, inhabilitación, suspensión de actividades sociales, prohibición de llevar a cabo actividades de la misma naturaleza por la que ha sido sancionado, suspensión para contratar con el Estado, cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales, clausura de locales, disolución de la persona jurídica.

Las multas imponibles se aplican considerando el ingreso anual de las personas jurídicas, y van desde los diez a quinientas unidades impositivas tributarias (UIT), y de no ser pagada puede ser ejecutada sobre sus bienes.

La inhabilitación o suspensión para contratar con el Estado, se impone obligatoriamente en los casos de un proceso de contratación pública

La cancelación de licencias y otras autorizaciones es obligatoria cuando el delito estuvo destinado a obtener dichas licencias u autorizaciones.

La disolución se aplicará “solo a las personas jurídicas que hayan sido constituidas y operado para favorecer, facilitar o encubrir la comisión del delito de cohecho activo transnacional. En ningún caso podrá aplicarse para otras circunstancias”. También se puede

disponer el decomiso de instrumentos, objetos, efectos y ganancias del delito de cohecho activo transnacional.

4. Circunstancias atenuantes y agravantes.-

La norma prescribe también circunstancias atenuantes y agravantes. Como atenuantes se consideran que la empresa haya logrado la confesión de sus integrantes de la comisión del delito; la colaboración objetiva, sustancial y decisiva en el esclarecimiento del hecho delictivo; el impedimento de las consecuencias dañosas del delito; la reparación total o parcial del daño; la adopción de la empresa de un modelo de prevención (compliances) etc.

Entre los agravantes la norma considera la utilización instrumental de la empresa para la comisión del ilícito (formar empresas offshores, etc.).

5. Los modelos de prevención.-

Una de las novedades de la presente norma es que se prescribe como una causal que exime de responsabilidad administrativa por cohecho activo transnacional a las empresas que hayan implementado modelos de prevención, con anterioridad del hecho delictivo. Estos modelos de prevención (como los compliances) deben contener obligatoriamente determinados elementos, como: a) que se haya designado a una persona u órganos para que realice auditoría interna de prevención, ejercida con autonomía; b) se implementen medidas preventivas para la identificación de las actividades o procesos de la persona jurídica que generen o incrementen los riesgos de comisión del delito de cohecho activo transnacional; c) implementación de procesos específicos para

prevenir la comisión del delito; d) sistemas de denuncias, protección del denunciante; e) mecanismos de difusión y supervisión interna del modelo de prevención, etc.

6. Registro de personas jurídicas sancionadas administrativamente.-

La norma ha previsto la implementación de un Registro de personas jurídicas sancionadas administrativamente y señala que es el Poder Judicial quien implementará el registro informático de carácter público, con los datos respectivos. Una vez cumplida con la medida administrativa impuesta, el juez de oficio o a pedido de parte ordena su retiro del registro.

7. Responsabilidad por denuncias maliciosas.-

Para evitar que se realicen denuncias maliciosas, la norma ha previsto la sanción de la presentación de denuncias maliciosas, dando lugar a la responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinaria.

**TÍTULO III:
EL DELITO DE ACOSO SEXUAL
(Decreto Legislativo Nro. 1410)**

• **EL DELITO DE ACOSO SEXUAL** **(Decreto Legislativo Nro. 1410)**

Vladimir Nabokov escribió un libro en su tiempo enajenante, que sin embargo hoy es considerado un clásico; el libro se llamaba: “Lolita”, la cual trata de la relación íntima entre un hombre mayor con una menor de edad. Mario Vargas Llosa escribió otro libro así de difícil, “El elogio de la madrastra”. Gabriel García Márquez rosó el tema en su libro “El amor en los tiempos del cólera”. En las historias de los libros mencionados, aquellos actos si fueran actuales, habrían sido considerados más que como a coso sexual, tipificado los tipos de seducción o violación, pero cabe traerlos a referencia porque las conductas que dieron inicio a dichas relaciones empezaron por lo que se consideraría “cortejo”, que actualmente sería considerado “acoso sexual”. En la actualidad, y con la presente ley a comentar, se ha convertido muchos actos que antaño se consideraban como cortejo, en delitos de acoso sexual.

1. Generalidades.-

El delito de acoso sexual es un delito incorporado recientemente en el año 2018, pero cosa curiosa es que ingresando al SPIJ, Sistema Peruano de Información

Jurídica, encontramos que la Exposición de motivos del Decreto Legislativo que incorpora el delito de acoso sexual al Código Penal no fue publicado en el diario El Peruano, a pedido del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. La exposición de motivos son los fundamentos de una norma jurídica, las razones que hacen válida y le dan legitimidad. Al margen de aquella nota anecdótica, el Decreto Legislativo que incorpora el delito de acoso, acoso sexual, chantaje sexual y difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, al Código Penal, y modifica el procedimiento de sanción del hostigamiento sexual, fue publicado el miércoles 12 de setiembre de 2018, redactado por el Poder Ejecutivo, en mérito a la delegación dada por el Congreso de la República, dada por la Ley Nro. 30823, que delegó al Poder Ejecutivo para que pueda legislar en determinadas materias: gestión económica y competitividad, integridad y lucha contra la corrupción, prevención y protección de personas en situación de vulnerabilidad, y modernización de la gestión del Estado. Delegación que se dio en aplicación del artículo 104 de la Constitución, por la cual se permite al Congreso delegar al Poder Ejecutivo legislar, a través de “Decretos Legislativos”, en materia específicamente delegada, por un tiempo también específico y determinado en la ley de delegación.

El tema del acoso sexual ha sido gatillado por la alta incidencia delictiva contra la mujer, violencia familiar, espoleada por la cultura milenaria machista de nuestro país, feminicidios que tienen su razón de ser en la poca tolerancia y un errado sentido de propiedad que tienen los hombres respecto de sus enamoradas, parejas,

esposas e incluso amantes. La proporción de violencia contra la mujer es alarmante y real. Frente a esa realidad la norma en comentario define los conceptos de acoso, acoso sexual, chantaje sexual y difusión de imágenes materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, así como determina el procedimiento de sanción del hostigamiento sexual.

A pesar de la buena voluntad de la norma reseñada, el problema es si no hay exceso o vacíos normativos que dejan incólume el problema fundamental de la regulación dispuesta, o si la cultura sexual puede resolverse sólo desde un sistema represivo –Código Penal-, que actualmente tiene una sola función: castigar, a pesar que la propia norma se propone tener una finalidad preventiva como principio básico del sistema punitivo. La norma ha despertado diversas variantes o modalidades de acción e inacción, y las nociones taxativas han previsto que es necesario tomar seriamente la interpretación de los conceptos normativos punitivos, que revisaremos brevemente.

2. El delito de Acoso.-

Antes de la presente norma el acoso no era considerado un delito, no estaba contenido en el Código Penal, pero el 12 de septiembre del año 2018 se publicó e incorporó como delito el Acoso, en el artículo 151-A, que define como elementos configurativos del tipo penal los siguientes elementos: 1) Reiteración; 2) Continuidad; 3) Habitualidad; 4) Utilización de cualquier medio; 5) Vigilancia; 6) Persecución; 7) Hostigamiento; 8) Asedio; 9) Búsqueda para establecer contacto o cercanía; 10) Falta de consentimiento del acosado(a); 11) Alteración

del normal desarrollo de la vida cotidiana del acosado(a).

La norma anuncia como sanción la pena privativa de la libertad de uno a cuatro años, así como la inhabilitación que produce: a) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; b) Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez.

Los conceptos a definir e interpretar son varios y pueden llevar a confusión, porque, por ejemplo, ¿cómo se puede decir de algo que es reiterativo, continuo o habitual? Este primer grupo de tipificadas conductas tiene un factor en común, que el hecho se haya producido más de una vez y que tenga permanencia o constancia en el tiempo, es por tanto una conducta iniciada en el pasado, actuada en el presente y proyectada en el futuro; dicho de otra forma, son conductas que ya han afectado a la víctima, siguen afectándola y tienen la posibilidad de seguir produciéndose aquella afectación. La norma tiende a sancionar aquellas conductas ilícitas, pero a la vez evitar se sigan cometiendo, puesto que es un delito proyectivo o continuo. A diferencia de otros delitos que son sólo conductas ilícitas actuadas en el pasado y finalizadas en un tiempo pasado, donde la norma penal ya no puede sino más que castigar o indemnizar.

La prescripción a que dichos actos o conductas reiterativas, continuadas o habituales se realicen “utilizando cualquier medio” se refiere a que dichas conductas pueden hacer no sólo personalmente, en vivo y directo, sino también a través de cualquier medio que surta esa misma función, como mensajes de texto,

mensajería, internet, cartas, radio, etc. Además, dichas conductas deben enmarcarse dentro de determinadas acciones como la “vigilancia”, “persecución”, que son modalidades conductuales que significan que se ha establecido un sistema para tener conocimiento amplio y constante no deseado por la víctima, así como una conducta persecutoria, es decir, búsqueda y seguimiento “no consentido” de la víctima.

El hostigamiento es aquella conducta que provoca o afecta la conciencia y voluntad de la víctima. Se hostiga cuando aquello produce molestia, fastidio y por lo tanto un trastorno o incomodidad en la víctima; el asedio tiene similar significado, conducta continua molesta.

La falta de consentimiento del acosado(a) es fundamental en la tipificación de este tipo delictivo, porque la persona se siente invadida en su vida privada, en su privacidad. La persona tiene un margen privado de vida, al que sólo puede accederse a través de su consentimiento.

Aquellas conductas reiterativas, continuas, habituales, hostigantes, causan una “alteración del normal desarrollo de la vida cotidiana del acosado(a)”, que significa evidentemente un atentado contra el derecho a la libre autodeterminación.

La norma, además, se hace extensiva y si no se contradice sí excede su primera prescripción punitiva, porque en el segundo párrafo del artículo 151-A, señala que se sancionará igualmente –con la misma pena– aquella conducta de hostigamiento o asedio, acoso, “aún cuando la conducta no hubiera sido reiterada, continua o habitual”. Lo que representa un precepto de cuidado, porque significa que cualquier conducta de vigilancia, persecución, asedio, hostigamiento, aún si no es

permanente -realizada en más de una oportunidad- o sea que se produzca incluso en una sola vez, tendrá la misma pena por acoso. Entonces la formulación lingüística se contradice, porque si sólo un acto es pasible de ser considerado acoso, esto significaría que el hecho delictivo se configuró independientemente de la reiteración; así la norma ya no persigue evitar el futuro acoso, sino castigar el acoso pasado o presente. Se deja a consideración de la víctima el concepto de “consentimiento”, esto es: si el presunto acosado(a) acepta ser perseguido, vigilado, etc., el acto no constituiría delito, porque el ingreso a su derecho a la vida privada está siendo levantada por su voluntad o consentimiento.

El acoso es un delito o vulneración a la vida privada de la persona y tiene efectos o ingredientes privados o de orden privativo (como el desistimiento en la querrela, etc.); de esta forma la afectación estaría en el orden privado; esto significa que el derecho penal ya no queda en manejo del poder público (El Ministerio Público es el titular monopólico de la acción penal), sino en el orden privado. Por lo tanto, la afectación, o la configuración del tipo delictivo, recae en el particular que se siente acosado (afectado por su no consentimiento). La vulneración al bien jurídico protegido por el Estado y la sociedad recae no en el hecho sino en la voluntad o conciencia del presunto agraviado.

El delito de acoso considera también unas razonables agravantes (por la cual la pena se aumenta de cuatro a siete años de pena privativa de la libertad), como: a) que la víctima sea menor de edad; b) la víctima y el acosador tienen o han tenido una relación de pareja;

c) son o han sido conviviente o cónyuges; d) tienen vínculo parental consanguíneo o por afinidad; e) que la víctima habite en el mismo domicilio que el acosador; f), la víctima se encuentre en condición de dependencia o subordinación del acosador; g) el acoso se realice en el marco de una relación laboral, educativa o formativa del acosado(a).

3. Delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual.-

La norma prescribe que la difusión, revelación, publicación, cesión o comercialización de imágenes, materiales audiovisuales o audios de contenido sexual, “aunque haya sido obtenidos con la anuencia de la víctima”, será sancionado. Aquí la configuración del tipo delictivo se centra también en la voluntad de la víctima, o su autorización para que se realicen ciertos actos de difusión pública contenidos íntimos o privados. Dos fases se muestran en el delito, la primera es que las imágenes, materiales audiovisuales, etc., pueden haber tenido el consentimiento de la víctima, porque pertenece al orden de la vida o derecho privado de la persona, que desea o consiente que otra persona obtenga, tome, filme, grabe, etc., sus imágenes de contenido sexual. Esta actividad se convierte en un delito si, sin autorización de la víctima, se publican, revelan o comercializan dichas imágenes o audiovisuales sin el consentimiento de la víctima. El Derecho Penal se completa o configura sólo si el hecho ha sido realizado sin previa autorización o manifestación de la voluntad del agraviado(a). Pero, por otro lado, también está el hecho de que la anuencia de la víctima para la obtención de dichos materiales no

desconfigura el tipo delictivo, porque no hay anuencia o aceptación para la difusión o publicación de los actos con connotación sexual.

La agravación de dicho delito se configura cuando dichos materiales, fotográficos, fílmicos o de audio, se hayan realizado en perjuicio de persona con la que se mantuvo una relación de pareja, convivencia o matrimonio; cuando se utilice redes sociales o medio de difusión masiva.

4. El acoso sexual. –

El agregado del acoso con el acoso sexual, es que el hecho, vigilar, hostigar, asediar, buscar establecer contacto o cercanía, sin su consentimiento, sea con “connotación sexual”. Los elementos que configuran a este tipo delictivo son: 1) vigilar; 2) perseguir; 3) hostigar; 4) asediar; 5) buscar establecer contacto o cercanía; 6) falta de consentimiento de la víctima; 7) actos de connotación sexual.

La pena será de tres a cinco años e inhabilitación, de acuerdo con el artículo 36, incisos 5, 9, 10 y 11 del Código Penal. De esta forma la inhabilitación en estos casos produce 1) Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela; 2) Incapacidad definitiva para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación o en sus organismos públicos descentralizados o, en general, en todo órgano dedicado a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación, o para ejercer actividad, profesión, ocupación u oficio que implique la enseñanza, el cuidado, vigilancia o atención de niñas, niños o

adolescentes o del alumnado de educación superior tanto técnica como universitaria de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada por cualquiera de los delitos de terrorismo, apología del delito de terrorismo, trata de personas, explotación sexual y esclavitud, homicidio simple, homicidio calificado, feminicidio, lesiones graves, lesiones graves por violencia contra las mujeres integrantes del grupo familiar, violación sexual, violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento, violación sexual de menor de edad, violación de persona bajo autoridad o vigilancia, violación sexual mediante engaño, tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento, tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores, proxenetismo, ofensas al pudor público, tráfico ilícito de drogas.

Así también se impone la inhabilitación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos y la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez.

El delito de acoso sexual se agrava con pena de cuatro a ocho años de pena privativa de la libertad si: 1) La víctima es persona adulta mayor, se encuentra en estado de gestación o es persona con discapacidad; 2) La víctima y el agente tienen o han tenido una relación de pareja, son o han sido convivientes o cónyuges, tienen vínculo parental hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; 3) La víctima habita en el mismo domicilio que el agente o comparten

espacios comunes de una misma propiedad; 4) La víctima se encuentra en condición de dependencia o subordinación con respecto al agente; 5) La conducta se lleva a cabo en el marco de una relación laboral, educativa o formativa de la víctima; 6) La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años.

La palabra vigilar viene del latín “vigilare” que significa vigilar, hacer guardia en la noche. El acto de vigilar es aquella conducta mediante la cual se “observa atentamente a una persona”, así como a estar pendiente de sus movimientos, actos o quehaceres.

Perseguir es una palabra que tiene su origen etimológico en el latín “persequi”, significando el hecho de seguir a una persona, con intención de darle alcance o de vigilar sus movimientos o actividades, independientemente de que aquella persona lo sepa o no.

Hostigar es una palabra que proviene del latín “fustigare” que significa “dar latigazos”, y consiste en molestar, fastidiar, incomodar a una persona.

Acoso es un término que consiste en aquel acto de “persecución sin tregua”, acción de molestar, causar incomodidad, por la insistencia de una persona en acercarse o lograr la atención que otro(a) no desea tener.

El acoso sexual tiene su centro en el término “connotación sexual”, que significa que la insistencia, vigilia, hostigación, asedio, tiene como finalidad lograr una relación íntima, sexual; esto es que los motivos de dichas conductas de persecución o cercanía tienen como destino lograr un requerimiento sexual.

5. Chantaje sexual.-

El chantaje, que parece provenir del francés chantaje, es aquella conducta o acción verbal, por la que una persona amenaza o intimida a otra para obtener una conducta de connotación sexual. La amenaza puede ser la difamación, exposición de datos de la persona chantajeada, por la que se solicita a cambio un acto de connotación sexual.

El chantaje es una conducta que ha sido utilizada de muy diversas formas, una de las más recurrentes es la que se producía por las parejas, padres o parientes, que, ante una ruptura amorosa, amenazaban a la persona con acusarlas por violación sexual.

La pena por el chantaje sexual es de dos a cuatro años de pena privativa de la libertad, e inhabilitación, y si la amenaza es con la difusión de material con contenido sexual, la pena será de tres a cinco años e inhabilitación.

6. Hostigamiento sexual. –

En las disposiciones complementarias de la ley en comentario se modifica el concepto de hostigamiento sexual, y por ella se prescribe que “es una forma de violencia que se configura a través de una conducta de naturaleza o connotación sexual o sexista no deseada por la persona contra la que se dirige, que puede crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o que puede afectar su actividad o situación laboral, docente, formativa o de cualquier índole.”. Quedando claro que el hostigamiento es una clase de violencia sexual –no violación sexual- sin el consentimiento de la persona agraviada, creando un ambiente dañino que afecte el desarrollo de la persona (laboral, docente, formativa,

etc.). El agregado de la norma es que la víctima “no requiere acreditar el rechazo ni la reiterancia de la conducta”; esto significa que no importa si la víctima haya o no mostrado su negativa a aceptar la conducta del victimario, ni siquiera que exista más de una oportunidad (reiterancia) de haberse cometido los mismos hechos hostigadores para que se configure el tipo punitivo.

La norma define cuáles son las conductas que son consideradas manifestaciones de hostigamiento sexual, así enumera las siguientes: 1) Promesa implícita o expresa a la víctima de un trato preferente o beneficioso respecto a su situación actual o futura a cambio de favores sexuales; 2) Amenazas mediante las cuales se exija en forma implícita o explícita una conducta no deseada por la víctima, que atente o agravie su dignidad; 3) Uso de términos de naturaleza o connotación sexual o sexista (escritos o verbales), insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos o exhibición a través de cualquier medio de imágenes de contenido sexual, que resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima; 4) Acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual que resulten ofensivas y no deseadas por la víctima; 5) Trato ofensivo u hostil por el rechazo de las conductas señaladas; 6) otras.

La víctima puede solicitar el cese de la hostilidad, el pago de la indemnización, demandar los daños y perjuicios, recurrir a la Autoridad Inspectiva de Trabajo, presentar una demanda, denuncia o reclamación por hostigamiento sexual; además, la víctima no puede ser despedida o no renovada en su contrato por haber

presentado dichos requerimientos por hostilidad sexual, o por haber comparecido como testigo.

Por su lado, el victimario puede ser amonestado, suspendido o despedido.

7.- Algunos datos importantes.-

Es necesario reseñar algunos datos.

1) Por ejemplo, en el capítulo XI. Razones para erigir algunos actos en delitos, del libro “Tratado de Legislación Civil y Penal” de Jeremías Bentham, pág. 28), se escribe: “Pero conviene convertir en delitos ciertas acciones, sujetándolas a ciertas penas legales? Nadie duda de esta verdad que está bien radicada en el espíritu de todos los hombres; más este consentimiento universal no se halla fundado sino sobre preocupaciones que varían según los tiempos, los lugares, las opiniones y las costumbres, resultando de aquí que ya se han erigido en delitos algunas acciones inocentes, ya se han tenido por graves algunos delitos leves, y por leves algunos delitos graves. / Es necesaria, pues, una regla invariable, cual es el principio de la utilidad, para calificar las acciones humanas únicamente por sus buenos ó malos efectos, y formar el catálogo de las que deben permitirse ó prohibirse. A este fin no hay otra cosa que hacer sino abrir dos cuentas, poniendo en la una todos los placeres que produce una acción, y en la otra todas las penas; lo que se ejecutará fácilmente por medio de la distinción que hemos hecho del mal del primero, segundo y tercer orden. / ¿Se trata de examinar, por ejemplo un acto que atenta a la seguridad de un individuo? Pongo en la cuenta de la ganancia todo el placer que causa a su autor, y en la de la pérdida todo el mal del perjudicado,

el de las personas que se interesan en su suerte, el de la alarma y el peligro, y por fin el desaliento universal y disolución de la sociedad, que serían el resultado de la falta de represión de tal acto; y veo que es enorme la desproporción que hay entre los bienes y los males que produce. / Aún la satisfacción de los deseos más ardientes, cuales son la venganza, el amor y el hambre, sin embargo de que va acompañada de los mayores placeres, es con todo más fecunda en mal que en bien, cuando no se logra sino a costa de la seguridad. / Si llevado del odio que he concebido contra ti, o del deseo de vengarme de alguna injuria, te insulto y te hiero, disfruto del placer más vivo con el espectáculo de tu dolo; pero prescindiendo de la pureza de este placer, que luego queda destruido por el remordimiento y los temores de toda especie, ¿cómo podrá compararse su intención con al de la pena que tú padecer? ¿y qué será si hay miembros cortados, facciones desfiguradas, facultades destruidas? Añadamos los males de segundo orden, el peligro y la alarma, sin olvidar la pena de simpatía que padecen los corazones generosos a la vista de estos delitos; y se verá que el placer es nulo puesto en parangón con los males que ha causado. / (...) En el examen de la defensa de sí mismo, se ha de considerar si el mal que se hace al agresor se ciñe a lo necesario para rechazar el ataque, si es igual, mayor o menor que el que se evita (...); debiendo tenerse presente, que cualquiera que sea el mal de primer orden que hace el que se defiende, no produce alarma ni peligro alguno.” (Compendio de Tratados de Legislación civil y penal de Jeremías Bentham. Editorial Madrid: Librería de la viuda de Calleja e hijos. 1839. Pág. 28,29, 30).

2) Un dato curioso de la condición de la mujer en su condición maternidad salta a nuestro encuentro, que por ser novedoso lo agregaremos. Según Freud: “Nos interesa también averiguar de qué manera llegaron los antiguos egipcios a elegir el buitre como símbolo de la maternidad. (...)Nos descubren estas fuentes que el buitre pasaba por ser el símbolo de la maternidad, a causa de la creencia de que no había más que buitres hembras y que esta especie de aves carecía de machos. La Historia Natural de los antiguos conocía asimismo una contra participación de esta limitación, pues sostenía que entre los escarabajos, adorados también por los egipcios como divinidades, no existían más que machos. / Pero entonces, ¿cómo se llevaba a cabo la fecundación de los buitres, si no existían más que hembras? El libro de Horapolio nos allana esta dificultad, afirmando que, llegada una cierta época del año, se mantienen estas aves inmóviles en el aire, abren la vagina y son fecundadas por el viento. (Sigmund Freud. “Un Recuerdo infantil de Leonardo Da Vinci”. pág. 16, 17.)

3) Por otro lado, en todo acto delictivo es necesario que se explique y perfeccione el principio de lesividad, el cual es definido por Ferrajoli de la siguiente manera: “En conclusión, el principio de lesividad, como ha quedado aquí definido, tiene el valor de criterio polivalente de minimización de las prohibiciones penales. Y equivale a un principio de tolerancia tendencial de la desviación, idóneo para reducir la intervención penal al mínimo necesario y, con ello, para reforzar su legitimidad y fiabilidad. Si el derecho penal es un remedio extremo, deben quedar privados de toda

relevancia jurídica los delitos de mera desobediencia, degradados a la categoría de daño civil los perjuicios reparables y a la de ilícito administrativo todas las violaciones de normas administrativas, los hechos que lesionan bienes no esenciales o los que son, sólo en abstracto, presuntamente peligrosos, evitando así la estafa de etiquetas» 64 consistente en calificar como «administrativas» sanciones restrictivas de la libertad personal que son sustancialmente penales”. (Luigi Ferrajoli. Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Madrid 1995. pág. 479).

4) La concepción de qué es o no acoso sexual tiene en esencia que definir y eliminar las contradicciones, porque como resalta Montaigne el ser humano es contradictorio en esencia: “No es por tanto extraordinario que los hombres se contradigan, siendo tan propensos a inclinarse y a torcerse por las causas más nimias. Es evidente que nuestra concepción, nuestro juicio todas las facultades de nuestra alma en general, se modifican según los movimientos y alteraciones del cuerpo, las cuales no cesan ni un momento. ¿No tenemos el espíritu más despierto, la memoria más pronta, la comprensión más viva en estado”. (Montaigne. Ensayos.

5) Desde otro ángulo, el problema del feminicidio tiene una trayectoria sensual, una relación con una posición sexual perversa, ésta última es explicada por Deleuze quien expresa: “Según la teoría freudiana de las zonas erógenas y su relación con la perversión, se define una tercera posición, sexual-perversa, que funda su autonomía en la dimensión que le es propia (la

perversión sexual como distinta de la ascensión o conversión depresiva y de la subversión esquizofrénica). Las zonas erógenas están recortadas en la superficie del cuerpo, alrededor de orificios señalados por mucosas. Cuando se subraya que los órganos internos puede convertirse también en zonas erógenas, parece que sólo puede ser así según la condición de la topología espontánea del cuerpo de acuerdo con la cual, como decía Simondon a propósito de las membranas, «todo el contenido del espacio interior está en contacto topológicamente con el contenido del espacio exterior en los límites de lo vivo».1 Ni siquiera basta con decir que las zonas erógenas están recortadas en la superficie. Esta no les preexiste. De hecho, cada zona es la formación dinámica de un espacio de superficie alrededor de una singularidad constituida por el orificio, y prolongable en todas las direcciones hasta la vecindad de otra zona dependiente de otra singularidad. Nuestro cuerpo sexuado es en principio un traje de Arlequín. Cada zona erógena es pues inseparable: de uno o varios puntos singulares; de un desarrollo serial definido alrededor de la singularidad; de una pulsión que carga este territorio; de un objeto parcial «proyectado» sobre el territorio como objeto de satisfacción (imagen); de un observador o un yo ligado al territorio, y que experimenta la satisfacción; de un modo de enlace con las otras zonas. La superficie en su conjunto es el producto de este enlace y, como veremos, plantea problemas específicos. Pero, precisamente porque el conjunto de la superficie no preexiste, la sexualidad bajo su primer aspecto (pregenital) debe definirse como una verdadera producción de superficies parciales, y el autoerotismo que le

corresponde debe caracterizarse por el objeto de satisfacción proyectado sobre la superficie y por el pequeño yo narcisista que lo contempla y goza”. (Guilles Deleuze. Lógica del sentido. Edición Electrónica de www.philosophia.cl / Escuela de Filosofía Universidad ARCIS. Pág. 141, 142.

TÍTULO IV:
EL DELITO DE CORRUPCIÓN EN EL ÁMBITO
PRIVADO
(D. Leg. N° 1385 - Decreto Legislativo que sanciona
la corrupción en el ámbito privado)

• **EL DELITO DE CORRUPCIÓN PRIVADA**

D. Leg. N° 1385 - Decreto Legislativo que sanciona la corrupción en el ámbito privado

El 07 de setiembre del año 2018, el Poder Ejecutivo remite al Congreso de la República el oficio Nro. 211-2018-PR, mediante la cual, comunica que, de conformidad con el artículo 104 de la Constitución, (que prescribe que el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante Decretos Legislativos, y habiendo sido esta facultad legislativa otorgada mediante la Ley Nro. 30823) ha promulgado el Decreto Legislativo N° 1385, Decreto Legislativo que sanciona la corrupción en el ámbito privado. El oficio está firmado por el presidente de la república (firma con tinta negra) y el presidente del consejo de ministros (firma con tinta azul). Este acto, aunque aún no valorada así, iba a marcar un hito histórico en tipificación punitiva del ámbito privado. Hasta entonces, la corrupción en el nivel privado no había sido considerada como punible, así que el Estado no podía juzgar y sancionar penalmente a quienes en el ámbito privado cometieran infracciones en contra de los propios particulares. El mundo privado estaba aparte del mundo público, y el derecho penal se mantenía

estrictamente dentro del orden público para los delitos de corrupción pública.

1. La exposición de motivos de la ley.-

En la exposición de motivos, en el ítem Diagnóstico de la problemática, Dimensiones de la corrupción en el Perú, se explica que la corrupción “No se trata tan solo del tosco saqueo de los fondos públicos por parte de unos funcionarios corruptos”, y que, según el Fondo Monetario Internacional, “el costo anual de la corrupción alcanza casi el 2% del producto bruto interno (PBI) mundial. Si se aplica este porcentaje al PBI peruano (S/ 648,719 millones) se obtiene la cifra de S/ 12,974 millones como costo anual de la corrupción”. En este marco la exposición de motivos señala que “Existe una data oscura de las actividades ilícitas que no son captadas por los registros oficiales del sistema de justicia”, y que por tanto debe corregirse e impedir la impunidad, siendo que la corrupción es un factor que no solo se encuentra en el ámbito público, sino que también se encuentra en el ámbito privado, puesto que “...las prácticas fraudulentas no son defectos del ámbito público en sentido estricto, sino que el sector privado también encuentra en aquellas, instrumentos capaces de favorecer sus interés mediatos e inmediatos.”

El bien jurídico protegido en este tipo delictivo no se encuentra en los fondos públicos, puesto que se trata de una sanción que punibiliza la corrupción en la actividad privada, sin embargo, la afectación es a las buenas prácticas en el mercado, que en forma directa e indirecta siempre terminan afectando a la sociedad, por eso, “Cabe señalar que si bien en la corrupción privada no se encuentra el juego el dinero de todos los peruanos,

la lesividad de la misma no se limita a un interés particular, sino que se afectan condiciones esenciales de mercado que pueden resultar de interés público.”

La noción de punibilidad de la actividad privada, en el ámbito privado, no es exclusiva de nuestro país, ni menos sólo de nuestra normatividad interna, sino que ha sido prevista ya por normas de carácter internacional como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que plantea prevenir la corrupción en el sector privado, así como recomienda la implementación de sanciones civiles, penales, proporcionales y disuasivas en casos de corrupción en el ámbito privado; así también se encuentra en la misma preocupación preventiva y punitiva el Consejo de Europa y la Decisión Marco, que abonan también al respecto al enunciar el incluir en el Derecho penal nacional los conceptos de corrupción. También se encuentra el Pacto Mundial de Naciones Unidas, cuya finalidad es impulsar la responsabilidad empresarial, que “plasma diez principios que se pretenden trasladar a las empresas privadas sobre derechos humanos, normas laborales, medio ambiente y lucha contra la corrupción”, siendo que “las empresas deben trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluyendo el soborno y la extorsión”. Además de aquellos instrumentos normativos internacionales, este fenómeno de legislación en corrupción privada ha tenido sus alcances en Colombia, España y Alemania,

La exposición de motivos de la ley también señala que el desarrollo de la vigilancia de actividades ilícitas en el ámbito privado ha sido tratado insuficientemente por normas de carácter administrativo, como el Decreto Legislativo 1034, que aprueba la Ley de represión de

conductas anticompetitivas, y el Decreto Legislativo 1044, que aprueba la Ley de represión de la competencia desleal, siendo que dichas sanciones son administrativas.

La exposición de motivos de la norma en comento concluye: “La presente norma fortalece la política penal anticorrupción que orienta la normativa del Código Penal; específicamente, en lo referido a la tutela penal del correcto funcionamiento del sistema económico peruano. Con su incorporación se cubren los vacíos legales que generaban impunidad a los sabotajes empresariales que afectan gravemente el libre mercado.”.

2. De la norma.-

Lo más resaltante del presente dispositivo penal es el ingreso en el ámbito de la corrupción privada, entre privados, en la actividad privada, por ello el artículo 1° tiene como objeto “sancionar penalmente los actos de corrupción cometidos entre privados que afectan el normal desarrollo de las relaciones comerciales y la competencia leal entre empresas”.

3. La determinación del sujeto activo.-

Los sujetos activos de la presente norma punitiva pueden ser: 1) El socio; 2) El accionista; 3) El Gerente; 4) Director; 5) Administrador; 6) Representante legal; 7) Apoderado; 8) Empleado, 9) Asesor; cuya condición previa para constituirse como sujetos activos o pasivos del ilícito penal es que trabajen en una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, entes no inscritos o sociedades irregulares.

4. La conducta delictiva.-

Las conductas que se han tipificado como delictivas son: 1) aceptar; 2) recibir; 3) solicitar, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza para sí o para un tercero.

5. La contraprestación deseada.-

La conducta delictiva consiste en realizar u omitir un acto que permita favores a otro en la adquisición o comercialización de bienes o mercancías, en la contratación de servicios comerciales o en las relaciones comerciales, según prescribe la norma.

6. De la sanción penal.-

La sanción es no menor de cuatro años e inhabilitación y con trescientos setenta y cinco días-multa. La inhabilitación para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria. (Art. 36, inc. 4 CP).

Está aún en debate si la presente ley sólo marca una dirección a criminalizar un área donde no intervenía o si lo que se persigue es no dejar en impunidad hecho que causan un agravio al desarrollo de la actividad privada, el mercado y la sociedad.

TÍTULO V:

**PÉRDIDA DE PROPIEDAD DE BIENES
ILÍCITAMENTE OBTENIDOS O EXTINCIÓN DE
DOMINIO – D.LEG. N° 1373**

• PÉRDIDA DE PROPIEDAD DE BIENES ILÍCITAMENTE OBTENIDOS O EXTINCIÓN DE DOMINIO – D.LEG. N° 1373

La forma cómo personas que no registran grandes cualidades económicas, o no provienen de familias pudientes, y sin embargo aparecen como personas millonarias de la mañana a la noche, sin poderse justificar dicha fortuna en su actividad laboral o empresarial ha llevado a sospechar lo que en el rumor o tradición urbana se sabe pero no se puede probar, que la riqueza económica de dichas personas proviene de alguna actividad ilícita, ya sea esta lavado de activos, delitos contra la administración pública como enriquecimiento ilícito, peculado, malversación, cohecho, o cualquier otro tipo delictivo que genere enriquecimiento del sujeto. Los capitales así obtenidos son escondidos o lavados y la riqueza en bienes muebles e inmuebles de los sujetos delictivos se quedan en posesión de los mismos de muchas formas, a través de sus testaferros, compraventa de muebles e inmuebles, inserción en la banca, disposición de capitales en empresas, etc. Lo fenomenológico de aquello es que ni siquiera descubrir a los delincuentes de esta naturaleza

así como su castigo penal logran que los capitales ilícitos reviertan al Estado o a los agraviados, sino que se quedan en poder de los delincuentes a través de mecanismos sorprendentes e innovativos, siendo que los delincuentes prefieren incluso purgar carcelería por unos años y luego salir a disfrutar de los capitales ilícitos obtenidos. Esto ha llevado a desarrollar normatividad para evitar y sancionar aquello, ya no en el sujeto delictivo, sino en sus bienes obtenidos ilícitamente, a fin de recuperarlos para el Estado y desincentivar este tipo de ilícitos. Así nació la tipificación del Delito de Extinción de Dominio o pérdida de la propiedad de bienes ilícitos, a través del Decreto Legislativo Nro. 1373. A continuación, algunos presupuestos de la norma.

I. Presupuestos.-

1. Decomiso de los productos de la delincuencia organizada.-

Teresa Aguado Correa Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Sevilla, en un artículo denominado: “Decomiso de los productos de la delincuencia organizada – Garantizar que el delito no resulte provechoso”, publicada en la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ISSN 1695-0194, escribe: “que el delito no resulte provechoso económicamente”, “El decomiso y la recuperación de bienes de origen delictivo constituyen herramientas muy eficaces de lucha contra la delincuencia organizada, que se mueve esencialmente por el afán de lucro²⁴. El decomiso impide, en efecto, que estos fondos puedan utilizarse para financiar otras actividades

ilícitas, minar la confianza en los sistemas financieros y corromper la sociedad legítima. Al incidir en el principio de que «el delito no resulte provechoso», ejerce un efecto disuasorio²⁵ que puede contribuir a reducir la influencia de modelos negativos en las comunidades locales. En algunos casos, las medidas de decomiso permiten apuntar específicamente a los responsables de las organizaciones delictivas, que solo en contadas ocasiones son investigados y procesados.”. El decomiso sería una forma de desincentivar la actividad ilícita, pero su efecto directo es recuperar lo apropiado mediante actos delictivos.

Así también, “En la Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo, “Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que “el delito no resulte provechoso””, la Comisión concluyó: “Luchar eficazmente contra el delito significa golpear a los delincuentes donde más les duele. El decomiso y la recuperación de los productos del delito afectan a sus recursos y constituyen un capítulo esencial de la estrategia de la Unión Europea en materia de lucha contra el delito financiero. Se debería seguir trabajando para poner de relieve la importancia del decomiso como uno de los medios más eficaces para luchar contra la delincuencia organizada”.”.

La idea central está expuesta en la siguiente frase: “que el delito no resulte provechoso económicamente”, lo que significa que la norma pretende atacar aquello que propulsa en sí al delincuente: la riqueza y su aprovechamiento. Si la riqueza no puede ser aprovechada entonces se desestimulará la acción delictiva. Este sistema debe ir más allá de sancionar al delincuente económico, para recuperar dichos

capitales. El decomiso de dichos bienes funciona muy bien como mecanismo para anular la capacidad económica del delincuente y para enfrentarlo con una nueva realidad, la de que el capital mal habido revertirá tarde o temprano al Estado y a sus víctimas.

2. Decomiso sin condena o decomiso civil.-

Esta figura tiene una especial consideración como método contra la delincuencia y la corrupción, porque para el decomiso no se necesita que exista una condena previa del delincuente, y recién allí poder decomisar sus bienes o productos de su actividad ilícita, sino que puede haber un decomiso sin necesidad de condena, a lo que se ha denominado decomiso civil, así “El comiso de activos sin condena penal es una herramienta considerada fundamental para la recuperación de los productos y los instrumentos de la delincuencia (...)”, “(...) el comiso de activos sin condena penal se erige en herramienta de primer orden para recuperar los productos e instrumentos de la corrupción. Se trata de un mecanismo legal que prevé el control, la captura y comiso de los activos robados sin la necesidad de una condena penal. Puede llegar a ser esencial para la recuperación de activos en los casos en los que el sujeto está muerto, se ha fugado de la jurisdicción, es inmune a la investigación o el enjuiciamiento, o es demasiado poderoso para enjuiciarlo”. Las condiciones específicas de esta norma prevén ciertas circunstancias específicas, como la recuperación de los caudales, activos, bienes, en casos que el delincuente o agente delictivo haya muerto, esto significa que los herederos no podrán hacerse de aquellos dineros, activos o bienes ilícitos; así también la norma prevé el comiso en los casos en que el sujeto

delictivo se haya fugado, como en efecto ha sucedido en varias ocasiones, donde los acusados por diversos delitos fugan a otros países de donde por ejemplo, no procede el procedimiento de extradición por no existir convenio específico al respecto. La norma también prevé los casos de comiso de los bienes ilícitos a las personas que estén protegidos por la inmunidad política a ser investigados o enjuiciados, es el caso de los congresistas y autoridades del mismo nivel, que no pueden ser investigados, siendo que la norma habilita la posibilidad de recuperar a través del comiso los bienes obtenidos ilícitamente.

El precepto dispositivo genera un sistema de lucha contra la corrupción muy poderoso que elimina los bloques o resistencias legales, políticas, reales, que pudieran impedir la recuperación de los bienes o activos obtenidos ilícitamente.

4. La exposición de motivos de la ley de extinción de dominio.-

En la exposición de motivos de la Ley de extinción de dominio se considera los siguientes ítem temáticos: I. Impacto de la economía ilícita; II. Necesidad de mejoramiento de la normativa peruana; III.- Alcance patrimonial de la extinción de dominio; IV.- Autonomía procesal; V. Reserva de la investigación; VI. Sistema y abordaje especializados; VII. Aplicación temporal; VIII. Tratamiento de bienes incautados; IX. Análisis costo-beneficio; X. Análisis del impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional.

5. Impacto de la economía ilícita.-

En este ítem de la exposición de motivos de la norma se explica que la actividad delincinencial acumula grandes cantidades de dinero ilícito y lo introduce en la economía nacional, a través de diversos “mecanismos o estructuraciones ingeniosas”, como el uso de testaferros, la compra venta de muebles e inmuebles, tangibles e intangibles fraudulentamente, las planificaciones societarias, fiscales y economías a través de constitución de empresas o utilización de las ya existentes, la inyección de dinero ilícito en empresas, la inyección de dinero en elecciones políticas, etc. Todo ello reduciría la capacidad del Estado para proveer servicios, proteger a los ciudadanos y “mantener la confianza de los ciudadanos e inversionistas en el gobierno”. Este tipo de problemas favorece la expansión de diversos delitos como el de lavado de activos, dando auge a una economía ilegal como la minería ilegal o el tráfico de drogas. Además, genera un sistema muy desbalanceado de la rentabilidad de los ciudadanos y una competencia desleal para crear, constituir y mantener la actividad comercial, empresarial y pública.

La exposición de motivos de la norma también señala categóricamente que “(...) si el Estado logra capturar solo el 10% del dinero o bienes posiblemente vinculados con actividades ilícitas, esto podría financiar la construcción de aproximadamente 235 hospitales medianos, 425 centros educativos medianos o 423 kilómetros de carreteras (incluyendo el empleo que esto generará) para el país”. Esto representa una gran observación porque la delincuencia y la existencia y permisividad de una economía de procedencia ilícita genera un déficit en el Estado para realizar diversas

actividad de función pública, de servicio público, como construcción de hospitales, carreteras, centros educativos, etc., esto es que la economía ilícita afecta directamente al derecho al libre tránsito, a la educación, a la salud, etc., que son servicios que son postergados por la falta de liquidez que produce la actividad ilícita y su consumación en activos y bienes de dicha procedencia.

6. Necesidad de mejoramiento de la normativa peruana. –

Según la exposición de motivos de la norma, para combatir los activos ilícitos se reguló primero el proceso de pérdida de dominio, mediante el Decreto Legislativo Nro. 992, del 22 de julio del 2007, modificado el 18 de abril del 2008, por la Ley 29212, a fin de “extinguir los derechos y/o títulos de bienes de procedencia ilícita, a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna”. Sin embargo, en el año 2010 solo había 13 investigaciones a cargo de la Fiscalía, y 02 procesos a nivel judicial, lográndose solo efectivizar 06 bienes muebles y 13 inmuebles a nivel nacional. Posteriormente se emitió el Decreto Legislativo Nro. 1104, vigente desde el 20 de abril del 2012, modificando la norma sobre pérdida de dominio a fin de “privar a los agentes del delito de los beneficios obtenidos a raíz de su actividad delincuencia, atacando el móvil lucrativo”. Sin embargo, dicha norma indicaba que el inicio del proceso estaba supeditado a sentencia concluyente, es decir, dejaba dicho proceso como subsidiario. Esto era claramente una tranquera, un bloqueo a la capacidad de recuperación de bienes obtenidos ilícitamente, y un golpe a la lucha contra la corrupción. Es claro remarcar

que la norma no sólo trata de la sanción o castigo de la delincuencia, sino de los efectos reales que produce dicha actividad delictiva, que se extiende –la actividad delictiva- a través de los bienes ilícitos. Es decir, una vez cometido el delito, aquel supone la cadena de nuevos delitos, como por ejemplo el lavado de activos, la inserción de dinero en capitales empresariales, así como empodera al delincuente para realizar nuevos actos delictivos, porque tiene capacidad de compra de instrumentos para su actividad delincuencia, contratación de personal, capacidad o poder económico para influenciar o corromper a otros estamentos ya sean públicos o privados.

Un bien proveniente de actividad ilícita produce desequilibrio entre la capacidad adquisitiva del agente delictivo y la del ciudadano, distorsiona los parámetros de progreso individual y social, pervierte el sistema de valores ciudadanos, políticos y profesionales y empresariales de toda la sociedad, porque genera un status paralelo al permitido por ley, a tal grado que aquello puede convertirse en parte del folclore local, regional y nacional. Aquello indicado ha sucedido en nuestro país a un grado tan alarmante que actualmente muchas empresas se ven comprometidas con dichos ilícitos; y es que una de las “tradiciones” delictivas generadas, por ejemplo, ha sido la de que las empresas debían dar el 10%, el diezmo, para obtener concesiones, obras públicas, etc. Otro ejemplo es la consabida abundancia de postulantes a cargos públicos políticos, como el Congreso, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, etc., que han generado un sistema de nuevos ricos –no siempre- sin poderse compatibilizar aquello puesto que el sueldo en dichos cargos no puede

justificar aquella nueva riqueza. Los casos de Odebrech, los videos lavajuez, o cnmaudios, etc., han evidenciado que la actividad delictiva se ha sistematizado a tal punto que los agentes intervinientes no necesitan acordar expresamente su participación delictiva para agenciarse de dinero ilícito, sino que cada agente se integra tácitamente en la actividad delincuenciales como si fuera un acto natural o propio de las posibilidades que da el cargo público o político.

7. Alcance patrimonial de la extinción de dominio. –

LA INJUSTICIA EXTREMA.- En la exposición de motivos de la norma también se señala: “El aprovechamiento de bienes proveniente de actividades ilícitas o destinadas a ellas, por parte de quienes han cometido esos ilícitos, incluso mientras purgan condena, configuraría una injusticia extrema. Más aún si se trata de bienes provenientes o destinados a los delitos más graves como lo son el sicariato, el secuestro, la trata de personas, la esclavitud, la servidumbre, la explotación sexual, la receptación, la extorsión, la usurpación, la falsificación, el tráfico ilícito de drogas, la organización criminal, el terrorismo, la concusión, el peculado, el cohecho, el enriquecimiento ilícito, la defraudación tributaria, los delitos aduaneros, el lavado de activos y la minería ilegal”. De lo que se observa cómo la actividad ilícita tiene como instrumento real muy potente en el bien ilícito, desde el cual se pueden generar multidiversidad de actividades delictivas, creando un círculo delictivo peligroso y muy difícil de romper, anular y castigar.

En aquel marco es necesario replantear una nueva concepción de los alcances y derechos constitucionales

de la propiedad privada, puesto que la propiedad obtenida ilícitamente no puede ser protegida ni siquiera por el artículo 70 de la Constitución, que establece que “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley”. La norma misma indica que la propiedad privada debe ejercerse en armonía con el bien común, esto es, sin afectar los bienes y derechos de la sociedad; asimismo la propiedad privada solo puede ejercerse dentro de los límites de la ley, lo que significa que no puede ser producto de actos delictivos punibles en las normas penales, es por eso que, “El ordenamiento jurídico peruano ha previsto acciones contra el encubrimiento de los frutos obtenidos por las organizaciones criminales bajo la mirada clásica de represión por parte del Estado, Sin embargo, la pena como medida de política criminal ha resultado insuficiente, puesto que el beneficio económico que se obtiene en actividades vinculadas con la criminalidad organizada es tal que los costos colaterales aparecen como un beneficio que no golpea directamente en el patrimonio obtenido ilícitamente, el cual, incluso, es transferido dificultando la persecutoriedad del mismo”, se explica en la exposición de motivos de la norma. De esta forma se justifica el comiso de los bienes provenientes de actividad ilícita, aunque no exista una pena, y se lo desliga del obstáculo porque los efectos negativos, ilícitos que puede producir no pueden permitirse, siendo el bien común un derecho superior.

8. Autonomía procesal.-

La autonomía procesal significa que el proceso de extinción de dominio no depende o está sujeto a otro

proceso judicial previo, anterior o paralelo; “procede únicamente respecto a bienes”, “dirigida exclusivamente contra bienes y fortunas adquiridas ilícitamente, no constituye una pena ni principal ni accesoria, sino que es una “consecuencia patrimonial de actividades ilícitas”. Dotar a la norma con este instituto: autonomía procesal, es el mayor acierto de la legislación, puesto que independientemente de la actividad penal, la extinción de dominio no busca el castigo en si del delincuente sino específicamente recuperar los bienes provenientes de la actividad ilícita. Así, su configuración es contra los bienes y no contra las personas. Su autonomía procesal permite que aquello se produzca o se pueda realizar sin bloqueos de orden normativo penal previo.

9. Reserva de la investigación. -

En la exposición de motivos de la norma se señala también que dicho precepto debe ser reservada en la etapa de la indagación, a fin de no prevenir al agente delictivo para proteger sus bienes y eludir la justicia, por eso, “Los datos obtenidos durante la indagación son mantenidos en reserva”, a fin de no poner en riesgo la propia investigación y sus resultados.

10. Sistemas y abordaje especializado.-

Por la cual se crea específicamente órganos especializados, defensa pública, fiscalía, juzgados especializados Salas especializadas en extinción de dominio. Esto tiene una correlación con la efectividad de la norma, puesto que si se lo independiza de todo otro tipo procesal, se permite un efectivo resultado, siendo necesario sólo dotarlo con las personas idóneas,

competentes para llevar a cabo procesos de esta naturaleza que implican siempre un riesgo, porque se trata de recuperar bienes en poder de los supuestos delincuentes.

11. Sin indemnización ni contraprestación a favor del requerido.-

Otro acierto de la norma sobre extinción de dominio es el hecho que el proceso se lleva a cabo como decomiso sin que pese por aquel procedimiento de recuperación de bienes o capitales ilícitos, ninguna indemnización o contraprestación para sus poseionarios o titulares. Esto parece lógico, pero intuyendo la habilidad que tiene la delincuencia para manejar los criterios legales (uso de testaferros, etc.) era necesario marcar una línea de acción, resultados facultades y responsabilidades en este tipo de proceso.

II. LA EXTINCIÓN DE DOMINIO EN LA NORMATIVIDAD.-

1. Concepto de Extinción de dominio.-

De acuerdo con el Artículo 3.10 del Decreto Legislativo Nro. 1373 se establece: “3.10. Extinción de dominio: consecuencia jurídico-patrimonial que traslada a la esfera del Estado la titularidad de los bienes que constituyen objeto, instrumento o efectos o ganancias de actividades ilícitas, mediante sentencia emitida respetando el debido proceso, sin indemnización ni contraprestación alguna a favor del requerido o terceros.”.

La norma de extinción de dominio se aplica sobre los bienes patrimoniales que deriven de las actividad

ilícitas, es decir, que sean el producto o se hayan obtenido con el producto de las actividades delictivas, delitos, como por ejemplo: 1) delitos contra la administración públicas (cohecho, peculado, malversación, enriquecimiento ilícito, corrupción de funcionarios, etc.); 2) Delitos contra el medio ambiente; 3) Delitos de tráfico de drogas; 4) Terrorismo; 5) Secuestro; 6) Extorsión; 7) Trata de persona, 8) Lavado de activos; 9) Contrabando; 10) Defraudación aduanera; 11) Defraudación tributaria; 12) Minería ilegal; 13) Crimen organizado; 14) otras relacionadas a generar dinero, etc.

2. Principios generales.-

Los principios que rigen la norma sobre extinción de dominio se consideran: 1) Nulidad, que prescribe que todos los actos sobre bienes de origen ilícito son nulos; 2) Especialidad, por la cual se crea la especialidad de extinción de dominio y los vacíos se resuelven por su propia naturaleza; 3) Autonomía, por la cual el proceso de extinción de dominio no depende de un proceso previo o paralelo, sino es independiente y autónomo, no necesita sentencia previa; 4) Dominio de bienes, por la cual se considera que los bienes productos de actos ilícitos no tienen justo título, y por lo tanto no gozan de protección sobre derechos reales, propiedad, posesión, etc.; 5) Aplicación en el tiempo, principio por el cual la norma se aplica a todos los hechos conocidos, sin importar si hubieren ocurridos anteriormente a su promulgación; 6) Tutela jurisdiccional y debido proceso, por la cual se respeta el debido proceso, el derecho a la defensa, prueba, doble instancia, tutela jurisdiccional, contenidos en el artículo 139, inciso 3 de

la Constitución; 7) Publicidad, por la cual las indagaciones son reservadas y la publicidad del proceso sólo se da a partir de la notificación del auto que admite la demanda o desde la materialización de las medidas cautelares; 8) Cosa Juzgada, que es aplicable a la extinción de dominio si se cumple con la identidad de sujeto, objeto y fundamento; 9) Carga de la prueba, por la cual es el fiscal quien ofrece las pruebas o indicios concurrentes y razonables del origen o destino ilícito del bien; pero admitida la demanda el requerido debe demostrar el origen o destino lícito de sus bienes.

La norma identifica y define las siguientes instituciones: actividad ilícita, requerido, bienes susceptibles de extinción de dominio, bienes abandonados, bienes patrimoniales, bienes cautelados, bienes que constituyen objeto de actividades ilícitas, bienes que constituyen instrumentos de actividades ilícitas, efectos o ganancias de actividades ilícitas, extinción de dominio, incremento patrimonial no justificado, tercero.

3. Finalidad.-

La finalidad de la norma sobre extinción de dominio es lograr y garantizar la licitud de los derechos reales que recaen sobre los bienes patrimoniales, y asimismo evitar el ingreso de economía ilícita en el sistema económico-financiero de la sociedad.

4. Presupuestos de procedencia.-

De acuerdo con el Artículo 7 de la norma se establece:
Artículo 7. Presupuestos de procedencia del proceso de extinción de dominio: 7.1. Son presupuestos de procedencia del proceso de extinción de dominio, los

siguientes: a) Cuando se trate de bienes que constituyan objeto, instrumento, efectos o ganancias de la comisión de actividades ilícitas, salvo que por ley deban ser destruidos o no sean susceptibles de valoración patrimonial; b) Cuando se trate de bienes que constituyan un incremento patrimonial no justificado de persona natural o jurídica, por no existir elementos que razonablemente permitan considerar que provienen de actividades lícitas; c) Cuando se trate de bienes de procedencia lícita que han sido utilizados o destinados para ocultar, encubrir, incorporar bienes de ilícita procedencia o que se confundan, mezclen o resulten indiferenciables con bienes de origen ilícito; d) Cuando se trate de bienes declarados en abandono o no reclamados y se tenga información suficiente respecto a que los mismos guardan relación directa o indirecta con una actividad ilícita; e) Cuando los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen directo o indirecto en actividades ilícitas o constituyan objeto, instrumento, efectos o ganancias de las mismas; f) Cuando se trate de bienes y recursos que han sido afectados dentro de un proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destino ilícito no hayan sido objeto de investigación; o habiéndolo sido no se hubiere tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa; g) Cuando se trate de bienes objeto de sucesión por causa de muerte y los mismos se encuentren dentro de cualquiera de los presupuestos anteriores.

5. Etapas de la norma.-

Las etapas en el proceso de extinción de dominio en este proceso consta de las siguientes: 1) Etapa de Indagación patrimonial; 2) Etapa judicial.

6. Medidas cautelares.-

De acuerdo con el artículo 15 de la norma sobre extinción de dominio se establece que el fiscal especializado, de oficio o a pedido del Procurador Público, puede solicitar al juez las medidas cautelares necesarias.

Asimismo, las medidas cautelares se solicitan, conceden y ejecutan antes de poner en conocimiento del requerido la existencia de la indagación patrimonial.

7. Valoración de la prueba.-

En este proceso la prueba se valora de acuerdo con las reglas de la crítica razonada; puede haber prueba excluida, cuando se obtiene ilícitamente; puede también haber prueba trasladada, es decir que las pruebas de procesos penales, civiles, administrativos u otros, se trasladan al proceso de extinción de dominio, cumpliendo con ciertos requisitos.

8. La sentencia.-

La sentencia puede declarar la demanda de extinción de dominio en fundada o infundada: Si la declara fundada declara la extinción de todos los derechos reales, principales o accesorios, la nulidad de todo acto recaído sobre dichos bienes, el decomiso de los bienes previamente incautados, ordena pasen los bienes a la administración del PRONABI, Programa Nacional de Bienes Incautados.

9. Contra la sentencia procede el recurso de apelación, con efecto suspensivo.

10. Por la sentencia firme de declaración de fundada la demanda de extinción de dominio los bienes objeto de la misma pasan a titularidad del Estado, debiéndose inscribir en los Registros Públicos bajo la representación del PRONABI.

11. Sentencia anticipada.-

Mediante el artículo 36 de la norma de extinción de dominio se prescribe que el “requerido” puede: 1) Allanarse, aceptando la pretensión de extinción de dominio; o, 2) Reconocer la demanda legalizando su firma ante el auxiliar jurisdiccional, aceptando la pretensión, admitiendo la veracidad de la demanda y los fundamentos jurídicos.

12. Las impugnaciones.-

En el proceso pueden presentarse dos tipos de recursos: a) Recurso de reposición, contra decretos del juez; y b) Recurso de apelación, contra la resolución que admite o rechaza una medida cautelar, la que declara improcedente la demanda de extinción de dominio, la que decide una excepción, la que decide un pedido de nulidad, la sentencia que declara fundada o desestime la demanda de extinción de dominio.

13. La Extraterritorialidad.-

Los bienes que se encuentren en el extranjero también pueden ser susceptibles de proceso de extinción de dominio, cuando hayan sido adquiridos por nacionales

con el producto de las actividades ilícitas; así también el proceso de extinción de dominio también procede contra bienes en territorio nacional si son producto de actividades ilícitas o condenas proferidas en el extranjero.

TÍTULO VI:
TIPOS DE DELITOS EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO PENAL

• TIPOS DE DELITOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL

Los delitos, aquellas conductas típicas, antijurídicas, culpables, imputables y punibles, han sido organizadas en los ordenamientos jurídicos penales (códigos penales) de acuerdo al bien jurídico vulnerado, así tenemos una variedad de delitos tipificados. De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico penal, Código Penal, tenemos los siguientes tipos delictivos:

1.- Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud

Los delitos contra la vida, aquellos que quitan la vida, a través de sus distintas variedades o tipos, como el homicidio simple, calificado (asesinato), parricidio, infanticidio, feminicidio, homicidio por emoción violenta, homicidio culposo, homicidio piadoso, son irreparables, pues una muerte es un delito que es perseguido póstumamente, puesto que ¿siendo ya muerto el agraviado, para qué le sirve al occiso que dicha conducta sea calificada como delito o no? Esto muestra que el delito contra la vida (Homicidio) ya no es una tipificación o sanción para sancionar el hecho, sino para proteger el presente y futuro de los que quedan supervivientes. No tendría razón de ser castigar

a alguien si sólo fuera por su acto homicida, sino fuera para darle la posibilidad de supervivencia a los demás, pero sin olvidar a quien haya sido muerto.

Los delitos contra la vida son aquellas conductas que - venciendo las estructuras básicas de la vida- cortan, anulan la vida. Hay una trasgresión primera a la naturaleza, a lo físico, puesto que siendo el cuerpo un sistema físico temporal necesita para que ocurra el homicidio que la muerte no sea natural -en su tiempo y momento natural-, sino que una fuerza externa e irresistible, la corte o anule. Así, por ejemplo, un cuchillazo al corazón no es un asesinato en sí, sino que son “los motivos de la conducta del homicida” lo que hacen al homicidio su tipología, asesinato, feminicidio, etc. La sociedad -un grupo pequeño de ellos llamados congresistas- han tipificado las diversas conductas atentatorias e ilícitas contra la vida.

Los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, se clasifican en: 1) **Homicidio**: homicidio simple, parricidio, homicidio calificado (asesinato), homicidio por emoción violenta, infanticidio, homicidio culposo, homicidio piadoso; 2) **Aborto**: Autoaborto, aborto consentido, aborto sin consentimiento, aborto preterintencional, aborto terapéutico, aborto sentimental y eugenésico; 3) **Lesiones**: Lesiones graves, leves, preterintencionales con resultado fortuito, culposas; 4) **Exposición a peligro o abandono de personas en peligro**: Exposición o abandono peligroso, omisión de socorro y exposición a peligro, omisión de auxilio o aviso a la autoridad, exposición a peligro de persona dependiente. De esta forma el Homicidio es en

términos sintéticos: matar a una persona.

2.- Delitos contra el honor

Existe en el Código Penal un grupo de delitos que tienen por finalidad castigar aquellos atentados, violaciones al honor; y por honor se entiende dos rangos de ego (el ego personal y el ego público). El Delito de honor ofende u agravia la vanidad del individuo. Los tipos de agravio a la vanidad pueden ser: calumnia, difamación, injuria; pueden ser a la vanidad privada o a la vanidad pública. El honor es el respeto al ego y a la vanidad del individuo. Este tipo de delitos, de iniciativa privada, ha sido voceada para ser trasladada al ámbito del Derecho Privado, el Derecho Civil o Administrativo.

Los delitos contra el honor se clasifican en las siguientes modalidades: 1) Injuria (“persona que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho”. Art. 130 CP); 2) Calumnia (Atribuye falsamente a otro un delito, Art. 131 CP); 3) Difamación (atribuye a una persona un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar el honor o reputación, ante varias personas reunidas o separadas, pero que pueda difundirse la noticia, art. 132 CP); 4) Difamación o injuria encubierta o equívoca; 5) Injurias recíprocas.

3.- Delitos contra la familia

La familia es siempre una construcción social. En el incanato era utilizado como un método productivo, de subordinación y aumento del poder estatal (los indígenas incas, cuando se querían rebelar contra el poder del Inca optaban por el aborto, por no concebir o traer nueva prole. Aquello suponía una grave afectación

a la maquinaria de productividad de riqueza del Imperio Incaico, porque cada nuevo ser era una mano de obra). La familia es una forma microscópica del Estado.

El diccionario Omeba explica que en la familia existe “una actividad sexual seleccionada y estable”, reconocida oficialmente; pero la familia significa más una forma microscópica del Estado, una forma de organización social; por eso su protección es no sólo a la perpetuidad de la especie, sino al establecimiento del “orden”, que como dijera Goethe, es preferible tenerla, porque donde hay orden habrá un grado de justicia y de injusticia, pero donde no hay orden no habrá posibilidad siquiera de justicia.

La familia es, a la vez, una muestra o prueba de la inmortalidad del ser humano, la posibilidad de la inmortalidad, a través de la transmisión de parte del ser para la conformación de otros seres que tienen en su esencia al primer ser; a esto se le llama “inmortalidad”, posibilidad de trascender más allá de la muerte; la familia se vuelve una noción metafísica; de aquí la importancia de su protección.

Los delitos contra la familia: I.- Matrimonios ilegales: 1) Bigamia, 2) Matrimonio con persona casada, 3) Autorización ilegal de matrimonio, 4) Inobservancia de formalidades legales; II.- Delitos contra el Estado Civil: 1) Alteración o supresión del estado civil, 2) Fingimiento de embarazo o parto, 3) Alteración o supresión de la filiación de menor; III.- Atentado contra la patria potestad: 1) Sustracción de menor, 2) Inducción a la fuga de menor; IV.- Omisión de Asistencia

Familiar: 1) Omisión de prestación de alimentos, 2) Abandono de mujer gestante y en situación crítica.

4.- Delitos contra la libertad

Los delitos contra la Libertad son los más estudiados, puesto que parecen expresar el culmen de la vida humana, definen a la persona y a la sociedad. Kant diría en el capítulo “¿Qué es la Ilustración?”, de su libro “Filosofía de la Historia”, que la libertad se podía encontrar con la «mayoría de edad», es decir, con la capacidad para autosostenerse, para ser autónomo, autosuficiente. Autores perspicaces como John Stuart Mill, con su libro: “Sobre la Libertad”, o en nuestro medio, el clásico libro de un filósofo del Derecho, Fernández Sessarego, con su libro, “El Derecho como Libertad”, quien parte de su tesis sobre la Teoría Tridimensional del Derecho, explican claramente la importancia de la libertad, aquella “capacidad para elegir”: “conciencia y experiencia de elección deóntica, voluntaria y metafísica”. La voluntad impone que la conducta se inicie en la conciencia del agente; de esta forma, si no hay voluntad no puede haber libertad.

Así, la Libertad es aquella “conducta, conciencia y experiencia de elección deóntica, voluntaria y metafísica”; pero ella no se encuentra o experimenta en solitario, no puede desprenderse de otros factores o variables; así, cuando se priva de la libertad, sea esta de libertad de locomoción, tránsito, o de cualquier otro tipo de elección y selección, se afecta siempre otros derechos, como la vida, la salud u otros. Por eso los delitos contra la libertad siempre afectarán a todo un sistema de derechos adheridos a aquel.

Los delitos contra la Libertad son: I.- Violación de la libertad personal: 1) Coacción, 2) Secuestro, 3) Retención o traslado de menor de edad o de persona incapaz; II.- Violación de la Intimidad: 1) violación de la intimidad, 2) Revelación de la intimidad personal y familiar; 3) Uso indebido de archivos computarizados; III.- Violación de domicilio: 1) Violación de domicilio, 2) Allanamiento ilegal de domicilio; IV.-Violación del Secreto de las comunicaciones: 1)Violación de correspondencia, 2) Interferencia telefónica, 3) Supresión o extravío indebido de correspondencia; 4) Publicación indebida de correspondencia. V.- Violación del Secreto Profesional; VI.- Violación de la Libertad de Reunión: 1) Perturbación de reunión pública; 2) Prohibición de reunión pública lícita por funcionario público; VII.- Violación de la Libertad de Trabajo: 1) Atentado contra la libertad de trabajo y asociación, VIII.- Violación de la Libertad de Expresión: 1) Violación de la libertad de expresión; IX.- Violación de la Libertad Sexual: 1) Violación sexual, 2) Violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, 3) Violación de persona en incapacidad de resistencia, 4) Violación sexual de menor de catorce años de edad, 5) Violación de menor de catorce años seguida de muerte o lesión grave, 6) Violación de persona bajo autoridad o vigilancia; 7) Seducción (Derogación tácita), 8) Actos contra el pudor, 9) Actos contra el pudor en menores. X.- Proxenetismo: Favorecimiento a la prostitución, Usuario-cliente, Rufianismo, Proxenetismo, Turismo sexual infantil, Trata de personas; Ofensas al pudor público: Publicación en los medios de comunicación, y otras.

5.- Delitos contra el patrimonio

Los delitos contra el patrimonio conducen a una repregunta sobre las penas a aquellas: ¿es o puede sustentarse -en un Estado moderno-, o equipararse un objeto, patrimonio, con la libertad? ¿Puede meterse a la cárcel a una persona por haber robado, hurtado, apropiado, receptado, etc., un objeto patrimonial? A nuestro parecer aquí existe un problema de proporcionalidad. No hay correspondencia entre objeto y sujeto; así, los delitos contra el patrimonio son en realidad contra la riqueza del agraviado, que se representa en sus bienes patrimoniales. Los patrimonios tienen su origen en la propiedad.

Los delitos contra el patrimonio son: 1) Hurto, 2) Robo; 3) Abigeato; 4) Apropiación Ilícita; 5) Receptación; 6) Estafa; 7) Fraude en la administración de personas jurídicas; 8) Extorsión; 9) Usurpación; 10) Daños; 11) Delitos informáticos.

6.- Delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios

Entre estos delitos encontramos a los atentados contra el sistema crediticio, Libramiento y cobro indebido, Usura. Este último llama nuestra atención, pues encontramos un libro sobre dicho tema, escrito por el listísimo filósofo inglés Jeremy Bentham, libro titulado: “En defensa de la usura”, que tiene un texto sorprendente por decir lo menos.

Los delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios tienen las siguientes modalidades: 1)

Atentados contra el sistema crediticio; 2) Usura; 3) Libramiento y cobro indebido.

7.- Delitos contra los derechos intelectuales

Las modalidades de los delitos contra los derechos intelectuales son: 1) Delitos contra los derechos de autor; 2) Delitos contra la propiedad industrial.

Los delitos contra los derechos de autor tiene las siguientes modalidades: 1) Copia o reproducción no autorizada; 2) Reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor; 3) Plagio; 4) Elusión de medida tecnológica efectiva; 5) Productos destinados a la elusión de medidas tecnológicas; 6) Servicios destinados a la elusión de medidas tecnológicas; 7) Delitos contra la información sobre gestión de derechos; 8) Etiquetas, carátulas o empaques no auténticas; 9) Manuales, licencias u otra documentación, o empaques no auténticos relacionados a programas de ordenador.

Los delitos contra la propiedad industrial tienen las siguientes modalidades: 1) Fabricación o uso no autorizado de patente; 2) Clonación o adulteración de terminales de telecomunicaciones; 3) Uso o venta no autorizada de diseño o modelo industrial.

8.- Delitos contra el patrimonio cultural

El caso más resaltante fue aquella que hicieron unos irresponsables integrantes de una ONG ambientalista, para mostrar sus mensajes, cerca de las Líneas de Nazca, aquellas que hicieron en las rocas de Cusco; así también aquellas otras hechas por unos chilenos en el *Paseo*

Cívico de Tacna, al pie de las estatuas de los héroes Miguel Grau y Bolognesi, al miccionar en sus pies.

Los delitos contra el patrimonio cultural tienen las siguientes modalidades: 1) Atentados contra monumentos arqueológicos; 2) Inducción a la comisión de atentados contra yacimientos arqueológicos; 3) Extracción ilegal de bienes culturales; 4) Omisión de deberes de funcionarios públicos; 5) Destrucción, alteración o extracción de bienes culturales.

9.- Delitos contra el orden económico

Los delitos contra el orden económico tienen las siguientes modalidades: 1) Abuso del poder económico; 2) Acaparamiento; 3) Especulación; 4) Adulteración; 5) Venta ilícita de mercaderías; 6) Informaciones falsas sobre calidad de productos; 7) Fraude en remates, licitaciones y concursos públicos; 8) Rehusamiento a prestar información económica, industrial o comercial; 9) Subvaluación de mercaderías adquiridas con tipo de cambio preferencial; 10) Funcionamiento ilegal de casinos de juego; 11) Desempeño de actividades no autorizadas; 12) Funcionamiento ilegal de juegos de casino y máquinas tragamonedas.

10.- Delitos contra el orden financiero y monetario

Los Delitos Financieros tienen las siguientes modalidades: 1) Concentración crediticia; 2) Ocultamiento, omisión o falsedad de información; 3) Falsedad de información presentada por un emisor en el mercado de valores; 4) Instituciones financieras ilegales; 5) Financiamiento por medio de información fraudulenta; 6) Financiamiento por medio de

información fraudulenta; 7) Condicionamiento de créditos; 8) Pánico Financiero; 9) Omisión de las provisiones específicas; 10) Desvío fraudulento de crédito promocional; 11) Uso indebido de información privilegiada; 12) Manipulación de precios en el mercado de valores.

Los delitos monetarios tienen las siguientes modalidades: 1) Fabricación y falsificación de moneda de curso legal; 2) Alteración de la moneda de curso legal; 3) Tráfico de moneda falsa; 4) Fabricación o introducción en el territorio de la República de instrumentos destinados a la falsificación de billetes o monedas; 5) Alteración de billetes o monedas; 6) Emisión ilegal de billetes; 7) Uso ilegal de divisas; 8) Retención indebida de divisas.

11.- Delitos tributarios

Dentro de los delitos tributarios tenemos las siguientes modalidades: 1) Los delitos de defraudación fiscal; 2) Delitos de defraudación tributaria; 3) Elaboración y comercio clandestino de productos: a) Elaboración clandestina de productos; b) Comercio clandestino.

12.- Delitos contra la seguridad pública

Los Delitos contra la seguridad pública tienen las siguientes modalidades: 1) Delitos de peligro común; 2) Delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos; 3) Delitos contra la salud pública; 4) Delitos contra el orden migratorio.

a) Delitos de peligro común: 1) Peligro por medio de incendio o explosión; 2) Conducción en estado de

ebriedad o drogadicción; 3) Manipulación en estado de ebriedad o drogadicción; 4) Estragos especiales; 5) Daños de obras para la defensa común; 5) Fabricación, suministro o tenencia de materiales peligrosos y residuos peligrosos; 6) Producción, desarrollo y comercialización ilegal de armas químicas; 7) Sustracción o arrebató de armas de fuego; 8) Tráfico de productos pirotécnicos; 9) Empleo, producción y transferencia de minas antipersonales; 10) Ensamblado, comercialización y utilización, en el servicio público, de transporte de omnibuses sobre chasis de camión; 11) Uso de armas en estado de ebriedad o drogadicción; 12) Fabricación, comercialización, uso o porte de armas.

b) Los delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos tiene las siguientes modalidades: 1) Atentado contra los medios de transporte colectivo o de comunicación; 2) Atentado contra la seguridad común; 3) Entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos; 4) Abandono de servicio de transporte; 5) Sustitución o impedimento de funciones en medio de transporte.

c) Los delitos contra la salud pública tiene las siguientes modalidades: 1) Delitos de contaminación y propagación; 2) Tráfico Ilícito de Drogas.

Los delitos de contaminación y propagación tienen las siguientes modalidades: 1) Contaminación o adulteración de bienes o insumos destinados al uso o consumo humano y alteración de la fecha de vencimiento; 2) Contaminación o adulteración de

alimentos o bebidas y alteración de la fecha de vencimiento; 3) Producción, comercialización o tráfico ilícito de alimentos y otros productos destinados al uso o consumo humano; 4) Uso de productos tóxicos o peligrosos; 5) Producción o comercialización de bebidas alcohólicas ilegales; 6) Propagación de enfermedad peligrosa o contagiosa; 7) Ejercicio ilegal de la medicina; 8) Ejercicio malicioso y desleal de la medicina; 9) Violación de medicinas sanitarias; 10) Venta de animales de consumo peligroso; 11) Suministro infiel de productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios; 12) Falsificación, contaminación o adulteración de productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios; 13) Comercialización de productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios sin garantía de buen estado.

Los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, tienen las siguientes modalidades: 1) Promoción o favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas y otros; 2) Comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva; 3) Tráfico Ilícito de Insumos Químicos y Productos Fiscalizados; 4) Penalización de la resiembra; 5) Microcomercialización o microproducción de drogas; 6) Posesión no punible; 7) Suministro indebido de droga; 8) Coacción al consumo de droga; 9) Inducción o instigación al consumo de droga;

d) Delitos contra el orden migratorio.-

Las modalidades de los delitos contra el orden migratorio son: 1) Tráfico ilícito de personas; 2) Tráfico ilícito de migrantes.

13.- Delitos ambientales

Los Delitos ambientales tienen las siguientes modalidades: 1) Delitos de contaminación; 2) Delitos contra los recursos naturales; 3) Los Delitos de responsabilidad funcional e información falsa.

Delitos de contaminación tienen las siguientes modalidades: 1) Contaminación del medio ambiente; 2) Incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos; 3) Tráfico ilegal de residuos peligrosos; 4) Delito de minería ilegal; 5) Delito de financiamiento de la minería ilegal; 6) Delito de obstaculización de la fiscalización administrativa; 7) Tráfico ilícito de insumos químicos y maquinarias destinados a minería ilegal.

Los Delitos contra los recursos naturales tienen las siguientes modalidades: 1) Tráfico ilegal de especies de flora y fauna silvestre; 2) Tráfico ilegal de especies acuáticas de la flora y fauna silvestre; 3) Extracción ilegal de especies acuáticas; 4) Depredación de flora y fauna silvestre; 5) Tráfico ilegal de recursos genéticos; 6) Delitos contra los bosques o formaciones boscosas; 7) Tráfico ilegal de productos forestales maderables; 8) Utilización indebida de tierras agrícolas; 9) Alteración del ambiente o paisaje.

Los Delitos de responsabilidad funcional e información falsa, tiene las siguientes modalidades: 1) Responsabilidad de funcionario público por otorgamiento ilegal de derechos; 2) Responsabilidad de los representantes legales de las personas jurídicas; 3)

Responsabilidad por información falsa contenida en informes.

14.- Delitos contra la tranquilidad pública

Los delitos contra la paz pública tienen las siguientes modalidades: 1) Disturbios; 2) Delito de grave perturbación de la tranquilidad pública; 3) Apología; 4) Apología del delito de terrorismo; 5) Organización Criminal; 6) Marcaje o reglaje; 7) Banda Criminal; 8) Ofensas a la memoria de los muertos; 9) Delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos.

15.- Delitos contra la humanidad

Los delitos contra la humanidad tienen las siguientes modalidades: 1) Delitos de Genocidio; 2) Delito de desaparición forzada: a) Desaparición forzada de personas; Delito de tortura: a) Tortura; b) Cooperación de profesional; 3) Delito de Discriminación: a) Delito de discriminación e incitación a la discriminación; 4) Delito de Manipulación Genética.

16.- Delitos contra el Estado y la defensa nacional

Atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria: 1) Atentado contra la integridad nacional; 2) Participación en grupo armado dirigido por extranjero; 3) Destrucción o alteración de hitos fronterizos; 4) Inteligencia desleal con Estado extranjero; 5) Revelación de secretos nacionales; 6) Espionaje; 7) Favorecimiento bélico a Estado extranjero-Favorecimiento agravado; 8) Provocación pública a la desobediencia militar.

Delitos que comprometen las relaciones exteriores del Estado: 1) Violación de inmunidad de Jefe de Estado o de Agente Diplomático; 2) Atentado contra persona que goza de protección internacional; 3) Violación de la soberanía extranjera; 4) Conjuración contra un Estado extranjero; 5) Actos hostiles contra Estado extranjero; 6) Violación de Tratados o Convenciones de Paz; 7) Espionaje militar en perjuicio de Estado extranjero; 8) Ejecución de actos de autoridad extranjera en el territorio nacional; 9) Actos de hostilidad ordenados por beligerantes.

Delitos contra los símbolos y valores de la patria: 1) Ultraje a símbolos, próceres o héroes de la Patria; 2) Actos de menosprecio contra los símbolos, próceres o héroes patrios.

17.- Delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional

Rebelión, sedición y motín: 1) Delito de Rebelión; 2) Delito de Sedición, 3) Delito de motín; 4) Conspiración para una rebelión, sedición o motín; 5) Seducción, usurpación y retención ilegal de mando; 6) Exención de la pena y responsabilidad de promotores; 7) Omisión de resistencia a rebelión, sedición o motín.

18.- Delitos contra la voluntad popular

Delitos contra el derecho de sufragio: 1) Perturbación o impedimento de proceso electoral; 2) Impedimento del ejercicio de derecho de sufragio; 3) Inducción a no votar o hacerlo en sentido determinado; 4) Suplantación de

votante; 5) Publicidad ilegal del sentido del voto; 6) Atentados contra el derecho de sufragio.

19.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SECCION I: USURPACION DE AUTORIDAD, TITULOS Y HONORES: 1) Usurpación de función pública; 2) Ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce; 3) Ejercicio ilegal de profesión; 4) Participación en ejercicio ilegal de la profesión.

SECCION II: VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: 1) Violencia contra la autoridad para obligarle a algo; 2) Violencia contra la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones; 3) Resistencia o desobediencia a la autoridad; 4) Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión; 5) Ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros de detención o reclusión; 6) Sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios; 7) Posesión indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios; 8) Ingreso indebido de armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios; 9) Violencia contra autoridades elegidas; 10) Atentado contra la conservación e identidad de objeto; 11) Negativa a colaborar con la administración de justicia; 12)

Atentado contra documentos que sirven de prueba en el proceso; 13) Sustracción de objetos requisados por autoridad.

SECCION III DESACATO: 1) Perturbación del orden en el lugar donde la autoridad ejerce su función.

CAPITULO II: DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PUBLICOS

SECCION I: ABUSO DE AUTORIDAD: 1) Abuso de autoridad; 2) Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios; 3) Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles; 4) Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales; 5) Denegación o deficiente apoyo policial; 6) Requerimiento indebido de la fuerza pública; 7) Abandono de cargo; 8) Nombramiento o aceptación ilegal.

SECCION II: CONCUSION: 1) Concusión; 2) Cobro indebido; 3) Colusión simple y agravada; 4) Patrocinio ilegal; 5) Responsabilidad de peritos, árbitros y contadores particulares.

SECCION III: PECULADO: 1) Peculado doloso; 2) Peculado culposo; 3) Peculado de uso; 4) Malversación; 5) Retardo injustificado de pago; 6) Rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia; 7) Extensión del tipo.

SECCION IV: CORRUPCION DE FUNCIONARIOS: 1) Cohecho pasivo propio; 2) Soborno internacional

pasivo; 3) Cohecho pasivo impropio; 4) Cohecho pasivo específico; 5) Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial; 6) Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial; 7) Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales; 8) Cohecho activo genérico; 9) Cohecho activo transnacional; 10) Cohecho activo específico; 11) Cohecho activo en el ámbito de la función policial; 12) Tráfico de influencias; 13) Enriquecimiento ilícito.

CAPITULO III: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

SECCION I: DELITOS CONTRA LA FUNCION JURISDICCIONAL: 1) *Denuncia calumniosa*; 2) Ocultamiento de menor a las investigaciones; 3) Encubrimiento personal; 4) Encubrimiento real) 5) Excusa absolutoria; 6) Omisión de denuncia; 7) Fuga del lugar del accidente de tránsito; 8) Falsedad en juicio; 9) Obstrucción de la justicia; 10) Revelación indebida de identidad; 11) Avocamiento ilegal de proceso en trámite; 12) Falsa declaración en procedimiento administrativo; 13) Expedición de prueba o informe falso en proceso judicial; 14) Evasión mediante violencia o amenaza; 15) Favorecimiento a la fuga; 16) Amotinamiento de detenido o interno; 17) Fraude procesal; 18) Ejercicio arbitrario de derecho. Justicia por propia mano; 18) Insolvencia provocada.

SECCION II: PREVARICATO: 1) Prevaricato; 2) Detención ilegal; 3) Prohibición de conocer un proceso que patrocinó; 4) Patrocinio indebido de abogado o mandatario judicial.

SECCION III: DENEGACION Y RETARDO DE JUSTICIA:

1) Negativa a administrar justicia; 2) Negativa al cumplimiento de obligaciones de notario y auxiliares jurisdiccionales; 3) Omisión de ejercicio de la acción penal.

20.- Delitos contra la fe pública**CAPITULO I: FALSIFICACION DE DOCUMENTOS EN**

GENERAL: 1) Falsificación de documentos; 2) Falsedad ideológica; 3) Falsedad en el reporte de los volúmenes de pesca capturados; 4) Omisión de consignar declaraciones en documentos; 5) Supresión, destrucción u ocultamiento de documentos; 6) Expedición de certificado médico falso.

CAPITULO II: FALSIFICACION DE SELLOS, TIMBRES

Y MARCAS OFICIALES: 1) Fabricación o falsificación de sellos o timbres oficiales; 2) Fabricación fraudulenta o falsificación de marcas o contraseñas oficiales; 3) Falsedad genérica; 4) Fabricación o tenencia de instrumentos para falsificar.

TÍTULO VII:
EPISTEMOLOGÍA DEL DERECHO PENAL

• **EPISTEMOLOGÍA DEL DERECHO PENAL**

1.- EPISTEMOLOGÍA DEL DERECHO PENAL.-

Epistemología es una palabra grande, utilizada sugestivamente para embellecer, revalorar y aumentar el misterio, la seriedad y la profundidad de un tema; sin embargo, su valía radica en algo más centrado, como lo que quiere describir, explicar y fundamentar con su existencia, una historia dentro de la historia, un enfocarse en lo vital y central del conocimiento: “el conocimiento justificado como verdad”. Como todo conocimiento filosófico occidental sus orígenes gramaticales y simbióticos (porque proporcionan beneficios al cuerpo) provienen de Grecia, la ciudad de la filosofía y los filósofos (Sócrates, Platón, Aristóteles, etc.); así que utilizar esta palabra como adjetivo y sustantivo del Derecho Penal es ya una gran pretensión cognoscitiva, pero una pretensión necesaria en lo más urgente, puesto que dicha rama del Derecho tiene en su poder el núcleo de todo el sistema estatal moderno: el poder punitivo. En consecuencia, la epistemología del derecho penal nos obliga a preguntarnos sobre la verdad de los presupuestos penales, como el delito, la imputabilidad, el poder punitivo, la pena y sus límites,

etc. Para todo ello, la epistemología se desarrolla verificando las variables historia, psicología y sociología dentro del contexto normativo y de la veracidad -como justificación y validez- de la teoría y praxis del Derecho Penal. Lo central será así “cómo conocemos” y “distinguir” un conocimiento cierto de uno falso. En Derecho, y específicamente en penal, conocer y distinguir la verdad es anterior al derecho penal como resultado jurídico, siendo necesario para la validez del proceso normativo penal.

En ese contexto, se puede bosquejar primigeniamente que el Derecho Penal es un sistema normativo punitivo mediante el cual se pretende el control social, evitar la impunidad, prevenir la comisión de nuevos delitos; y, además, tiene como fundamento la prevención de la delincuencia y como acción el ejercicio del poder punitivo del Estado, como acto de subordinación para el orden, la seguridad, el bienestar y la paz social. Esta es la retórica que siempre se dice, pero la realidad es que el Derecho Penal es un sistema incompleto¹ que se confunde con la idea de sanción, siendo que nació de la idea de prevenirse del poder punitivo de quien detentaba el poder, constituyéndose en la modernidad como un sistema de garantías del imputado.

2.- Genealogía de la Filosofía del Derecho Penal.-

La Filosofía del Derecho Penal puede ser estudiada desde sus registros históricos, pasados, actuales y futuros, de tal forma que se logre comprender cómo se

¹ Decir sistema debería llevar a la idea de algo completo, perfecto, porque esa es su naturaleza, sin embargo, al señalar al Derecho Penal como un “sistema incompleto”, nos estamos refiriendo a que no cumple sus objetivos: prevenir y eliminar la delincuencia, evitar la impunidad, etc.

formaron dichos conocimientos, cómo fueron transmitidos culturalmente y a cual es el resultado o identidad personal del Derecho Penal desde la filosofía del Derecho. De allí que la genealogía es un mecanismo de conocimiento, pero a la vez un instrumento de construcción y comprensión del porqué es así la disciplina del derecho penal. No busca solo sus justificaciones, sino las explicaciones de porqué es de tal o cual forma. No puede haber disciplina sin genealogía, sin historia de su construcción. A diferencia de la historia, que es representación de hechos más resaltantes registrados, la genealogía estudia aquello que no necesariamente ha sido registrado pero que significa el verdadero motivo o causa de la creación y construcción de una institución, en este caso, del derecho penal.

El concepto de Derecho Penal.-

Diversos y variados conceptos se han dado sobre el Derecho Penal enunciándolo como un derecho punitivo, como una sanción, como el tratamiento del crimen, como una potestad punitiva del Estado y hasta existe un acercamiento a una noción sobre el Derecho Penal de la víctima; nociones que en cada tiempo van delimitando ciertos campos o áreas de operación del derecho y de su propia construcción. La historia va marcando cuál es la dirección que el derecho penal traza en su ejercicio, ondulando entre diversos fines, hasta llegar a la de la “prevención del delito”, con función resocializadora, rehabilitadora, etc.; sin embargo, la dirección del derecho penal sigue creciendo en función a descubrir y definir más las conductas que deben ser penadas, sancionadas penalmente; algunas que nacen del propio

desarrollo de la modernidad, la ciencia y la tecnología (como el desarrollo de los delitos informáticos o los propiamente delitos de lavado de activos, etc.); siendo sin embargo la tendencia actual –a nuestro parecer– encontrar, describir y sancionar cada vez más las conductas, obviando que la sanción no es por sí misma una “solución” al problema delictivo, sino sólo su efecto o respuesta social más severo. El concepto del Derecho Penal es abordado desde este marco, a fin de encontrar o construir uno que pueda ser el que sirva para “solucionar” o intentar solucionar el fenómeno delictivo, pero además debería específicamente ocuparse prioritariamente de la defensa, garantía y restitución de los derechos de la víctima.

Por su parte Guillermo Cabanellas escribiría en su Diccionario Jurídico: “También -el Derecho Penal- suele ser denominado *Derecho Criminal*. Sutilizando, la designación primera es preferible, pues se refiere más exactamente a la potestad de penar, mientras que derecho al crimen no es reconocible, aunque el adjetivo expresa en verdad ‘Derecho sobre el crimen’, como infracción o conducta punible.

La potestad de penar no es acaso la definición del derecho penal, porque éste no trata del “poder punitivo del Estado”, sino del poder reconstitutivo, o de seguridad del agraviado. La potestad punitiva proviene de la historia de la soberanía del Estado, que tiene que transformarse en soberanía del individuo.

Por su parte Raúl Peña Cabrera escribiría que “El Derecho Penal es la parte del Derecho Público que trata

del conjunto de normas establecidas por el Estado, que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad que se aplican, a los titulares de los hechos punibles, con la finalidad de prevenir y reprimir dichos hechos.” Noción por el cual el Derecho Penal estaría como subordinado al Derecho Público.

El Derecho Penal es un derecho público, por su labor, o deber respecto a la organización social; así, si la labor fuera del orden privado –que interesa solo a la persona individual- no sería de derecho público. La categoría de derecho público integra además la necesaria participación o intervención del Estado, la monopolización estatal del proceso de tutela de derechos, denuncia y acusación penal (el Ministerio Público –ose el Estado- es el titular y dueño de la acción penal), la decisión respecto a si un hecho es o no delictivo, la potestad punitiva, etc. Esto implica que el Estado siempre intervendrá en los casos en el que un hecho sea tipificado como delito. Derecho público, entonces, porque su tratamiento y resolución –de hechos- representan al todo social, a la necesaria organización del todo social, o sociedad.

Ahora bien, si sabemos que el término *derecho* proviene del latín *directus*, directo, y de *dirigere*, enderezar o alinear, el derecho sería en consecuencia: “proceder con orden y detalle”, según cierto orden y detalle. Este orden lo impone el Estado, en base a todo un mecanismo de control y organización social legitimado por la propia voluntad de los miembros de esa sociedad, o por su simple inobservancia o indiferencia de las disposiciones del Estado; El derecho así surge como un medio,

instrumento o mecanismo de control social. De esta forma el Derecho Penal es también un sistema de control social; término que indica que la persona no puede ya depender de sí mismo, sino de los demás, de la observancia de su vida y conducta respecto de los demás. El control social forma un mecanismo de “normalización” y previsión de la conducta humana.”; y puesto que “Se entiende por control social las formas organizadas en que la sociedad responde a los comportamientos de las personas en sus procesos de relación social. En palabras de Hurtado Pozo: “El Derecho Penal es un medio de control social, y este último puede ser comprendido como un conjunto de modelos culturales y símbolos sociales y también de actos, a través de los cuales dichos símbolos y modelos son determinados y aplicados” (Balotario desarrollado para aspirantes a magistrados (jueces y fiscales).

De esta forma el Derecho Penal es un sistema de control social enmarcado dentro del Derecho Público, como fenómeno que responde y se subordina a una finalidad pública, social, siendo que estas provienen o son determinadas por el Estado, en virtud a que funciona en representación de la sociedad; lo que terminaría explicando por qué el Estado es quien decide qué es o no delito.

Aquel Estado, o parte de él (Congreso de la República) al que las personas son “adheridas” desde su nacimiento, y al que se debe “resignación” primaria por la condición de superposición del poder del Estado al poder del individuo. Explicamos. Una persona desde que nace (actualmente) está ya reglada a ciertas

condiciones de vida y conducta, a tal extremo que no puede decidir vivir en otro Estado al que nació sino solo por expresa autorización (nacionalización, pasaporte, visa de trabajo, turismo, etc.) del Estado territorial en el que el sujeto no nació. Eso refleja un nivel de subordinación (constitucional, civil, penal, etc.) y también protección – del ordenamiento jurídico del Estado donde se nació. De esta forma el delito se convierte en un concepto espacial (lugar del Estado), temporal. El delito deja de ser universal para convertirse en específico, y el Derecho Penal deja de ser general para convertirse en jurisdiccional y competencial. Esta adhesión forzada del Estado con el individuo, que transforma en persona –con derecho y exclusivamente deberes- nace como una estructura anterior al nacimiento de la persona, y se impone con una posibilidad mínima de adaptarla a los gustos de cada persona (si se convierte en congresista, por ejemplo). El mundo ha dividido, lotizado, organizado, como instrumento de subordinación, con el justificante de protección social.

El Derecho Penal es un asombroso esfuerzo por la sociedad de dotar de ciertos mecanismos de seguridad a los individuos y a la vez de poner en relieve la fuerza y efectividad del Estado, su carácter imperativo; es una notificación al individuo para que éste se ciña a los principios del ordenamiento jurídico, para que sienta que no puede arbitrariamente cometer actos delictivos, para imprimir en la persona la conciencia de su pertenencia a un Estado, a una determinada sociedad, en el que es responsable de sus actos, en el que –como explicara Kant- cada individuo es responsable y creador

de su propio destino. El Derecho Penal tiene un concepto central: el delito, que es, en términos simples, la “configuración cultural de lo que no se debe hacer, de lo prohibido, de lo sancionado”.

El Derecho Penal es una prohibición, siendo que lo asombroso de dicha prohibición es cómo -a través de esta disciplina-, se ha logrado la extraordinaria transformación de los hechos sociales en hechos penales. Esto responde a un imperativo cultural, a un sistema de valores y condiciones culturales, es decir, a lo que la historia decide qué es o no delito.

El Derecho Penal, en su concepto moderno, no puede haber existido en épocas antiguas, porque en aquellos tiempos sólo habían mandatos, imperativos, sanciones, castigos, puesto que las facultades para penar, sancionar, castigar no necesitaban de justificación en la sociedad, en los individuos. El emperador, el monarca, el rey, simplemente las imponía por imperio de su poderío, de su fuerza. Así, el Derecho Penal, en el sentido moderno, comienza recién cuando el ser humano es tomado en cuenta como persona, como “una fracción de poder” necesaria para la organización política del Estado; de esta forma el Derecho Penal moderno involucra indispensablemente la voluntad de los particulares, en donde ya no es la fuerza lo que da la facultad de castigar, sino, la necesidad de organización y control social. El ser humano ya no se mide por su fuerza, por sus conquistas, sino por su condición de ser humano, por el carácter especial y específico de tener voluntad que puede ser expresada, representada.

El Derecho Penal, se hace público, es decir, objetivo, imparcial, porque no representa ya más la voluntad del soberano, sino de la sociedad entera, así la voluntad general se hace Estado. El Derecho Penal, por esta figura, se convierte en un mecanismo que también transforma la voluntad social, colectiva, en el verdadero soberano; por tal ya no un individuo, una persona es quien determina la pena, sino la sociedad, el conjunto de personas que viven dentro de un determinado radio geográfico, político y jurídico. Una vez determinado ya el Derecho Penal, lo que queda es su identificación con la experiencia, su parte procesal, aquel método que logra delimitar si algún hecho ha encajado en un tipo delictivo. Este mecanismo es el Derecho Procesal Penal, que se vuelve indispensable para lograr la efectividad del Estado; la gran tarea: que cada quien asuma un puesto en la sociedad y que responda por sus conductas incluso penalmente. El Derecho Penal de esta forma es un acto que vincula al ser humano con toda la sociedad, llamada Estado. Vínculo jurídico porque es imperativo. La relación es luego entre el individuo y la sociedad, y antes la relación entre el individuo y su conciencia. Recordemos que conciencia es relación de la voluntad del individuo con la voluntad de la sociedad.

El Derecho Penal liberal al comenzar su lucha por ser de orden público, de orden social, trata de adecuarse a un carácter imparcial, objetivo –explica Jiménez de Asúa-. Y en esa historia, la historia de la afirmación de un Derecho Penal Liberal, se afianza una idea propia de la validez del Derecho Penal; nacen algunas preguntas: ¿por qué el Estado tiene el derecho a castigar, a penar?, ¿con qué derecho el Estado puede y sanciona? Este

carácter reflexivo no es propio del Derecho Penal, sino de la Filosofía del Derecho; sin embargo, cabe siempre preguntarse sobre los fundamentos del Estado para castigar, y sobre cómo puede una disciplina identificarse al concepto de derecho, si parte sólo de una entidad artificial, ficticia, como es el Estado. Otra vez cabe la pregunta: ¿por qué el Estado puede castigar? La explicación puede ser teleológica si se explican las razones o motivos últimos y finales de la pena (rehabilitar, evitar el crimen, etc.); o por otro lado, si no existe justificativo necesario para la existencia del Derecho Penal, sino simplemente implementación de un sistema de represión que coincida con la soberanía del Estado de imponer sus normas; con un principio de dominación antes que de reformulación o resocialización del individuo penado. Escribe Jiménez de Asúa: “Ya Manzini nos dijo (...) que la facultad de penar era un atributo de la soberanía” (Jiménez, 1997, pág. 21).

Es con Thomsen, con el calificativo que le da al Derecho Penal, que podemos entender en primera instancia el fundamento del Estado de castigar. Thomsen –según reseña el gran jurista penalista Luis Jiménez de Asúa– denomina al Derecho Penal como “Verbrechenbekämpfungsrrech”, “Derecho de lucha contra el crimen” (Jiménez, 1997, pág. 17). Este podría ser el fundamento: la lucha contra el crimen. ¿Y por qué debe el Estado luchar contra el crimen? Porque las fuerzas del individuo, como individuo, no se abastecen para tal esfuerzo; porque no existe proporcionalidad entre el delito, el delincuente y el agraviado; porque no existe equilibrio entre estas dos fuerzas: el delincuente

y el agraviado. Por eso es un tercero, el Estado, quien tiene que equilibrar estas fuerzas y reponer las cosas a un orden no natural, sino artificial, a un orden preestablecido, que es el de la tutela y defensa de los intereses privados, que en el Derecho Penal se traduciría a que estos intereses privados se transforman en bienes jurídicos, públicos. Al respecto Jiménez de Asúa, señala que el bien jurídico no es más que este interés privado elevado a categoría de derecho tutelado, interés tutelado.

Según Jiménez de Asúa, Berner y Brusa, el Derecho Penal es “La ciencia que funda y determina el ejercicio del poder punitivo del Estado” (Jiménez, 1997, pág. 18), este dentro de las concepciones subjetivas. Mientras que Renazzi, Tancredo Canónico, Holzendorff, la definen como “Conjunto de normas que regulan el Derecho punitivo” (Jiménez, 1997, pág. 18); Franz von Liszt, Garraud, la describen como “Conjunto de normas que asocian, al crimen como hecho, la pena como legítima consecuencia” (Jiménez, 1997, pág. 18). De todas estas definiciones nos queda claro que el Derecho Penal es el ejercicio de la capacidad punitiva, de la potestad para castigar, lo que determina el efecto de la existencia del Derecho Penal. Este hecho legitimaría el derecho a penar, a castigar; y lo legitima fundado en diversos motivos; motivos que no responden al propio Derecho Penal sino al Derecho Público, es decir, al Derecho del Estado, del bienestar social, del bien común.

Así, el Derecho Penal “funda y determina” la capacidad punitiva del Estado, el “ejercicio del poder punitivo del Estado”; transforma este acto (uso de la fuerza o la

violencia, para efectuar un castigo, una pena, al individuo infractor de la ley) en legítimo, aceptado y reconocido por toda la sociedad al imprimirle el fundamento de constituir una “necesidad social”, un “factor y fenómeno indispensable para el control” de la sociedad y de la delincuencia. Sin embargo, no hay que olvidar que esta “potestad punitiva del Estado” se ha formado desde antes de la existencia de la conformación del Estado moderno, desde antes de la conformación de sociedades modernamente organizadas; y que la “capacidad punitiva”, como potestad exclusiva del Estado, como poder, no se ha extinguido desde ese entonces; ha estado presente desde el mismo momento en que existieron instituciones de control o subordinación social. La potestad punitiva con el tiempo se ha transformado en sus fundamentos; ha ido renovándose con nuevos fundamentos, acordes con el tiempo y el nuevo tipo de cultura de represión social. En la antigüedad la potestad punitiva estaba fundamentada en la teología, en la representación divina de quienes gobernaban, en un principio teológico para justificar el hecho de gobernar. En la sociedad moderna el fenómeno se ha trasmutado al reconocimiento de la sociedad, a la razón social. De esta forma el combate para convertir en públicos los castigos, es un combate por la imparcialidad, así Luis Jiménez de Asúa explicaría que “Con el talión, que da al instinto de venganza una medida y un fin, se abre el periodo de la pena tasada. Así se transforma en Derecho Penal Público el poder penal ilimitado del Estado” (Jiménez, 1997, pág. 32).

Por otro lado, el Derecho Penal determina dos fenómenos: el crimen, como hecho; y la pena, como

legítima consecuencia. Sin embargo, puede apreciarse este fenómeno a la inversa, no puede haber técnicamente (tipicidad) crimen si no hay pena para ello. Por eso el Derecho Penal primero determina la pena y luego el crimen; así, sólo lo penado será considerado crimen. Esta es la virtud del Derecho Penal, y también su limitación; es la parte predictiva del sistema jurídico y del carácter sancionador del Estado. El Derecho Penal se vuelve público, imparcial y objetivo, porque deja de ser arbitrario al limitarse en la ley escrita, en su positivización. Reseñado estaría aquí el fundamento por el cual el positivismo resultó un instrumento jurídico indispensable y necesario para la determinación y defensa de los derechos del ser humano; porque cuando el Derecho Penal se vuelve público autolimita su facultad punitiva, autolimita la facultad de sancionar del Estado, se vuelve normativo, valorativo y finalista. Es Derecho Penal Público porque “sólo el Estado es capaz de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones” (Jiménez, 1997, pág. 19), explicaría Luis Jiménez de Asúa. Esto no era así en la antigüedad, donde la potestad punitiva era de carácter privado, por ser potestad y atribución del jerarca, monarca, rey, chamán, padre de familia; una atribución del soberano de castigar a su libre decisión y albedrío.

Diría Jiménez de Asúa: “El Derecho Penal garantiza, pero no crea normas”, sólo “lo administra” (Jiménez, 1997, pág. 21). El derecho punitivo del Estado, tiene por tal que responder a un sistema normativo, predecible y predictivo. El Derecho Penal se vuelve público por la observancia de este acto: la publicidad, y se hace válido

bajo otro principio: el debido proceso. Por eso se tuvo que determinar qué era lo que se podía o no castigar, qué conductas podían ser pasibles de sanción, identificarse qué intereses eran pasibles de tutela jurídica; así “cuando los intereses fueron protegidos por el Derecho, se elevaron a bienes jurídicos”. Se da la tarea de determinar las sanciones penales a los jueces, a través de las sentencias, sin embargo frente a dicho fenómeno Luis Jiménez Asúa advierte “que los magistrados que condenaron no se desentiendan del reo sentenciado”.

Por otra parte el Derecho Penal se ha usado para hacer coincidir el delito con el delincuente, y esto parece haber desarrollado mejor el área de la Criminalística, como arte de la pesquisa, como el arte de descubrir el delito y el delincuente.

La adhesión, subsunción, de un hecho delictivo (tipificado como delito por ley) crea una nueva categoría del ser humano, la de “delincuente”, categoría subyacente, reductora, negativa, que confiere al titular de aquella denominación características humanas individuales y sociales especiales, como infractor penal, peligro social, riesgo potencial, deudor penal socialmente; el delincuente representa una subcategoría social, de riesgo permanente para la organización normalizada de los seres humanos en sociedad.

Antiguamente el Derecho Penal tenía su fundamento en otro factor, la utilización del delincuente en provecho del Estado, en las minas, galeras, etc. Actualmente la

penalidad tiene que justificarse en nuevos motivos, en nuevas razones, perfectamente concordantes con el fin del propio estilo de vida actual, con el bien común. Además, el Derecho Penal no puede ser explicado sólo por juristas, es decir por personas versadas en el derecho, sino por filósofos del derecho, porque se trata no de afirmar la existencia de un hecho y ubicarlo dentro de un tipo penal específico para descubrir y describir al delito y al delincuente, “el jurista no puede contentarse con afirmar que un hecho ha existido. Necesitamos abocarnos al tema filosófico de por qué se pena. El jurista precisa ser filósofo, si quiere que sean perdurables las soluciones dadas a los problemas que le preocupan.” (Jiménez, 1997, pág. 40). Pero, es necesario además que cualquier persona pueda entender el derecho, el abogado servirá para desentrañar aquello que no se logra comprender, el filósofo para repreguntarse sobre el porqué y utilidad de las normas penales, y la persona es la que debe darle legitimidad con su voluntad al derecho penal.

Es necesario además resaltar las razones del castigo. Esto ha sido desarrollado por diversas escuelas penales que han explicado, entre otras cosas, que el Estado sólo habría canalizado los instintos ancestrales del ser humano –según escribe Jiménez de Asúa-, “Cuando el Estado impone una sanción, canaliza así los instintos ancestrales del hombre: la retribución, la venganza y el sadismo” (Jiménez, 1997, pág. 41). Según esta concepción “el castigo sirve de refuerzo a nuestro súper yo”. Además, según dicho autor, “Reprimimos el delito porque la impunidad incita a nuestro ello a rebelarse contra el control del súper yo. Esta instancia anímica no

se ha formado sino a expensas de grandes dolores: los instintos trataban de brotar del ello y vencer a la conciencia. Así, por introyección del padre se ha ido formando el súper yo del hombre. De todos es sabido que padre y autoridad se identifican para los psicoanalistas. Si un crimen quedara impune, la autoridad podía ser burlada, y al ver nuestro ello que alguien lo ha podido hacer impunemente, desde nuestra inconsciencia trataría de imitar el mal ejemplo. El castigo sirve de refuerzo a nuestro súper yo, y por eso la pena es difícil que desaparezca mientras no tome otro rumbo la vida” (Jiménez, 1997, pág. 41) . Jiménez de Asúa concluye escribiendo que “la pena es la compensación de la renuncia al sadismo.” (Jiménez, 1997, pág. 41), a ese instinto natural por ser cruel, puesto que sadismo, para una ecléctica filósofa Simone de Beauvoir, es nada más que crueldad. Este instinto de crueldad ha sido, desde toda nuestra vida, lo natural en el ser humano, y se ha mostrado de diferentes formas, desde las más espeluznantes, revestidas en el castigo del delincuente, “El hombre de antaño satisfacía su instinto de crueldad con mil espectáculos cotidianos. Al de hoy apenas si le quedan algunas diversiones, como las corridas de toros, el boxeo, las peleas de gallos y el castigo de los delincuentes. Todos estos instintos ancestrales han canalizado el derecho de penar.” (Jiménez, 1997, pág. 41).

Por otro lado, la crueldad de los castigos ha sido retratada por Michel Foucault en su obra *Vigilar y Castigar*, en donde escribe: “Damiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a ‘pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París’, adonde debía ser

‘llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano’; después ‘en dicha carreta, a la plaza de Gréve, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado [deberán serle] atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en ésta el cuchillo con que cometió dicho parricidio, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento” (Foucault, 1976, pág. 11). No olvidemos que este tipo de tortura, de pena, era legítima y natural. Este hecho se dio en Europa. También podemos recordar la historia de Túpac Amaru, en Latinoamérica, que fue descuartizado por cuatro caballos.

Todos estos sucesos eran sanciones comunes para la época, y nadie se escandalizaba por el hecho, sino por el temor a qué pasaría con ellos. Así, los suplicios eran normales. Ha tenido que pasar mucho tiempo para la “desaparición de los suplicios, pasándose de un castigo público. “Ha desaparecido el cuerpo supliciado, descuartizado, amputado, marcado simbólicamente en el rostro o en el hombro, expuesto vivo o muerto, ofrecido en espectáculo. Ha desaparecido el cuerpo como blanco mayor de la represión penal” (Foucault, 1976, pág. 16). Se llegó a unos castigos discretos, más sutiles, más silenciosos: “La retractación pública en Francia había sido abolida por primera vez en 1791, y después nuevamente en 1830 tras un breve

restablecimiento; la picota se suprime en 1789, y en Inglaterra en 1837. Los trabajos públicos, que Austria, Suiza y algunos de los Estados Unidos, como Pensilvania, hacían practicar en plena calle o en el camino real –forzados con la argolla de hierro al cuello, vestidos de ropas multicolores y arrastrando al pie la bala de cañón, cambiando con la multitud retos, injurias, burlas, golpes, señas de rencor o de complicidad-, se suprimen casi en todas partes a fines del siglo XVIII, o en la primera mitad del XIX. La exposición se había mantenido en Francia en 1831, en contra de violentas críticas –‘escena repugnante’, decía Réal-, y se suprime finalmente en abril de 1848. (...) El castigo ha cesado poco a poco de ser teatro (...) el rito que ‘cerraba el delito se hace sospechoso de mantener con él turbios parentescos: de igualarlo, si no de sobrepasarlo en salvajismo, de habituar a los espectadores a una ferocidad de la que se les quería apartar, de mostrarles la frecuencia de los delitos, de emparejar al verdugo con un criminal y a los jueces con unos asesinos” (Foucault, 1976, pág. 16).

Llega con las ideas de la modernidad el ocultamiento de la pena, pues se comenzaba a asociar al verdugo con el propio criminal, al hacerse el análisis del delito y del tipo de castigo, donde se estaría equiparando uno al otro. Por eso “El castigo tenderá, pues, a convertirse en la parte más oculta del proceso penal. Lo cual lleva consigo varias consecuencias: la de que abandona el dominio de la percepción casi cotidiana, para entrar en el de la conciencia abstracta; se pide su eficacia a su fatalidad, no a su intensidad vivible; es la certidumbre de ser castigado, y no ya el teatro abominable, lo que debe

apartar del crimen...” (Foucault, 1976, pág. 17), escribe Foucault. Debe haber otro tipo de repartición de la sanción, y la publicidad de la tortura; el castigo tiene que ser más discreto, menos público, lo público es el proceso, por eso, reseña Foucault: “A partir de este momento, el escándalo y la luz se repartirán de modo distinto; es la propia condena la que se supone que marca al delincuente con el signo negativo y unívoco; publicidad, por lo tanto, de los debates y de la sentencia; pero la ejecución misma es como una vergüenza suplementaria que a la justicia le avergüenza imponer al condenado; mantiénesese, pues, a distancia, tendiendo siempre a confiarla a otros, y bajo secreto. Es feo ser digno de castigo, pero poco glorioso castigar...” (Foucault, 1976, pág. 17).

Y luego el sistema de administración de justicia cambia. Ya no el castigo, la pena, el ejemplo, el escenario de la pena es lo importante, el juez ya no quiere ser el verdugo, sino el reeducador. Su función cambia, así, “(...) lo esencial de la pena que nosotros, los jueces, infligimos, no crean ustedes que consiste en castigar; trata de corregir, reformar, ‘curar’; una técnica del mejoramiento rechaza, en la pena, la estricta expiación del mal, y liberta a los magistrados de la fea misión de castigar.” (Foucault, 1976, pág. 17), insiste en explicar Michel Foucault en su libro *Vigilar y Castigar*.

La historia de la aplicación de la sanción penal pasa por sus aplicadores, el Estado a través del juez; así, el juez penal sanciona según el criterio temporal, pasando por diversos periodos como, castigar para: 1) Expiar el pecado; 2) Castigar o someter a subordinación; 3)

Ejemplificar; 4) Reformar al delincuente; 5) Curar; 6) Rehabilitar; 7) Resocializar, etc.; sin embargo en todas ellas mantiene ciertas características: el castigo, la sumisión o subordinación del individuo al Estado.

TÍTULO VIII:

**EL JURISTA DE LOS LÍMITES MATERIALES Y
PROCESALES AL PODER PENAL**

• EL JURISTA DE LOS LÍMITES MATERIALES Y PROCESALES AL PODER PUNITIVO PENAL

Mientras el mundo aún subsiste y la manía actual por olvidarnos de todo y de todos se agolpa como piedras tocando la puerta de nuestras conveniencias, nosotros no queremos olvidar nuestros sentidos más palpitantes y pasar por la vida ignorando lo que significa el agradecimiento y el reconocimiento a la gente que de mil formas han aportado su conocimiento y vida en la construcción de un mundo mejor. Por eso es que el presente es un pequeño acto por darle un sincero reconocimiento a una gran persona de las leyes penales, al Dr. Felipe Andrés Villavicencio Terreros.

I.- Personajes del Derecho Penal.-

Antes de iniciar con la reseña sobre el Dr. Felipe Villavicencio Terreros, es necesario hacer un breve panorama de aquellos rastros del pensamiento jurídico penal que seguro tomó en cuenta, por lo que daremos algunos trazos breves sobre algunos de los más grandes personajes influyentes en la construcción del Derecho Penal.

1.- Beccaria, Voltaire y Carrara.-

Grandes personalidades del Derecho Penal han fenecido irremediablemente por el insondable destino del ser humano de ser "mortales". Cesare Beccaria, habiendo publicado su libro "De los delitos y las penas", a sus veinticinco años, en forma anónima, para que la sociedad de su tiempo no lo destrozara, se perdió luego en la bruma de la vida cotidiana y murió a sus cincuenta y seis años (56). Fue Voltaire -uno de los filósofos de la Ilustración, el gran autor del Diccionario Filosófico y Cartas Persas-, uno de los que promocionó el libro de Beccaria escribiendo sus famosos Comentarios a la obra beccariana. Voltaire murió a los ochenta y cuatro años (84). Francesco Carrara, el gran penalista italiano, diputado, senador, autor de la obra "Opuscoli di diritto criminale" (Opusculos de Derecho Criminal), "Teoría de la tentativa y de la complicidad", y Programma del corso di diritto criminale (10 tomos), falleció a los ochenta y dos años de edad (82). La obra de Carrara influyó en la redacción del primer Código Penal Italiano y el Código Penal de 1889; pero no fue aquello que lo distinguió sino su oposición a la pena de muerte, a la guillotina, de tal forma que influyó en el Duque Leopoldo II y éste acogiendo sus consejos abolió la pena capital, la pena de muerte, en su Estado.

2.- Tomás Moro.-

Otro gran personaje de la historia, Tomás Moro, que también dio valiosos aportes a la construcción del derecho penal, teólogo, abogado, profesor de derecho,

juez de negocios civiles, fue paradójicamente decapitado, por aquel sistema penal que criticaba en su libro Utopía. Moro fue sentenciado a la pena de muerte, acusado de varios delitos, alta traición, etc., pero en realidad (según internet) fue condenado por oponerse a la nulidad del matrimonio del Rey Enrique VIII con Catalina de Aragón. El Rey Enrique VIII quería divorciarse de su esposa -que ya no le podía dar hijos-, para oficializar su desliz adulterino e infidelidad con Ana Bolena, y así poder casarse con ella y a la vez legitimar a los hijos con ésta última. Cruel y paradójico resulta que Tomás Moro hubiera escrito su obra "Utopía", como una forma de repudio a la tiranía, a la indolencia y a la severidad penal de su tiempo, y que en aquel libro exista un párrafo donde se relata el encuentro con un cardenal, laico versado en leyes de su tiempo, quien contaba "cómo en diversas ocasiones había visto a más de veinte ladrones colgados de una misma cruz", que fueran "tan pocos los que superaban tan atroz prueba", y sin embargo, "fueran tantos los que por todas partes seguían robando". Tomás Moro en el personaje principal de su obra contestaba: "No debes extrañarte de ello (...): semejante castigo infligido a los ladrones ni es justo ni útil. Es desproporcionadamente cruel como castigo de los robos e ineficaz como remedio. Un robo no es un crimen merecedor de la pena capital. Ni hay castigo tan horrible que prive de robar a quien tiene que comer y vestirse y no halla otro medio de conseguir su sustento. No parece sino que en esto, tanto en Inglaterra como en otros países, imitáis a los malos pedagogos: prefieren azotar a educar. Se promulgan penas terribles y horrendos suplicios contra los ladrones, cuando en realidad lo que habría que hacer es

arbitrar medios de vida. ¿No sería mejor que nadie se viera en la necesidad de robar para no tener que sufrir después por ello la pena capital?". Tomás Moro murió decapitado a los 57 años.

3.- Raffaele Garofalo.-

Autor que ha sido desconocido u obviado por muchos criterios prácticos del derecho penal, y que desprecian la verdadera razón de todo sistema normativo penal: el ser humano. Raffaele Garófalo introdujo, sin embargo, un tema crucial para el derecho penal, un factor que podría derrumbar toda su concepción primaria y dogmática: no es importante castigar al culpable más cuanto proteger y resarcir a la víctima. Garófalo escribe un libro que pasa desapercibido aún ahora, para los doctrinarios del derecho y mucho más para los litigantes del derecho penal. El libro que puede convertir todo el derecho en un instrumento diferente al actual, dejando su centro punitivo para convertirse en un nuevo núcleo de espoleación y desaforo del antiguo rito catalizador de la culpa y la punibilidad; el factor nuevo que introduce como centro Raffaele Garófalo es vital para el nuevo derecho penal moderno, es más postmoderno, el factor es "la víctima"; tema que introduce en un libro que tiene en letras grandes y en mayúsculas: VÍCTIMAS DEL DELITO, y cuyo título completo es: "Indemnización a las víctimas del delito", por R. Garofalo, profesor de Derecho Penal en la Universidad de Nápoles y Magistrado de Audiencia.

Raffaele Garofalo nace en la ciudad de Nápoles, Italia, en 1851, un 18 de noviembre; fecha que es relevante para

nuestro país (el Perú), porque fue también un 18 de noviembre, pero del año 1823, que el general José Bernardo de Tagle es nombrado por el Congreso, como el primer presidente constitucional del Perú. La fecha de nacimiento de Garofalo es por tanto crucial. El 18 de noviembre es una fecha, al confirmar de la historia, terremotal: en la misma fecha, pero en diferentes años, se registran terremotos en el mundo: en Wasit (Irak), el año 871; en una aldea kurda de Halabja (irak) el año 1226; en Shamakhi (Azerbaiyán) el año 1727; en Tabriz (Irán) el año 1727; en Bostón (EEUU), el año 1755; en Anhui (China), el año 1829. En el año 1541 Miguel Ángel finaliza el fresco "El Juicio Final", en la Capilla Sixtina; y en año 2004, en Venezuela es asesinado un fiscal venezolano.

Garofalo nace el 18 de noviembre de 1951 y fallece el 18 de abril del año 1934, a sus 82 años de edad.

4.- Jeremy Bentham.-

Jeremy Bentham, filósofo excéntrico y padre del utilitarismo, también contribuyó enormemente con la construcción del Derecho Penal, puesto que elaboró una teoría penitenciaria extraña pero idealmente eficaz: el Panóptico, que era una cárcel que tenía una torre en el centro desde donde se vigilaba a todos los presos, sin ser visto. Esta idea fue sintetizada magistralmente por Michel Foucault en su libro "Vigilar y Castigar". El Panóptico de Bentham consistía en una máquina para vigilar y castigar, sistema carcelario que se utilizó luego para las fábricas y escuelas. Actualmente, aunque no se note, las redes funcionan perfectamente como un

panóptico, desde donde nos vigilan, siendo que han incluido un ingrediente más sutil y siniestro para la censura: que la información para que nos vigilen la proporcionamos nosotros mismos, nosotros proveemos el látigo para que nos flagelen utilizando la información de nuestros gustos, emociones, conductas, para dirigir sus anuncios y productos. Bentham es considerado como el padre del utilitarismo porque utilizó una estrategia de cálculo para medir las conductas de las personas, utilizando como contrapesos el placer vs el dolor, donde el punto de equilibrio sería la "utilidad", la sociedad debería medir así si el castigo o el placer es suficientemente "útil" para lograr los fines de la sociedad, "La mayor felicidad para el mayor número".

Una idea sobre la cárcel utilitaria es descrita en la obra de Bentham, personaje excéntrico de quién refiere Carlos Franz: "Si viene a Londres hágale una visita a la momia de Jeremy Bentham. Lo encontrará muy sonriente, con su sombrero y su bastón, mirando con picardía a las estudiantes desde su vitrina en un hall del University College. Al morir, el filósofo Jeremy Bentham (1748-1832), padre del «Utilitarismo», dispuso que su cuerpo embalsamado y vestido con su propia ropa, quedara en la universidad. (Supongo que, fiel a su doctrina, quiso ahorrarles el gasto de una estatua). Desgraciadamente, la cabeza de Jeremy se anduvo pudriendo, así que tuvieron que reemplazarla con otra de cera y guardar la original en la caja fuerte. A tiempo, porque los estudiantes habían tomado la costumbre de robársela y jugar al fútbol con ella". Bentham fue mundialmente famoso en su época. Filósofo, jurista, seguidor de Adam Smith y maestro de David Ricardo, los

padres de la economía contemporánea"; y según escribe Ermmo Quisbert: "Jeremy Bentham, (Londres el 15 de febrero 1748- Id. 6 de junio de 1832) jurisconsulto, filósofo, economista y penalista inglés de la Ilustración. Fue un niño prodigio que ya leía tratados a la edad de tres años, tocaba el violín con cinco y estudiaba latín y francés con seis. Ingresó en la Universidad de Oxford con 12 años, estudió Derecho y fue admitido en el Colegio de abogados, aunque nunca llegó a ejercer. Siguiendo sus deseos, su cuerpo fue diseccionado en presencia de sus amigos. Su esqueleto, totalmente vestido y con una cabeza de cera (la auténtica fue momificada), todavía se guarda en una vitrina de cristal en el University College de Londres, en cuya fundación había participado.

La historia de este personaje es alucinante, pues se presagió autor hasta después de su muerte. Sin embargo, la idea de momificación de un cuerpo humano no es única, sino recordemos que en el departamento de Moquegua se encuentra el cuerpo momificado de Santa Fortunata, acostada en un féretro de vidrio, en el colegio del mismo nombre, y del cual dicen le crecen las uñas todo el tiempo. La historia de Bentham momificado tiene un agregado jurídico, pues tal personaje antepuso el derecho incluso más allá de su muerte; es decir, puso en evidencia que la muerte no acaba con el Derecho; que la relación del ser humano (sea en vida o en muerte) con el Derecho traspasa los límites de la vida; así los cadáveres no pueden ser objeto de uso arbitrario por parte de las personas vivas, no pueden usarse sus partes (órganos, huesos, etc.) arbitrariamente y a libre gusto y antojo de cualquier persona, pues sigue existiendo un

cierto derecho póstumo; bastaría recordar temas como el derecho sucesorio, herencia, deudas, etc. Una de las grandes obras de Jeremy Bentham fue su "Tratado de Legislación Civil y Penal". Bentham murió a los 84 años.

5.- Claus Roxin.-

Otro personaje del Derecho Penal es Claus Roxin, autor de la teoría de la "autoría mediata". Autor que tiene la tierna excentricidad, en las conferencias que dicta, de citarse a si mismo. Claus Roxin escribiría con el subtítulo de "Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad", explicando: "La culpabilidad en tanto que es límite de la pena, limita también el poder de intervención estatal, pues el grado de culpabilidad señala el límite máximo de la pena. Esta segunda función del concepto de culpabilidad no perjudica al delincuente, sino que lo protege, impidiendo que por razones puramente preventivas se limite su libertad personal más de lo que corresponda a su culpabilidad." (Claus Roxin. Culpabilidad y prevención en Derecho Penal. Traducción introducción y notas de Francisco Muñoz Conde. Instituto Editorial REUS S.A. Pág. 43). Es curioso observar que puede haber un principio de culpabilidad, por cuanto nadie puede ser considerado per se, presuntamente culpable, porque la regla general y absoluta debiera ser la presunción de inocencia. Esto por varias razones. En primer lugar una cuestión de orden valorativo. Un delito es un consenso, una determinación social, un invento del poder legislativo o del poder ejecutivo (según sea el caso), pero no siempre una determinación absoluta, aquello queda demostrado en la historia y la transformación o mutación de lo que

se consideraba delito, y con la actual tipología del delito según cada Estado. Así, si el delito es "consensual", no puede imponerse la culpabilidad en forma absoluta del individuo, por lo cual la presunción de la culpabilidad siempre será consensual, determinada por el tiempo y espacio; por eso Binder la enuncia como límite al poder punitivo del Estado. En la realidad y actualidad, la presunción de culpabilidad parece estar insertada en instituciones jurídico procesales penales como la prisión preventiva. Roxin nació en 1931, en Alemania y aún nos sobrevive con 89 años de edad.

6.- Luigi Ferrajoli.-

Luigi Ferrajoli es un penalista constitucionalista, garantista, de gran transcendencia en la construcción del derecho penal actual. Ferrajoli centra un concepto fundamental en su idea sobre Derecho Penal: El Garantismo, cuya filosofía está resumida en los diez axiomas, que expresan la defensa del sistema garantista y su concepción técnica. Los axiomas expuestos en latín, son los siguientes: 1) Nulla poena sine crimine (No hay pena sin crimen), Principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) Nullum crimen sine lege (No hay crimen sine ley), Principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto, 3) Nulla lex (poenalis) sine necessitate (No hay ley penal sin necesidad), Principio de necesidad o de economía del derecho penal; 4) Nulla necessitas sine iniura (No hay necesidad sin injuria), Principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) Nulla iniura sine actione (No hay injuria sin acción), Principio de materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) Nulla actio sine culpa (No

hay acción sin culpa), Principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7) Nulla culpa sine iudicio (No hay culpa sin juicio), Principio de jurisdiccionalidad; 8) Nullum indicium sine accusatione (No hay indicio sin acusación), Principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; 9) Nulla accusatio sine probatione (No hay acusación sin prueba), Principio de la carga de la prueba o de verificación; 10) Nulla probatio sine defensione (No hay prueba sin defensa), Principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación.

La idea de Ferrajoli es constitucionalista, porque el "Garantismo" es un concepto que tiene su origen en la Constitución. Recordemos que en nuestro país el propio actual Tribunal Constitucional se denominaba anteriormente: "Tribunal de Garantías Constitucionales", como una forma de "garantizar" la voluntad general - constituyente, en un medio ya constituido. Es desde esta perspectiva que se abordan dichos axiomas; que según Ferrajoli "configuran nuestro modelo penal garantista y cognitivo".

Ferrajoli llamado neo constitucionalista por algunos y al parecer negando dicha atribución o título, el propio Ferrajoli, pretendiéndose más bien un positivista. No obstante el positivismo es descriptivo y Ferrajoli parece hacer crítica, por lo que dicho autor al menos no era positivista, aún a su pesar. El asunto es que el texto siempre se desborda del autor, y el autor ya no puede imponerse ante el texto escrito porque éste último es el que -positivístamente- queda refrendando el pensamiento del autor.

El enunciado que caracteriza a Ferrajoli es su idea central, el garantismo como el eje de validez del Derecho a través de la razón. El Derecho es entonces una garantía del ser humano, una garantía de sus derechos fundamentales, "Ferrajoli aboga por una legislación mas precisa que reduzca el activismo judicial". ¿Cómo puede ser el Derecho garantía, si el Derecho es antes relación?, ¿porqué se incluye dentro de los clásicos del constitucionalismo a Ferrajoli si su mayor obra es la de Derecho y Razón, sobre el garantismo en el derecho penal? Porque la razón de toda su teoría, esta en los principios constitucionales, es decir en la legitimidad de toda acción jurídica, y mas si se extiende a la aplicación del Derecho Penal como el mayor segmento de legitimidad.

Ferrajoli invoca además una idea fundamental para la teoría del Derecho Constitucional, o de la Filosofía Política: La Democracia, que no puede ya ser la tiranía de la mayoría, sino que solo se puede constituir como legítima, válida si no altera los derechos fundamentales. Idea clara para combatir la noción nociva y tóxica que trae la de la democracia como dictadura de la mayoría, aunque sea sólo teniendo en cuenta -respetando- la voluntad de la minoría.

Juez y filósofo, Ferrajoli no dejó nunca de pensar y escribir sobre política, su vinculación al grupo Magistratura y Democracia parece demostrar aquella hipótesis. Sus obras: "Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. "Derechos y garantías. La ley del más débil", Principia iuris. Teoria del diritto e della

democrazia.¹ Teoria del diritto, Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Teoria della democrazia, "Democracia y garantismo", "Epistemología y Garantismo", "Garantismo penal", muestran también las razones jurídicas y políticas de su pensamiento garantista.

Sin embargo, parece que su obra, distinta, diversa y compleja, no puede ser aún entendida en un sentido unívoco sino múltívoco, puesto que la línea del pensamiento, la facilidad con que se entremezcla en ejemplo de derecho de la historia y de la filosofía clásica, griega, etc, revisten que Ferrajoli necesitaba encontrar principios universales a fenómenos temporales, principios que pudieran ser explicados por el Derecho y positivizados por la razón. Ferrajoli nació en 1940 y aun supervive con 79 años de edad.

7.- Otros personajes que influyeron en el Derecho Penal.-

Otros grandes personajes que aportaron a la construcción del Derecho Penal son: Juan Pablo Marat, Montesquieu, Jean Jacques Rousseau, Voltaire, Feurbach, Karl Hommel, John Howard, Gotthold Lessing, Johann Schiller, Romagnosi, Immanuel Kant, Hans Gross, Franz Klein, Pellegrino Rossi, Giovanni Carmignani, Antonio Rosini, Francisco Carrara, Manuel De Lardizábil y Uribe, Luis Luchini, Joaquín Francisco Pacheco, Mario Francisco Pagano, Franck Enrique Pessina, Carlos David Augusto Roeder, Francisco Giner De los Ríos, Pedro Dorado Montero, Franz Joseph Gall, Juan Bautista De la Porta, Juan Caspar Lavater, Quetelet, Lambert Adolpe

Jacques, Adre Michael Guerry, César Ezequiel Lombroso, Enrico Ferri, Rafael Garófalo, Augusto Comte, Alejandro Lacassagne, Gabriel Tarde, Bernardino Alimena, Manuel Carnevale, Fran Von Liszt, Adolfo Merkel, Ricardo Von Hammel, Edmundo Mezger, Adolfo Prins, Puglia, Florián, Harry Godland, Charles R. Von Birkmayer, Ernst Von Beling, Hugo Conti, Silvio Lhongui, Vittorio Vicente Lanza, Montalbano, Falchi, Trajieno, Carlos Binding, Vicente Manzini, Arturo Rocco, Max Ernst Mayer.

Sintetizando, el Derecho Penal, ha sido la cruzada de muchos pensadores, como Beccaria: "De los Delitos y de Penas"; Michel Foucault: "Vigilar y Castigar"; Carrara: "Opusculos de Derecho Criminal"; obras de excéntricos como Thomas De Quincey: "Del asesinato considerado como una de las Bellas Artes"; o autores más prudentes como Luis Jiménez de Asúa: "Principios de Derecho Penal, la Ley y el Delito", todos ya atrapados por la musa de todos: la inmoral e inmortal muerte.

El Derecho Penal sigue siendo construido por otros autores, aun sobrevivientes, como Luigi Ferrajoli: "Derecho y Razón - Teoría del garantismo penal"; Claus Roxin: "Derecho Penal, Parte General"; Gunther Jakobs: "Derecho Penal del Enemigo", Eugenio Zaffaroni, y por supuesto Felipe Villavicencio Terreros, que acaba de fenecer pero su memoria, plasmada en su obra jurídica, al igual que los anteriores personajes, nunca morirá. La memoria, la obra escrita, es inmortal, y por eso también inmortal.

II.- La entrevista al Dr. Felipe Villavicencio.-

La primera vez que conocí al doctor Felipe Villavicencio Terreros fue en la Corte Superior de Justicia de Tacna al cual él había llegado para participar en una audiencia judicial. Fue en ese momento que sabiendo de su estadía lo aborde. Era un acometido osado, atrevido y hasta temerario, porque yo no lo conocía, porque no sabía casi nada de derecho penal, porque no sabía si iba a tener buena o mala recepción, ni podía siquiera adivinar si era de aquellos personajes altaneros y reactivos producto de su éxito o si era humilde y sencillo; pero aún así, con todos esos temores y dudas en mi mente, me atreví, muy discretamente, a acercarme y le pedí directamente me concediera poder entrevistarle. El doctor Villavicencio muy cordial aceptó y le hice la entrevista. En la misma pude notar por su trato, cortesía y tono de su voz, que era una persona gentil, delicado, muy culto, respetuoso y nada petulante ni altanero. En principio, le pregunté cuáles eran los secretos del éxito económico, cosa que desconcertó un poco al entrevistado, porque no esperaba esa pregunta, puesto que era un tipo de aires conservadores, de tradiciones gentiles y estaba más cómodo y acostumbrado al área académica y menos a la superficialidad del dinero; así que a una pregunta directa mía de cómo había logrado el éxito económico o como habían logrado los abogados el éxito económico retrucó insistiendo en que es más importante lo ético que lo económico; el doctor como gran catedrático, profesor de derecho, supo dirigir la entrevista y su respuesta la transformó espectacularmente, concluyendo que mi pregunta apuntaba más bien a

lograr fomentar en el alumno saber elegir la vocación por amor a la propia profesión en vez de amor al dinero.

En la entrevista el Dr. Villavicencio nos contó de su experiencia con el Dr. Raúl Peña Cabrera, resaltando su amabilidad, la extraordinaria biblioteca que tenía, su gran apertura y generosidad para prestar sus libros a sus alumnos, que llegaban a esa biblioteca porque no podían comprarse los libros. Hizo hincapié en la grandeza de Peña Cabrera al haber logrado escribir sobre casi la totalidad de los artículos del Código Penal, que para aquel tiempo era una odisea.

En la entrevista que le hice al Dr. Villavicencio surgieron algunas conclusiones del pensamiento del Dr. Villavicencio, como: a) La prisionalización del delincuente y las teorías penales como simples discursos; b) El debate sobre si debe o no volverse a las concepciones de coordinar policía y medicina, con la tendencia de las clínicas jurídicas; c) La revaluación respecto al trabajo como industria o empresa, que más son signos de la actividad privada; y d) La pregunta eterna respecto a qué nos depara el futuro con la implementación de la tecnología en el derecho penal.

Mucho tiempo después encontré en la biblioteca de una de Corte Superior de Justicia un libro fascinante, enorme, de más de 800 páginas y con la curiosidad que las letras eran muy pequeñas. El libro frondoso se llamaba Derecho Penal-Parte General, y su autor era el Dr. Felipe Villavicencio Terreros. Me apresté a buscar alguna parte que me pudiera impresionar, y no demoré en hallarlo, estaba prologado por el Dr. Eugenio Raúl

Zaffaroni, un connotado abogado penalista, magistrado en la Corte de Argentina y autor del libro: "En busca de las penas perdidas", además contenía todas las instituciones jurídicas penales necesarias para darse una idea completa y seria sobre el Derecho Penal, pero una institución fundamental alertó mi conciencia, era el Capítulo III: Límites al Poder Punitivo del Estado. La obra del Dr. Villavicencio actualmente es una obra fundamental en el Derecho Penal y se tiene como un material de lectura obligatoria para todo aquel que se considere un serio estudioso del Derecho Penal.

Capítulo III

Los límites al poder penal

El capítulo III: Límites al poder penal, del libro "Derecho Penal - Parte General", del Dr. Villavicencio es para nosotros el núcleo de su obra, aquella que dejará su huella inmortal en el presente alternativo y el futuro disímil.

I.- Función punitiva estatal.-

Los "límites al poder penal" nacen después de la revolución francesa, con el pensamiento ilustrado, y como una condición a la soberanía del Estado, como "control al poder estatal", explica Villavicencio; concluyendo que el origen del poder punitivo está en el ejercicio punitivo del poder legislativo, judicial y ejecutivo, que crean, deciden y aplican respectivamente las sanciones. Los límites significan un contrato, un consenso social, ya no arbitrariedad del rey, emperador,

señor feudal. Los límites al poder punitivo son la oposición de la fuerza contra la fuerza. El monopolio del poder para castigar ya no puede ser arbitrario, tiene que ser primero aceptado por el tercer estado, es decir, por toda la sociedad, a través de los medios de representación social.

El Dr. Villavicencio cree que es a partir de las "atribuciones funcionales del Estado se puede estudiar los límites a su poder penal. Escribe: "Los límites del poder penal actúan tanto en la creación de las normas penales (...) como en su aplicación (...); pero se les suele clasificar en límites materiales o garantías penales y límites formales o garantías procesales, de persecución o de ejecución" (pág. 89)

En resumen los límites al poder punitivo son dos: 1) Garantías para que no se "creen" penas arbitrariamente; 2) Garantías para que no se "apliquen" penas arbitrariamente.

II.- Límites materiales o garantías penales.-

Los límites materiales o garantías penales son todo aquello "previo" a la creación de una sanción penal, así Villavicencio postula sus principios.

1.- Principio de Legalidad como límite al poder punitivo.-

Principio por la cual la "violencia se realiza bajo el control de la ley", por la cual se prohíbe cualquier forma de violencia que no esté en la ley, que en la doctrina se

ha encapsulada como la institución del "tipo penal", o "tipicidad"; de tal forma funciona como una fórmula previa a aplicar cualquier sanción penal: de esta forma si una conducta no está como un tipo penal prohibido entonces dicha conducta no será penado. Lo que nos lleva otro control legal, que es verificar la "vigencia" del tipo delictivo.

Un ejemplo: El adulterio. En 1991 se deroga el delito de adulterio contemplado en el Código Penal de 1924, porque se consideró que dicha conducta (el adulterio) no lesionaba ni ponía en peligro un bien jurídico. El adulterio no es sancionable actualmente, y sólo puede ser utilizado como una causal para la separación de cuerpos y el divorcio. En síntesis, dice Villavicencio, este principio que limita al poder punitivo se expresa en el siguiente axioma: "nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley" (Art. 2, numeral 24, inciso d de la Constitución; y el artículo II del Título Preliminar del Código Penal).

