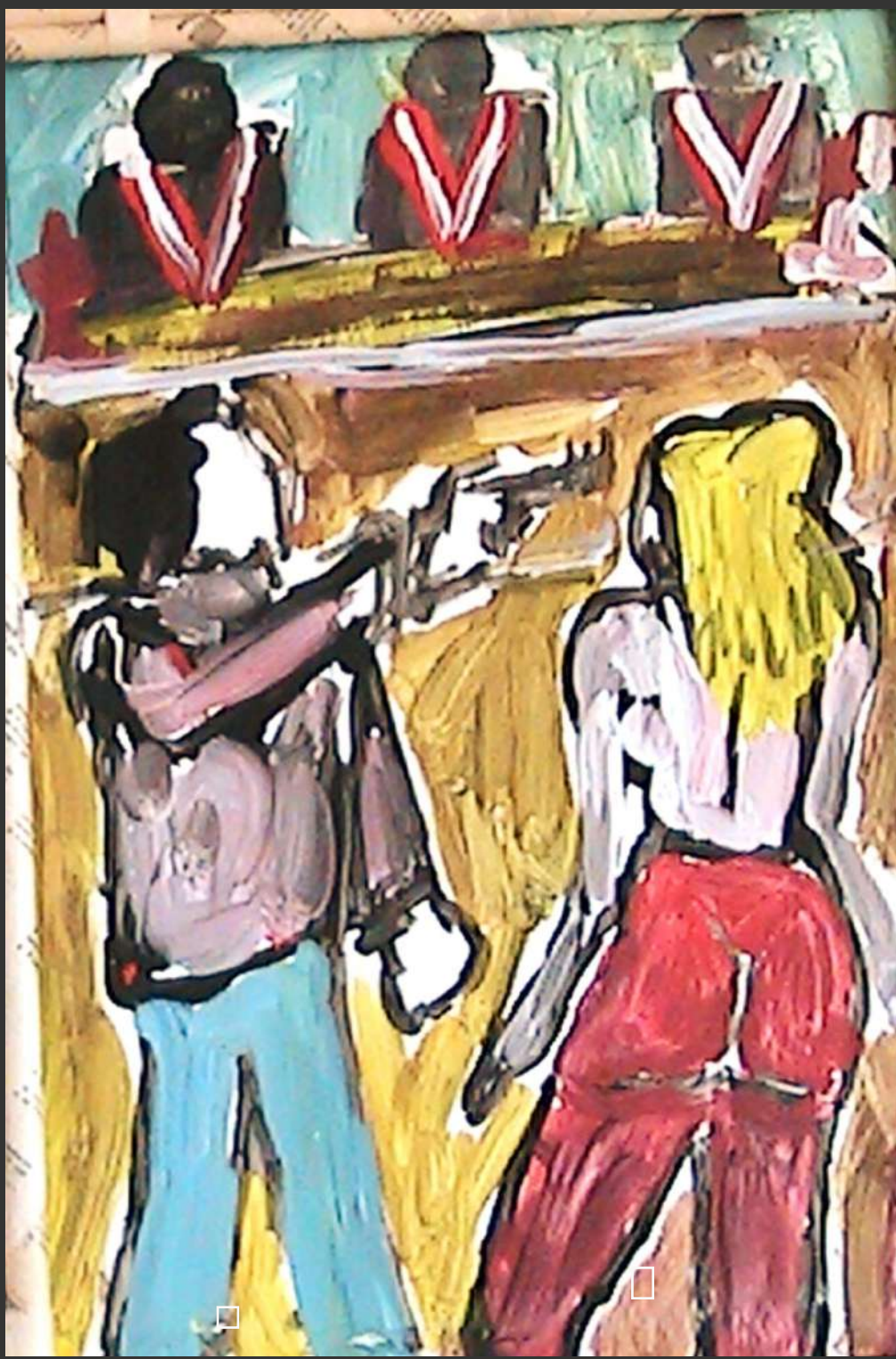


Feminicidio, Prisión preventiva, Familia, Nuevo Código Penal y Reforma del Derecho Penal

Análisis sobre el Derecho Penal

Alex R. Zambrano Torres



Derecho Penal



Alex R. Zambrano Torres

Feminicidio, Prisión preventiva, Familia, Nuevo Código Penal, Reforma del Derecho Penal



(Análisis sobre el Derecho Penal)



Editorial:
AZ Todo Derecho

**FEMINICIDIO, PRISIÓN PREVENTIVA,
FAMILIA, NUEVO CÓDIGO PENAL Y
REFORMA DEL DERECHO PENAL**
(Análisis sobre el 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: F13122025.07:45

CIL: AZ

© Derechos de Autor:

Queda autorizada la reproducción

total o parcial del siguiente libro

previa mención al autor

INDICE

INTRODUCCIÓN	8
PROPUESTAS PARA UN NUEVO DERECHO PENAL.....	8
EL FEMINICIDIO.....	10
EL DELITO DE FEMINICIDIO	14
LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LOS FEMINICIDIOS	21
¿QUÉ HACER PARA EVITAR LOS FEMINICIDIOS?.- AQUELLA ES UNA PREGUNTA MUY DIFÍCIL, ENSAYAREMOS UNAS PRIMERAS RESPUESTAS BREVES:.....	23
¿ES LA PRISIÓN PREVENTIVA INCONSTITUCIONAL PER SE?.....	26
0.- EL JUEZ, ¿DIOS O ESCLAVO?	28
I.- INICIO DEL N.C.P.P	30
II.- LA PODEROSA PRISIÓN PREVENTIVA.....	31
III.- PERSONAJES CON CARGOS PÚBLICOS INTERNOS POR PRISIÓN PREVENTIVA:.....	31
IV.- PERMISO PARA DELINQUIR: UNA CONCEPCIÓN ANGUSTIANTE SOBRE EL JUEZ:..	32
CÁRCELES Y SU CONDICIÓN INHERENTE.-	35
LA PENA COMO CRIMEN:	36
DERECHO AUTORIZADO.-	38
V.- LA REGLA Y LA EXCEPCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.....	40
VI.- EL CONCEPTO DE PRISIÓN PREVENTIVA	45
VII.- LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA NORMATIVIDAD.....	53
VIII.- PRONÓSTICO DE LA PENA	58
IX.- PRESUPUESTOS DE RIESGO PROCESAL.....	58
OBSTACULIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	61
X.- UNA PREGUNTA INSOLENTA:	62
1.- <i>¿Es el Juez un delincuente per se?.-</i>	62
2.- <i>Las hipótesis afirmativas.-</i>	62

3.- Hipótesis negativas o que contradicen el supuesto de la prisión preventiva como acto delictivo.-	68
EPÍLOGO.....	69
LA FAMILIA EN EL DERECHO PENAL.....	77
EL NUEVO CÓDIGO PENAL.....	85
EL PREDICTAMEN DEL CONGRESO SOBRE EL NUEVO CÓDIGO PENAL	85
SANCIONES DESPROPORCIONADAS Y CONTRADICTORIAS:.....	90
EL MATIZ NECESARIO PARA EL NUEVO CÓDIGO PENAL.....	92
PROPUESTAS PARA REFORMAR EL DERECHO PENAL	95
LA GENEALOGÍA DEL DERECHO: ¿ESTOY VIVO?	95
LA TRANSFORMACIÓN DE LA NECESIDAD EXISTENCIAL EN DERECHO	97
LA DELINCUENCIA: UNA APROXIMACIÓN A SU DETERMINACIÓN: LA INTERPRETACIÓN.	101
UNA ESTRATEGIA DE MARKETING.-	101
EL DELITO COMO CONEXIÓN ENTRE ESPACIO, TIEMPO Y SER. LA INVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA.....	102
UNA EXPERIENCIA EXISTENCIAL SOBRE LA DELINCUENCIA: EL ROBO EL PAN DE CADA DÍA.....	105
EXPLICACIÓN GNOSEOLÓGICA PARA REPLANTEAR SOLUCIONES: ¿TODOS SOMOS DELINCIENTES?	109
¿CÓMO NOS HEMOS CONVERTIDO EN DELINCIENTES?	111
DELITOS Y PENAS EN EL INCANATO.-	112
DELITOS Y PENAS EN EL VIRREINATO.-	114
HUMANIZACIÓN DE LAS PENAS.- BECCARIA.-	115
AUTORES SOBRE EL DELITO Y TEORÍAS	116
TEORÍAS SOBRE LOS MOTIVOS DE LA DELINCUENCIA.-	117
UN MOTIVO DE LA DELINCUENCIA.....	117
EL CÓDIGO PENAL: LA DETERMINACIÓN NORMATIVA DE LOS DELITOS.....	122
UN MUESTRARIO DE MONSTRUOSIDADES: EL CÓDIGO PENAL	123
I.- DELITOS CONTRA LA VIDA, EL CUERPO Y LA SALUD.-	123
DELITOS CONTRA EL HONOR.....	126
DELITOS CONTRA LA FAMILIA.....	127

IV.- DELITOS CONTRA LA LIBERTAD	128
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO	130
DELITOS CONTRA LA CONFIANZA Y LA BUENA FE EN LOS NEGOCIOS.....	131
DELITOS CONTRA LOS DERECHOS INTELECTUALES.....	131
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO CULTURAL.....	132
TIPOS DE SANCIONES PENALES.....	132
PROPUESTAS RESPECTO A LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL.....	133
1.- EL TRATAMIENTO DE LA DELINCUENCIA DEBE SER EN LA ETAPA PRENATAL...	133
2.- PATERNIDAD Y MATERNIDAD RESPONSABLE	134
3.- IDENTIFICACIÓN Y TRATAMIENTO DE CENTROS O FOCOS DE PROBABILIDADES DE CONCEPCIÓN	136
4.-DESCONGESTIONAR O REDUCIR TRÁMITES PARA REDUCIR SISTEMAS DE CORRUPCIÓN	137
5.- REDUCIR LOS GASTOS DEL ESTADO	138
6.- REDUCCIÓN DE LOS COSTOS DE LA IGLESIA	139
7.- EL PODER JUDICIAL.....	140

INTRODUCCIÓN

Propuestas para un nuevo Derecho Penal

El Derecho Penal es uno de los instrumentos más peligrosos que ha creado el ser humano, pero a la vez también es una herramienta para garantizar, de alguna manera, los derechos de los imputados. Desde Beccaria las cosas han ido transformándose, pasando de una etapa de brutal sometimiento a castigos, torturas visibles a la determinación de un debido proceso penal para poder sancionar a un imputado. Beccaria, Carrara, Luis Jiménez de Asúa, Carnelutti, Claus Roxin, Jackobs, Ferrajoli, entre otros, han analizado el Derecho Penal y su aplicación, generando una idea de lo que es y lo que debe ser dicha disciplina.

En ese marco o contexto, el de las ideas, hemos escrito los siguientes trabajos: 1) El feminicidio; 2) ¿Es la prisión preventiva inconstitucional per se?; 3) La familia en el Derecho Penal; 4) El nuevo Código Penal; 5) Propuesta para la reforma del Derecho Penal, que dan esbozos sobre una nueva concepción del Derecho en general y del Derecho Penal en específico.

Todos los trabajos son ideas, planteamientos, no absolutos irrefutables, sino utensilios para repensar el Derecho Penal.

Todos los tiempos han tenido sus reformas y reformadores. En el Perú encontramos, por ejemplo, los trabajos de Luis Pásara, pero también contamos con la afirmación del Derecho Penal con obras como las de Hurtado Pozo, Felipe Villavicencio, entre otros.

El Derecho Penal requiere caminar al filo del problema, con sutileza y mucha precisión en la práctica, siendo la teoría el lugar perfecto para el debate, el sometimiento de las ideas a las pruebas de la necesidad, proporcionalidad, eficiencia, y sentido común.

**TÍTULO i:
EL FEMENICIDIO**



EL FEMINICIDIO



Un video escalofriante en YouTube es la entrevista a “Popeye” –no es el dibujito animado-, John Jairo Velásquez, apodado como el dibujito, sicario del narcotraficante mafioso Pablo Escobar. “Popeye”, según los diarios, es el único sicario vivo de dicha narco mafia. Después de la muerte de Pablo Escobar fue encarcelado veintitrés años y tres meses. Se le imputó la muerte de trescientas personas y la coordinación del asesinato de tres mil más. Actualmente “Popeye” ha recobrado su libertad (cosa inconcebible e ilegítima), ha publicado el libro: *“Sobreviviendo a Pablo Escobar”*, reconoce sus delitos, es famoso, sale en entrevistas periodísticas de prensa escrita y televisiva, en YouTube, donde muestra un discurso amigable, versátil, autobiográfico e informativo sobre su vida de sicario al mando de su jefe Pablo Escobar. “Popeye”, el sicario, también parece haberse enamorado, y cosa común para él, al parecer mató en aquel tiempo a su mujer por orden de Pablo Escobar, o dicho en términos jurídicos: cometió “feminicidio”.

En nuestro país, un reporte periodístico de *La República* señala que ha habido 800 muertes por motivos del delito

de Feminicidio, y que el Poder Judicial habría impuesto, entre el año 2015 y el primer semestre del 2016, 100 sentencias condenatorias por este delito. La información habría sido extraída del Registro Nacional de Condenas del Poder Judicial.

El Feminicidio en nuestro país, la muerte de una mujer, es un concepto jurídico reciente, aunque el hecho es de larga ancestral. "Feminicidio" parece ser la palabra moda de estos tiempos, acuñada en los siguientes artículos del Código Penal: **"Artículo 107.- Parricidio.-** *El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años. / La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108."* / *"En caso de que el agente tenga hijos con la víctima, además será reprimido con la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36."(*)*. Específicamente el Feminicidio se establece en la siguiente norma jurídica: **"Artículo 108-B.- Feminicidio.-** *Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos: 1. Violencia familiar; 2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual; 3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente; 4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el*

agente. / La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes: 1. Si la víctima era menor de edad; 2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación; 3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente; 4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación; 5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad; 6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas; 7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108. / La pena será de cadena perpetua cuando concurren dos o más circunstancias agravantes.”(1) / “En caso de que el agente tenga hijos con la víctima, además será reprimido con la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36.”(2).

A pesar de la norma, en nuestro medio abundan titulares con hechos sobre feminicidio en forma constante y alarmante. Titulares como: *“Piura: Adolescente embarazada muere por brutal golpiza que le dio su pareja”* (15/10/2016), *“Sólo se registraron 52 condenas por feminicidio en el 2015”* (12/10/2016), *“Ventanilla: Sujeto degolló a su pareja e intentó matar a su hija”* (04/10/2016); *“En el mes de agosto tentativa de feminicidio creció más de 100%”* (01/10/2016 07:20); *“Dictan 9 meses de prisión preventiva a sujeto que mató esposa por no prepararle su sopa preferida”* (28/09/2016); *“Murió mujer que fue quemada por su pareja tras ataque de celos en Tumbes”* (23/09/2016); *“Menor de 16 años fue asesinada por su pareja en Los*

Olivos” (16/09/2016); “Puno: Policía busca a ex fiscal acusado de intento de feminicidio” (02/09/2016), entre otras noticias similares que se publicaron en el diario “Perú21”. A su vez el diario La República tiene los siguientes datos: “*Detienen a militar acusado de asesinar a sobrina en SJM*” (06/10/2016); “*Callao: sujeto asesinó a su pareja e hirió a hija de 4 años*” (04/10/2016); “*feminicidio en Arequipa: sujeto mató a esposa tras 58 puñaladas*” (30/09/2016); “*Sujeto ebrio acuchilló a hijastra que defendió a madre agredida*” (18/09/2016); “*Cusco: sujeto que mató a cuchilladas a ex pareja confesó crimen*” (23/08/2016); “*Vraem: mujer fue asesinada por sicario contratado por su esposo*” (17/08/2016). O titulares como: “*Víctimas de la indiferencia: 822 mujeres asesinadas*”, de la cual se expresa que “*del año 2009 al año 2016, marzo, 822 mujeres fueron asesinadas, de la cual 113 eran menores de edad, 89% las mató su pareja, su ex pareja o un familiar, y el 57% fue asesinada en su propio hogar*”. En el mismo artículo periodístico del diario “La República”, se inserta un mapa del feminicidio en nuestro país: Lima: 257; Junín: 58; Arequipa: 45; Ancash: 38; Cajamarca: 37; Puno: 36; Cusco: 35; Ayacucho 32; Huánuco: 32; La Libertad: 26; Tacna, 25; Lambayeque: 25; Ica: 21; Piura: 20; Huancavelica 17; San Martín: 17; Paco: 16; Loreto: 14; Amazonas: 11; Ucayali: 11; Apurímac: 10; Madre de Dios: 7; Tumbes: 5; Moquegua: 4. Y estos son sólo los datos registrados, siendo que el maltrato a las mujeres es superior y no llegan al feminicidio por diversas circunstancias. (<http://larepublica.pe/sociedad/791950-poder-judicial-impuso-100-condenas-por-el-delito-de-feminicidio>; <http://larepublica.pe/feminicidio>).

EL DELITO DE FEMINICIDIO

El delito de Feminicidio, introducido en nuestra legislación recientemente en el Perú, ha enfatizado la defensa y protección de la mujer, así como el castigo a quienes atenten contra la vida de las mismas. En la teoría, el Feminicidio es un tipo de homicidio, agregándole la condición que dicho acto ilícito se dirija contra un tipo de persona, clasificada, identificada por su género, que sea mujer. Esto si bien tiene una priorización de la mujer, por su cualidad de indefensión o de inferioridad física frente al hombre, no justifica su creación aislada, puesto que el ser humano debe ser protegido, -su integridad y su vida deben ser protegidas-, independientemente de su condición de género. Lo que si cabría es constituirlo como una agravante. No obstante, la enfatización en proteger a la mujer es correcta.

Mirémoslo desde otra perspectiva. ¿Debe castigarse al homicida de una mujer sólo porque la víctima sea mujer? ¿No se debe castigar también al homicida de hombres, bisexuales, homosexuales? ¿No es una especie de discriminación absurda decir que es más importante proteger la vida de la mujer que la de un hombre? Sin embargo, si lo que se ha querido es darle énfasis a la «protección de la mujer», aun así, la diferencia es discriminatoria. No encuentro porqué se debe priorizar un tipo delictivo con otro, más que para imponer una agravante, o determinar una política de protección. ¡Claro que se debe proteger a la mujer! pero a la vez no

se debe discriminar la protección del hombre, del homosexual, bisexual, niño, etc.

Por otro lado, la ley de Feminicidio se aprobó y promulgó, y no por ello se pueden establecer ya disminuciones en los agravios o violencia contra las mujeres. La solución aún está por construirse; no necesariamente con normas, sino con estrategias y políticas educativas, de manejo y autocontrol demográfico, de natalidad, etc. El Derecho está precisamente creado para regular estos temas, para impedir los excesos de poder, de humillación, o para detener, castigar o reparar los daños causados ilícitamente.

En los delitos de Feminicidio los instrumentos o graves y fundados elementos de convicción juegan un papel mucho más importante, porque se trata no de una persona que atenta contra el patrimonio de otras personas, sino contra un derecho fundamental por su naturaleza intrínseca: la vida. El riesgo es mayor, porque de dejarse libre a un culpable la vida de otros seres humanos puede correr peligro; y, por otro lado, si se encierra a un inocente la vida de éste se daña irreparablemente.

Las razones del Feminicidio por lo general son producto de los celos, impotencia, etc.; esto nos remite al instinto, a reacciones emotivas que pareciera no se pueden controlar. Sin embargo, los celos nacen de condiciones sociales no naturales necesariamente. Aunque esto no esté debidamente explicado, puesto que incluso en la naturaleza existen grupos de animales que pelean por su

pareja animal. Los celos son un producto social, nacida de una sociedad conservadora e hipócrita que educa que una mujer sólo debe tener una pareja, que sólo puede tener relaciones sexuales con una persona, y que si por el contrario tiene varias parejas sentimentales o sexuales, estaría dañando la integridad moral del hombre, su vanidad viril; provocando este conocimiento conductas, tensiones, resistencias, según sea el grado de tolerancia del individuo, pero en todo caso siempre produce un sentimiento adverso, nacido o generado en la «cultura social».

Lo anteriormente reseñado nos muestra cómo nos encontramos con un fenómeno muy complejo producido por un fenómeno cultural, no natural. Evitar los feminicidios, como ahora se denominan a los homicidios de mujeres, no se inicia con la sanción, porque este es un castigo no una solución; aunque el castigo tiene que imponerse pues debe evitarse la impunidad. La solución de este fenómeno delictivo no se encuentra en la sanción (este es posterior al hecho) sino en la prevención, en la cultura antes que en el Derecho. Evidentemente la mujer es generalmente inferior en fuerza física al hombre, por lo que una lucha entre ambos siempre será desigual. No hay equivalencias de fuerzas. Entonces, se tiene que trabajar en la mente del hombre, por un lado, y en la mente de la mujer por el otro. Lo primero supone reeducar o redireccionar la cultura respecto a la sobre exposición del hombre como macho polígamo y a la mujer como hembra monógama. Esto no es fácil, porque involucra factores complejísimos como la vanidad, el ego, el amor propio, el auto reconocimiento, etc. Si el hombre

no siente que la mujer debe ser exclusiva de él, entonces no tendría este tipo de celos (estos -los celos- se constituyen de diversa forma; puede ser que se presenten como exteriorizaciones de la vanidad -vanidad supondría que una mujer te quiera exclusiva y excluyentemente, etc.). Para poner un ejemplo que los celos -su contenido- pueden ser de diversos tipos podríamos recordar a los esquimales, experiencia narrada extraordinariamente en una película “casi documental”, titulada “*Los dientes del diablo*”, protagonizada por Anthony Quinn, y basada en la novela “*Top of the world*” de Hans Ruesch, donde se narra que los esquimales prestaban a sus mujeres a sus visitantes, para que rían con ellos (reír, según se observa en la película es tener relaciones sexuales), siendo que allí los esquimales no tenían mayor problema que sus mujeres tuvieran sexo con sus invitados, y por el contrario son ellos quienes ofrecen como acto de cortesía a sus mujeres para tal acto, con la singularidad que se ofendían si sus invitados no aceptaban tener sexo con su mujer. Aquí la pregunta, ¿Qué tipo de celos puede existir en este tipo de sociedades? ¿Puede haber feminicidio, homicidio de una mujer porque ésta tuvo relaciones con otro? Como se aprecia en el ejemplo, los celos pueden derivarse de otro tipo de condicionamientos o discursos culturales, sociales (error de tipo culturalmente condicionado se señala en nuestro ordenamiento jurídico).

La solución, lo remarcamos, puede estar en los condicionamientos culturales sobre las relaciones con las mujeres. Difícil tarea, pero plantea que el problema es cultural, mental, en primer lugar. El ordenamiento

jurídico no puede regular la mente, sólo puede sancionar los actos derivados y externalizados de ella en las conductas. El problema del feminicidio -si realmente se quiere encontrar soluciones, y no sólo castigos, confundiendo estos con la solución- está en ahondar más en los condicionamientos culturales; esta se refuerza si recordamos que los instintos (como el auto reflejo) también son creados por la mente, y que los celos son un reflejo instintivo creado también por nuestro condicionamiento cultural.

Una persona que actúa por celos está condicionada por sus instintos, que luchan contra la razón, y ésta sólo aparece después, no es anterior sino posterior al instinto. La rapidez en que se reacciona racionalmente es una estrategia que se tiene pues que cultivar, como una lucha contra los descontroles de nuestra naturaleza, de nuestros instintos.

El amor es otro de los factores que se involucran en este tipo de delitos. Los hombres matan por amor. El amor es también un invento social, así como la idea que tenemos de nuestra media naranja. El hombre, así como la mujer, puede amar infinitas veces. Lo contrario sería reducir y contradecir la propia naturaleza humana. ¿De qué dependen estos sentimientos llamados amor? Necesidad de copulación, sentimiento de felicidad, proyección de la felicidad, entre otros. En todos estos factores está la felicidad involucrada como el patrón o medida que define las posteriores conductas. De esta forma una persona infeliz siempre intentará acabar con dicho estado, se descontrola ante este sentimiento de infelicidad, y

termina obnubilándose. Químicamente aquello de la felicidad o tragedia se produce por una composición genética. En este contexto -como Lombroso- podría predecirse los condicionamientos o tendencias de las personas, pero no definirse o determinarse este direccionamiento, porque otros factores -sociales, culturales, biológicos-, los podrían redimensionar y redirigir.

Así, el problema con el amor es que tiene ciertos "condicionamientos culturales" que funcionan como principios que activan la conducta. Por ejemplo, enunciados como los siguientes nos darán una noción general del condicionamiento cultural del amor: "*El amor todo lo perdona*", "*Por amor lo hago todo*", "*Te pego porque te quiero*", "*Más me pegas más te quiero*", "*Déjalo que me pegue, es mi marido*", "*Lo perdono por nuestros hijos*", "*Él va a cambiar*", "*Para retenerlo hazle un hijo*", "*Si te ama te querrá como eres*", y frases de naturaleza absoluta, incondicional, que rompen los ordenamientos normativos sociales, morales, culturales y jurídicos; que son incluso incorporados dentro de los sistemas normativos de aquellos que se encargan de hacer justiciaⁱ. Y por último cabe señalar como caso a estudiar la obra del ius filósofo Fernando De Trazegnies Granda, con libro "*Ciriaco de Urtecho, Litigante por amor*", o la obra de Gabriel García, con su novela: "*El amor en los tiempos del cólera*", donde inserta el *prejuicio* que el ser humano tiene un sólo amor verdadero en toda su vida. (García Márquez revela en una especie de entrevista en la cual participaban él y Pablo Neruda, que éste último había sido el propulsor de su nominación al nobel).

Lo que pretendo con este mínimo discurso sobre el amor, es explicar que éste está basado en prejuicios o condicionamientos culturales, alimentados por verdades a medias, de escritores, políticos, educadores, periodismo, sociedad, familia, etc., que esparcen dichos conceptos y contribuyen a permitir o construir los sentimientos que llenarán el contenido de aquello que luego es la causa de los celos, y que puede convertirse luego en un feminicidio.

El Feminicidio no debería ser sólo un producto normativo, sino un intento de resolver problemas que van más allá de la sanción, en los reflejos e instintos producidos por la sociedad, respecto a lo que es y lo que se puede hacer en nombre del amor (todo), y en la falta de fomento del aprendizaje de la celeridad en las reacciones racionales antepuestas a las instintivas. El homicidio de una mujer es, en la mayoría de los casos del feminicidio, producto de un mal concebido amor, celos machismo, sexualidad exclusiva y excluyente de pareja, conceptos que se engendran en nuestra sociedad como absolutos, y se interiorizan como celos que pueden culminar, o exteriorizarse en el homicidio de la mujer.

Podríamos preguntarnos ¿por qué no ocurre el mismo nivel o estadística de homicidios de hombres, de hombricidios; pues puede ser porque el inconsciente colectivo permite que los celos respecto a los hombres sean de menor intensidad, sean de distinta conformación. Por ejemplo, una mujer no se sentirá tan defraudada por un hombre si éste le es infiel porque es

regla social (no necesariamente correcta) que aquello sea considerado natural en el hombre y socialmente permitido, que es de machos ser infiel, que es común y merecemos más bien admiración social. De esta forma en el interior, subconsciente de la mujer, este tipo de hechos es natural, común, socialmente condicionado como aceptado, por eso el dolor respecto a la infidelidad del hombre no es considerada tan dramática o dolorosa para la mujer, porque aquello ya está condicionado culturalmente. Por el contrario, al hombre le cuesta más aceptar una infidelidad de su mujer. Esto es ¿una cuestión de la naturaleza? No, es un producto de la sociedad, de la germoeducación.

La prisión preventiva en los Feminicidios

En los delitos de feminicidio suele aplicarse la prisión preventiva para el imputado, por cuanto, en concordancia con el artículo 170º del Código Penal, el pronóstico de pena en dichos hechos es de pena privativa de la libertad no menor de quince años, superando los cuatro años requeridos para poder aplicar la medida cautelar de prisión preventiva.

En las resoluciones sobre requerimiento de prisión preventiva, en los casos de feminicidio se utilizan como argumentos el principio de razonabilidad, *“la observación del modo objetivo de la concurrencia de supuestos que permitan considerar como latente la posibilidad de peligro procesal, por la forma, modo y circunstancia en que se produjo el hecho delictivo”*, la debida notificación al imputado para que ejerza su

derecho a la defensa, la falta de documentación para acreditar el arraigo domiciliario del imputado, los dictámenes de la fiscalía respecto a “*la conducta del imputado de la proclividad a cometer acto de violencia física y psicológica*”, así como la “*facilidad para salir fuera del país*”. Asimismo, se evalúa la “*voluntad del imputado de sometimiento a la persecución penal*” y el hecho que el imputado no pueda “*sustraerse de la acción penal*”. El peligro de fuga también es un elemento que se toma en cuenta, prescrito en el artículo 269º, numeral 4 del Código Procesal Penal; el peligro de obstaculización que se puede observar por la influencia que puede tener el imputado sobre los sujetos que intervendrían en el proceso, por ejemplo, el testigo al ser hijo de los justiciables. Además, se evalúa si el imputado es una persona que tiene antecedentes delictivos, se puede desprender que pretenderá obstaculizar el proceso de la investigación, influir en las declaraciones de los testigos, peritos, etc.

El feminicidio es un fenómeno ancestral, a tratarse primero en la formación cultural de los sentimientos, pues aquellas compulsiones a la propiedad de la mujer, a la posesión, o similares, se producen por una construcción cultural, social. Así como se ha cultivado la tolerancia a la infidelidad masculina, se ha cultivado la intolerancia a la infidelidad femenina. El caso es que el feminicidio tiene su previa en problemas de concepciones culturales, mentales.

¿Qué hacer para evitar los feminicidios?.- Aquella es una pregunta muy difícil, ensayaremos unas primeras respuestas breves:

1. Desmachificar nuestra sociedad.- Eso implica una política educativa para crear una nueva cultura social que combata la cultura machista enclaustrada en la formación de la sociedad.

2. Plantear estrategias económicas.- Que los sancionados por violencia familiar y/o feminicidio sean sancionados con un monto económico mensual para un fondo de tratamiento y salvaguarda de las mujeres violentadas por hombres.

3. Poner en todas las convocatorias para ingresar al Estado como requisito: “No tener sentencia condenatoria por violencia familiar, tentativa o feminicidio”; así como plantear y ejecutar políticas educativas de prevención, defensa y contraataque de la violencia a la mujer.

4. Plantear que los medios radiales o televisivos no contrate personas denunciadas con pruebas ciertas de haber golpeada, violentado a mujer alguna; y poner multas a aquellas empresas radiales o televisoras que incumplan con esta prescripción. Percibimos en la actualidad una especie de «chantaje mediático» de la prensa para eludir su responsabilidad de no promover o fomentar la impunidad de la violencia contra la mujer. Así, por ejemplo, cuando una congresista dio su parecer sobre la “televisión basura”, respecto a la sobre exposición de la mujer como objeto y cómo frivolidación

de las relaciones amorosas, se la encorsetó en una inventada nueva palabra tabú «*control de contenidos*» de los medios periodísticos, radiales o televisivos. Y la inteligente congresista dejó sus buenos motivos para combatir una de las fuentes más grandes de la degeneración de los valores de las relaciones entre hombre y mujer. Cosificación de nuestra sociedad hecho por los medios que incluso ha llevado a importantes personajes de la prensa a convertirse ya no en seres humanos, radioemisoras de opinión, credibilidad y dignidad, sino –a comentaristas periodísticos, noticiosos, etc.- como caricaturas, puestos a «decir los comerciales», a ser como los letreros de venta, pregoneros de los nuevos programas televisivos frívolos, o a lanzar propuestas de compra de productos. Y nadie, o casi nadie, dice nada. Todo se ha cosificado, todo se vende, todo es «comercial», y las personas, periodistas, se han convertido en «comerciales».

ⁱ Corazoncito Judicial. Pág. 243.

**TÍTULO II:
¿ES LA PRISIÓN PREVENTIVA
INCONSTITUCIONAL PER SE?**

0-----0

¿ES LA PRISIÓN PREVENTIVA INCONSTITUCIONAL PER SE?

0-----0

SUMARIO: 0. El Juez, ¿Dios o esclavo? I.- El inicio del NCPP; II.- La poderosa prisión preventiva; III.- Personajes con cargos públicos internos por prisión preventiva; IV.- Permiso para delinquir: una concepción angustiante sobre el Juez; V.- La regla y la excepción de la prisión preventiva; VI.- El concepto de prisión preventiva; VII.- La prisión preventiva en la normatividad: 1.- De los presupuestos materiales en la norma; 2.- Calificación de peligro de fuga; 3.- Del peligro de obstaculización del proceso; 4.- De la audiencia y resolución; 5.- De las responsabilidades de los operadores del Derecho; 6.- Motivación de la resolución de la Audiencia de Prisión Preventiva; 7.- Medidas que puede adoptar el juez en una Audiencia de Prisión Preventiva; 8.- Duración o plazo de la Prisión Preventiva; 9.- Libertad del imputado; 10.- Cómo procede la libertad de quien cumple prisión preventiva; 11.- Prolongación de la prisión preventiva; 12.- Apelación de la prisión

preventiva; 13.- Instancias en las que se conoce la Prisión Preventiva. VIII.- Prognosis de la Pena; IX.- Presupuestos de riesgo procesal: Obstaculización de la investigación; Peligro de riesgo procesal. X.- Una pregunta insolente: 1.- ¿Es el Juez un delincuente per se?; 2.- Las hipótesis afirmativas: a) Exposición de la integridad física, psíquica; b) Conciencia del juez de poner en riesgo de exposición a peligro del imputado; c) Desproporción entre el delito y la sanción; d) Concepción extensa de delincuencia; e) Razones científicas de la exposición a peligro, daño a la integridad de la persona; f) Las razones matemáticas de la exposición a peligro, daño a la integridad física y psíquica en las prisiones; g) Ilegitimidad de las normas penales por no ser la voluntad general; g) La sentencia como arbitrariedad. 3.- Hipótesis negativas o que contradicen el supuesto de la prisión preventiva como acto delictivo: a) Legitimidad para obrar; b) Nombramiento legítimo; c) Cumplimiento de su función; d) Mecanismo necesario para mantener el orden social. Epílogo.

[Nota aclaratoria: Aclaro que no existe ninguna animadversión, afán vengativo, resentimiento o sentimiento negativo contra los jueces. Puedo decir incluso que conozco muchos magistrados a los que respeto y aprecio. Por eso, ésta es sólo una especulación sobre determinada condición de vulnerabilidad de los derechos fundamentales no vista. El texto nunca será pues una ofensa corrosiva o destructiva contra los jueces,

sino la teorización sobre las reales dimensiones de su función, específicamente en el acto de dictar prisión.]

“¿Quién puede saber que aquello que les pasa a algunas personas, eso de ir a la cárcel, enviado por mandato judicial, justa o injustamente, específicamente eso (ir a prisión), puede pasarnos a cualquiera de nosotros, en cualquier momento, a cualquier hora y en cualquier lugar, y que ni un cargo, como el de juez, fiscal, secretario, presidente, funcionario, o simple particular, puede evitarlo? Y entonces, recién sentiremos que, con derecho o sin derecho, es siempre injusto ir a prisión, ya sea que seamos inocentes o culpables.” (Hanks Bandini).

0.- El Juez, ¿Dios o esclavo?

El Juez es un personaje ambivalente, cósmico y decisivo, es una especulación de injusticia y una afirmación de justicia; representa una idiosincrasia en la cual se cree que una persona, o un colegiado de personas, nos deben decir cuáles son efectivamente nuestros derechos. Esto es agobiante, trágico y hasta peligroso, pero también todo lo contrario, porque los jueces pueden ser la solución a nuestros problemas de convivencia, de coexistencia. Y es que los jueces son necesarios, pero no son «dioses», sino seres humanos, que por un periodo y por circunstancias dialécticas tienen un poder demasiado grande para cualquier ser humano; por lo que pensamos que todos los jueces deben dejar de serlo dentro de cierto breve tiempo, porque puede suceder que su perpetuidad como magistrados los haga pensar que tienen realmente la justicia en sus *manos* (esto es consecuencia de su condición y ubicación en el aparato público), cuando en realidad la justicia corresponde a

todos y el juez sólo la distribuye en la sociedad por un acto social de *delegación*. Por eso, es necesario prever al juez de los embriagues del poder, porque el uso del «poder de administrar justicia», al ser «*poder*», siempre puede perturbar al ser humano, desubicándolo y obnubilándolo en extremo. Es necesario por eso preguntarse: ¿cómo se puede pensar que un juez que envía a prisión a innumerable número de personas, al final de su jornada, sigue siendo un ser humano sin afectación, sin perturbación por el ejercicio de su poder judicial?; o ¿cómo se puede pensar que el juez después de administrar justicia, culpar a uno, liberar a otro, determinar el derecho de uno en contra de las pretensiones de otro, etc., aún se conserva sano mental y físicamente? No creo realmente que este tipo de trabajo - administrar justicia- pueda dejar sana la mente y el cuerpo de nadie. Por eso es si sano que un juez sólo lo sea un tiempo prudencial, aquel suficiente para no alterar su condición de ser humano, para que no se piense o considere un dios o un esclavo.

Al respecto, sobre los jueces han escrito muchos autores, y sobre su actividad, la administración de justicia –por ser éste un monopolio del Estado a través del juez- existen diversos libros de literatura, filosofía, etc. Cabría revisar los siguientes libros: "El Buen Juez", de Azorín; "Elogio de los jueces escrito por un abogado", de Piero Calamandrei; "El Juez", de Rudolf Stammler; "Redoble por Rancas", de Manuel Scorza; "¿Deben nuestros Jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?", de Ronald Dworkin; "El perfil del Juez", Conferencia de Carlos Fernández Sessarego; "La casa del juez", de Bram Stoker; "Nuestros Magistrados", de Manuel Gonzales Prada; "Ética judicial:

Reflexiones desde jueces para la democracia", de la Fundación Antonio Carretero; ¿Separando la paja del trigo? Destitución de jueces por el Consejo Nacional de la Magistratura entre el 2003 y el 2007, César Bazán Seminario; "Libro blanco sobre la formación continua de los jueces y magistrados, aprobado por el Pleno del Consejo del Poder Judicial – Madrid"; "Contra los Jueces", de Aníbal A. D'Auria; entre otros.

I.- Inicio del N.C.P.P

Desde el año 2006 fue implementándose en nuestro país un Nuevo Código Procesal Penal, iniciando dicho proceso en el Distrito Judicial de Huaura. Cabe señalar una extraordinaria coincidencia por la libertad, pues fue justo allí –en Huaura- donde el General Don José de San Martín proclamó la independencia del Perú. Así, podemos replantear que con el Nuevo Código Procesal Penal se escribe también un nuevo grito o proclamación por la libertad, y al que se le dio títulos y fines también extraordinarios: Ser Garantista, Adversarial, Oral. ¿Qué se trata de garantizar? ¿Quién es el adversario? Estas son las palabras claves del Nuevo Código Procesal Penal que al parecer ha sido creado para restablecer una idea: el ser humano en el centro de la preocupación de la defensa de sus derechos, y la norma como sólo un instrumento para “garantizar” a través de la estrategia de “oponer los hechos” a fin que puedan ser contradichos por los nuevos “adversarios”, sujetos que están en los dos extremos de la verdad jurídica, y de la conciencia política.

El Nuevo Código Procesal Penal tiene, pues, en el principio la defensa de los derechos fundamentales, y en el centro de ellos la defensa del principio y derecho de la

libertad; es pues un gran instrumento de la libertad. Pero la libertad es un frágil fundamento, que debe ser conservado, cultivado, explicado y defendido; la libertad debe ser más un «ejercicio» que una «teoría». El Nuevo Código Procesal Penal, en su esencia, quiere ser una técnica de la libertad y de la vida, a través de los instrumentos de la «garantía», la «adversariedad» y la «oralidad».

II.- La poderosa prisión preventiva

Cabe empezar el presente discurso sobre prisión preventiva, mostrando lo poderosa que es. Curioso que una norma creada por el ser humano se haya vuelto contra su propio creador; o peor, ha sido creada para volverse contra su propio creador: el ser humano en libertad. Por eso, habría que recordar que nadie está a salvo de la prisión preventiva. Nadie. Ni presidentes de la República, funcionario público, simples ciudadanos, o particulares sin cargo público o privado alguno.

III.- Personajes con cargos públicos internos por prisión preventiva:

Es necesario tener presente que ni siquiera las grandes remuneraciones o los altos cargos públicos son condición para evitar la prisión preventiva. Por eso es previo enunciar algunos datos al respecto. De acuerdo con la url: <http://laprensa.peru.com/actualidad/noticia-estos-son-funcionarios-que-ganan-mas-que-ollanta-humala-20859>, de la Pág. Web.: “La Prensa.pe”, se escribe en un artículo denominado “Estos son los funcionarios que ganan más que Ollanta Humala”, publicado con fecha Domingo, 16 de febrero del 2014 | 13:50, y en la que se señala que, a pesar de la Ley 28212, mediante la cual el

presidente de la república tiene la más alta remuneración del Estado; sin embargo existen las siguientes remuneraciones (al año 2014): 1) Miembro del Tribunal Constitucional con una remuneración mensual de S/. 23,217; 2) Fiscal de la Nación: S/23,217; 3) Juez Supremo: S/. 27,117; 4) Presidente del Jurado Nacional de Elecciones: S/. 27,117; 5) Jefe de SUNAT: S/. 25,201; 6) Contralor Público: S/. 33,000; 7) Jefe del Banco Central de Reserva del Perú: S/. 41,614; 8) Superintendente de Banca, Seguros y AFP: S/. 41,632; 9) Gerentes Públicos (D. Leg.) 30% más de lo que gana un ministro; 10) Técnico o “Personal altamente calificado”: S/. 16,000; 11) Personal altamente calificado: S/. 25,000.

Jueces supremos, jueces superiores, fiscales superiores, expresidentes, gobernadores regionales, alcaldes, altos funcionarios, etc., han sufrido la prisión preventiva, lo que demuestra que esta no es un instrumento solo contra algunos, sino contra cualquiera que cometa delito.

IV.- Permiso para delinquir: una concepción angustiante sobre el Juez²:

“*Permiso para delinquir*”³ es un título irónico, paradójico contradictorio; una hipótesis a favor de la libertad pronunciada angustiadamente⁴, conteniendo algunas preguntas crueles y acaso ¿insolentes?: ¿El juez -dentro de este sistema judicial supra punitivo- es un delincuente per se?⁵ (claro que no es consciente de ello, tal vez en un futuro muy lejano; claro que no es su culpa sino es una cuestión derivada de su posición dentro del sistema social); ¿es una persona que al cumplir su función, administrar justicia (dictar prisión), emitir sentencia, está también, consciente o inconscientemente,

delinquiendo?; ¿este es un fenómeno que le es vendido por los mecanismos del Estado que le proveen del permiso aparente de la propia sociedad –permiso por representación popular y operacionalizado por una institución pública creada para la selección y designación de magistrados (Consejo Nacional de la Magistratura, ahora Junta Nacional de Justicia)? Así, ¿el juez⁶, ingresado dentro de un sistema jurídico-político, acepta el poder para juzgar y sentencia⁷ -en los casos penales, de ser pena privativa de la libertad- el envío del ser humano a cumplir (prisión) trágicas y reales daños a su integridad física y mental, en forma desproporcional con la lección, sanción, castigo, restitución, fin rehabilitativo, resocializador, etc., que se pretendía conseguir?, ¿son aquellas -la desproporcionalidad entre pena y fin penal, ius puniendi y derecho a la vida y su integridad; exposición a peligro del imputado o sentenciado, etc.- circunstancias por las que el juez se convierte también en un delincuente? Razonamiento sólo posible definiendo a la delincuencia como todo acto que cause agravio, perjuicio, daño, lesión irreparable a la persona, a sus derechos y a su propia naturaleza. Esta hipótesis no aceptaría la fácil noción de delincuencia como sólo aquella conducta humana ilícita, contraria a la ley, sino “contraria a la persona”, porque el fin de sancionar la delincuencia siempre debe superar a la norma, puesto que el derecho tiene su fundamento y embrión primario y prioritario en el ser humano y no sólo en la ley.

Por otro lado, es necesario aclarar que el juez es aquel ser contranatural, que contradice a la naturaleza libre⁸ de las personas por hacer o no hacer lo que se les plazca, por apropiarse o no de algo, por conducirse de tal o cual

forma; fenómeno que evidencia además las entrañas del Derecho como acto contranatural y como adecuación de la naturaleza a los requerimientos humanos.

Deteniéndonos en una visión específica del asunto podría decirse que, cuando el juez castiga con una sentencia privativa de la libertad, puede que hasta esté sólo ejerciendo su derecho, pero, si sobrepasa los límites de su potestad, sobrepasa los límites del uso del derecho, de la ley, aunque no lo perciba ¿se convierte en delincuente?, puesto que tiene la potestad para castigar al prójimo –entre otras sanciones- con la prisión, pero no se le ha dado la libertad, ni el poder para exponer al individuo sentenciado a que vulneren su integridad física, psíquica, moral, ética, patrimonial, etc. (Exposición a peligro); y es que como se conoce, y puede demostrarse, cuando una persona es enviada a prisión, es siempre expuesta al peligro de su integridad física, psíquica y a la vulneración de otros derechos que se encuentran inherentes a su persona. Es matemáticamente imposible que no se vea afectada su moral, su psiquis y su salud física, por tener que sufrir y aceptar además de la prisión, detrimento de su salud por la mala calidad de la alimentación, medio ambiente, agresiones físicas y psíquicas de los otros prisioneros, etc. Por lo tanto, el juez al sentenciar a pena privativa de la libertad siempre extralimita su potestad para administrar justicia, para castigar, porque las condiciones y efectos de su decisión sobrepasan incluso el castigo impuesto; siendo agravante que el juez conoce todo esto, sabe que el futuro interno, al que él ha procesado, está expuesto a sufrir en prisión vejaciones físicas y psíquicas.

Cárceles y su condición inherente.-

Escribe Manuel Lardizabal y Uribe en su "*Discurso sobre las penas*": "29. A la manera que en un gran hospital los hálitos corrompidos que despiden los diversos enfermos, infectando el aire, producen nuevas enfermedades que no había y hacen incurables las que no lo eran, así en una cárcel el trato de unos con otros y los malos ejemplos, más contagiosos que las enfermedades epidémicas, cundiendo por todos como un cáncer, hace perversos a los que no lo eran y consume en su perversidad a los que ya lo eran, convirtiéndose de esta suerte las cárceles destinadas para la custodia de los reos, en escuelas de iniquidad y seminario de hombres malos y perniciosos para la República. / 30. Éste es, a mi juicio, el origen de los malos efectos de las penas; porque como los reos que son condenados a ellas salen ya pervertidos de las cárceles, y perdido en mucha parte o en todo el pudor y la vergüenza, creyendo que ya tienen poco o nada que perder, se abandonan fácilmente a otros excesos mayores, hasta llegar muchos al estado de incorregibles. Por esta razón debería empezar desde aquí la reforma si se quiere curar el mal en su raíz, como parece justo y correspondiente, y por la misma deberían también contenerse algunos jueces, que suelen tener demasiada facilidad en dictar autos de prisión.". Además, cabría la pregunta de si las prisiones producen algún efecto positivo en los internos, si existe estadística que demuestre una mejoría en la vida de los ex reclusos, o si por el contrario queda siempre el estigma de lo aprendido allí, y de las malformaciones mentales contra la sociedad que se alojan en el subconsciente del recluso. La prisión desde este punto de vista no se justifica en sus efectos, sino solo como castigo. El problema luego es si la sociedad recibe o está expuesta a externalidades, a

respuestas delictivas producto precisamente del internamiento. Un castigo penitenciario podría traer consigo también una probable respuesta delictiva inmediata o posterior al internamiento, no sólo peligrosa, sino consolidada contra la sociedad. ¿Se ha visto esta variable? Por supuesto que se conoce, pero la inacción o la falta de debate anula cualquier tipo de solución.

La pena como crimen:

Es oportuno recordar a autores como Goldwiser, quien sostenía que la pena es un crimen⁹. Esto hay que concebirlo al margen de si la pena fuera o no justa, porque ello no disuelve el mal aplicado, el agravio a la salud física o mental del condenado. Aclaro que no con ello se quiere justificar la impunidad, sino explicar el real fenómeno de la pena, sin edulcorarlo con palabras falaces, que impiden ver una solución al problema delictivo. Me explico: si creemos que a cada acto delictivo la respuesta social debe ser una sanción penal, sea esta privativa de la libertad, restrictiva de derechos, etc., debemos advertir que esto no resuelve el problema, solo lo castiga, concentra y hasta potencia, creyéndose que esta es la solución, o la última medida a aplicar, o en la mayoría de los casos, la respuesta social solo llega hasta allí: la sanción. Quedando siempre inconclusa la respuesta social que se debe dar al fenómeno delictivo. Esto parece nadie advertirlo y más bien despreocuparse de buscar concluir con el tratamiento de la actividad delictiva. Por eso, cuando se aumentan las penas a través de leyes populistas del Congreso, no se resuelve el problema, sino se deriva y responsabiliza a la sanción como la solución final y no como lo que es en realidad,

solo un castigo ante el acto delictivo. El castigo no es una solución per se (por sí misma); deja «inconcluso» el fenómeno delictivo.

Por otro lado, cabe presuponer como una hipótesis que una sentencia puede ser en la realidad, y en ciertos casos, un acto arbitrario legalizado, puesto que el juez al emitirla para legitimarla utiliza diversas fuentes del Derecho que no son realmente suficientes y que dejan inconcluso cualquier acto de legitimización. Utilizan, por ejemplo, la Ley (la única más cercana de la legitimidad pues son normas que pretenden haber sido dadas por la propia sociedad a través de sus representantes legislativos, y que figuran ser la representación de la voluntad de toda la sociedad). Las otras fuentes utilizadas tienen o marcos muy reducidos (la costumbre), o sólo son productos individuales (la doctrina es propia de un o unos autores, pero no de toda la sociedad). No obstante, incluso al usar el juez la ley, la sentencia sigue conteniendo un problema de legitimidad porque al ser (la ley) el producto de una decisión política de un grupo de congresistas que suponen representan a toda la sociedad, resulta que la voluntad que ha concebido y creado la ley no es de toda la sociedad sino de este muy pequeño grupo, o élite (congresistas); por lo que la ley concreta en la realidad deviene en una imposición minoritaria -sumamente desproporcional- y no la decisión de toda la sociedad; constituyéndose la ley -en la realidad- en ilegítima (aunque se pretenda indicar que la representación congresal por la cual se la ha creado le da legitimidad). En este contexto, si una persona no ha dado las leyes, o no ha podido decidir sobre la creación o no de una ley, no puede atribuírsele y

obligársele al cumplimiento de la misma, resultando que, en estos casos, cualquier sistema de representación es siempre arbitraria, aunque sea revestida por conceptualizaciones o discursos políticos contrarios.

Por otro lado, cuando el juez sentencia lo hace sobre la base de una verdad concebida y probada en el proceso; pero siendo la propia verdad un acto externo, que el juez sólo conoce también por representación de los hechos y pruebas (que siempre son también externas), éste, el juez, decide sobre la verdad construida, es decir, su decisión no podrá ser nunca una verdad absoluta, sino referencial, representada (toda actividad probatoria es también una representación de los hechos). De esta forma postulamos que sentenciar con leyes (que son sólo representaciones de la voluntad general y no individual) al no partir de uno (o de la posibilidad de aceptarlas o negarlas) no pueden ser legítimas, porque lo que afecta individualmente no puede delegarse o representarse (esto podrá resolverse en un futuro con el sistema de internet), y, siendo siempre la verdad jurídica una representación externa y no absoluta el margen de error existirá siempre.

Derecho autorizado.-

*Gunther Jakobs explica que "(...) todo Derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción, y la coacción más intensa es la del Derecho Penal"*¹⁰. Esta autorización responde a un precepto fundamental: todo aquello que no es de mi propiedad, que no está en el marco de mis derechos necesita autorización, es decir, la voluntad y aceptación del individuo para que otro actúe en su lugar, para que ejerza un poder que me

corresponde. Ahora bien, la coacción es aquella fuerza usada en contra de la persona, la misma que no puede rechazarla sin verse compelido por las fuerzas del orden público (policía, etc.). Esta suerte de indefensión de la coacción es producto de un sistema de autorización resultado de los mecanismos políticos sociales de gobierno, y por los cuales el Estado está tácitamente autorizado a usar la fuerza (la coacción) para mantener el orden, dentro de ciertos márgenes normativos, lo que la convierte recién en Derecho (fuerza legítima para el ejercicio de la conducta y voluntad).

Sin embargo -ironizamos-, el juez, cuando dicta prisión preventiva, fundamentando su decisión en el derecho, la ley, las fuentes del derecho, los saberes dominantes¹¹, ¿sólo estaría pidiendo «permiso» para delinquir?, ¿para infringir y romper una norma superior constitucional, emanada del contrato social¹², que es la presunción de inocencia?, y que según la doctrina no podría ser refutada, contrariada y menos violada por ninguna norma inferior a la Constitución, siendo que la propia regulación de la prisión preventiva en la que se apoya el juez es sólo un Decreto Legislativo, norma inferior a la Constitución, y que la Constitución es la voluntad concertada de todos y no de un grupo. En este contexto, no hay derecho en el presente artículo, sino anti derecho, no cómo una posición contra la norma, sino a favor del ser humano y en contra de su decadencia. El presente es, sin quererlo, un artículo nihilista y decadente, válido sólo como un razonamiento para liberar al ser humano de su condición volitiva, no para justificar al delincuente, ni culpar o sentenciar al juez; no es contra alguien, sino a favor de la libertad.

V.- LA REGLA Y LA EXCEPCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva puede tomarse como instrumento para medir el temperamento político criminal de la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal, porque ayuda a determinar cuáles son en realidad las verdaderas «reglas» y cuáles las «excepciones» procesales penales; si es que realmente el Nuevo Código Penal está garantizando el cumplimiento del debido proceso, la tutela efectiva, la garantía de los derechos fundamentales, como la presunción de inocencia; o por lo contrario, si existen otros elementos contradictorios como el principio de culpabilidad¹³, etc. La norma procesal en el texto positivo es clara, pero la misma tiene que someterse al barniz de la realidad, de la experiencia, del requerimiento de satisfacción de ciertas necesidades penales sociales, como, por ejemplo, la alta tendencia social a desear la aplicación inmediata, urgente, de la prisión preventiva, desconociendo u obviando el marco de respeto de los derechos fundamentales dentro de los cuales debe circular todo acto procesal penal e incluso cualquier restricción a la libertad.

Así, al parecer, se tiende a confundir la regla¹⁴ con la excepción, y se invierten los papeles, al pensar que “privar de libertad” al presunto infractor, imputado, es la regla y no la excepción, cuando de acuerdo a la Constitución y al nuevo esquema procesal, la regla es: la defensa de la persona, la presunción de inocencia, que tiene su razón de ser en garantizar los derechos fundamentales del ser humano como individuo, no como

conjunto social, por lo que no se puede permitir el error (meter preso a un inocente), ni aunque sea sólo a un individuo, puesto que nuestro sistema constitucional está basado en la real condición “individual”, del ser humano, y en este sentido tiene que ser protegido como “único e irrepetible”, incluso por encima de la sociedad que no existiría si no existiese el individuo agrupado.

Bajo esta concepción es que el Derecho Constitucional define, previene y defiende al ser humano como primer precepto normativo, poniéndolo en la categoría de “supremo”, de jerárquicamente “superior” al colectivo, a la sociedad, al Estado, y por eso la regla es la protección del individuo, la presunción de inocencia como regla y no como excepción. Nuestra Constitución tiene claramente planteada esta prevalencia del ser humano, y es en aquella medida que el Derecho Procesal Penal se viene intentando ejecutar.

Conviene agregar que a su vez el Derecho Penal es sólo de uso de última ratio, de “ultima razón”, y que contiene en consecuencia también principios concordantes como “la duda favorece al reo”, etc.; por lo cual, si existiera alguna duda de la culpabilidad o responsabilidad de algún imputado sobre su participación como infractor de la ley penal, debe presumírsele inocente, como regla. Cosa diferente sucede con la prisión preventiva, que se presenta, de declarársela fundada, como “una excepción a la regla”, pues en la etapa donde el fiscal requiere al juez de Investigación Preparatoria aún no existe prueba, es decir, veracidad y certeza, de la responsabilidad del imputado, sino sólo “graves y fundados elementos de convicción”, que vinculan al imputado con los hechos

delictivos. Esto conlleva muchas veces a causar problemas en la concepción social respecto a la eficacia de la administración de justicia y específicamente respecto de la aplicación del nuevo sistema procesal penal, garantista, puesto que la respuesta social siempre es más inmediatista, es decir, no exige los “graves y fundados elementos de convicción” y otros elementos necesarios para aplicar prisión preventiva, sino –de acuerdo con lo observado-, se da por sentada la responsabilidad y culpabilidad del imputado, y se exige su internamiento.

El nuevo proceso penal, a fin de cumplir con su finalidad garantista (no vulneración de los derechos fundamentales, respeto al derecho a la libertad, presunción de inocencia, etc.), exige, para la internación del imputado por prisión preventiva, se presenten: a) Graves y fundados elementos de convicción; b) Que exista riesgo de peligro procesal, como el peligro de fuga, o de obstaculización de la investigación o el proceso, sea tanto en el nivel de la etapa de la investigación preparatoria, juzgamiento o juicio oral; y, c) Que el delito imputado tenga prescrito una pena superior a los cuatro años. Cabe insistir, en este contexto, que utilizando los argumentos y factores expuestos anteriormente se ha fundamentado y justificado la prisión preventiva, amparados además en la falacia de que ésta no es una sanción penal, sino una forma de asegurar el debido proceso, la efectiva tutela jurisdiccional, etc.; sin embargo, no puede negarse que internar a un imputado en prisión produce efectos similares a los de la pena privativa de la libertad, de una condena, contradiciéndose en la realidad lo que en la teoría se

niega u oculta con títulos diferentes para un mismo efecto.

La prisión preventiva, sea o no considerada una sanción penal, es siempre, en la realidad, una “privación de la libertad”, una “afectación al derecho a la libertad” y a aquellos otros derechos que se adhieren por su propia naturaleza al derecho a la libertad, como, por ejemplo, el riesgo o peligro de afectación al derecho a la integridad física, psíquica, entre otros. Es claro y evidente que la prisión preventiva produce todos los efectos que causa la pena privativa de la libertad (sanción penal). Por eso la pregunta debería ser: ¿qué pasa con el tiempo, la vida que ha llevado, su salud y los derechos del internado si este es posteriormente declarado inocente?, ¿pueden estos repararse? La respuesta es obvia: no. Esa afectación y vulneración a la libertad, a la vida, a la salud, y a los derechos conexos, habiéndose sufrido en el pasado son irreparables, puesto que –aún no tenemos la ciencia y tecnología para ello- no se puede reparar el pasado, ni siquiera compensarlo (la lesión a la vida, la salud, la integridad física psíquica, etc., no se encuentran en las categorías, niveles o factores similares con otros, no son intercambiables). En esa línea, no se puede aducir que considerando a la prisión preventiva como una medida cautelar y no como una sanción penal se anulan inmediatamente los efectos propios de todo internamiento en prisión, sean estos por prisión preventiva o por pena privativa de la libertad en una sentencia final porque los efectos –y daños a la vida, salud física y mental- son idénticos en ambos casos¹⁵. ¿Será quizá por eso que el nuevo sistema procesal penal considera a la prisión preventiva sólo como una

excepción y no como la regla?, puesto que, al margen de las opiniones justificadas magistralmente a través del discurso jurídico, afirman que la prisión preventiva no es una sanción, se debe tener muy en claro que la sanción penal se define por sus efectos y no por su definición escrita, y sus efectos siempre serán los de la privación de la libertad y daños conexos. No obstante ser tan obvio este razonamiento, la falacia persiste en considerar que no es una medida punitiva y no vulnera a la Constitución. Error –a nuestro parecer- que está en todos los niveles normativos, incluso en el Tribunal Constitucional, que en diversas sentencias ha incurrido en estas falacias inexcusables. Un solo ejemplo, en la Sentencia recaída en el Exp. N° 01014-2011-PHC/TC, ante un Recurso de Agravio Constitucional, se argumenta, en principio, que la "*detención judicial*" es una "*medida provisional*", que por tal -temporalidad de la medida- no es inconstitucional, no es una "*medida punitiva*" ni afecta la "presunción de inocencia". Sin embargo, dicho presupuesto tiene, a nuestro parecer, un razonamiento errado, pues se la evalúa por sus fines, y no por sus reales efectos o «ejercicio», por lo que significan en sí (recordemos que un hecho se define por sus efectos en la realidad, no por su teorización). Además, la «temporalidad» de la prisión preventiva no significa que «no se ejecute un daño». La prisión preventiva puede no "catalogarse" como "medida punitiva", sanción final que decide darle un castigo al infractor de una ley, al delincuente, etc., pero esto no enerva, disuade, disminuye, detiene, evita, impide que se provoque o imponga un "perjuicio" al individuo, un "daño físico psíquico" que sólo puede justificarse en una sentencia firme (determinación de culpabilidad), por lo que la

prisión preventiva además de atentar contra el derecho a la libertad vulnera la presunción de inocencia, pues ya no se presume como regla constitucional que el imputado es inocente, sino todo lo contrario, se presume que es sospechoso o culpable. Por ello, no hay congruencia en la afirmación del Tribunal Constitucional al afirmar que esto no es así, que la prisión preventiva no es una sanción, y que por tal no es inconstitucional, porque una acción, decisión, y ejecución penal, debe "definirse" por lo que es su constitución, por lo que provoca, no por lo que intenta perseguir. Por ejemplo, preguntaríamos nuevamente, ¿si se declara inocente al imputado de los cargos aludidos a él, inmediatamente "desaparecen" todos los daños a su libertad, integridad física psíquica?, pues no. Entonces se tiene que comprender que existen bienes jurídicos que son fundamentales, y por tal no se pueden negar bajo argumentaciones erráticas como alegar que la prisión preventiva no es una medida punitiva, cuando en la realidad su aplicación al imputado cumple exactamente los efectos de las medidas punitivas; en este contexto por se el Tribunal Constitucional se vuelve inconstitucional al negar la realidad; afirmación que estoy seguro será confirmada por la historia.

VI.- EL CONCEPTO DE PRISIÓN PREVENTIVA

De acuerdo con la doctrina y la legislación la Prisión Preventiva es un instrumento procesal penal que tiene como finalidad asegurar el debido proceso, prevenirse sobre cualquier riesgo procesal, como de cualquier obstaculización del proceso, peligro de fuga del imputado, y así impedir la impunidad. Se la considera una

medida cautelar aplicada sólo cuando preexistan graves y fundados elementos de convicción sobre la responsabilidad penal del imputado o su vinculación con el delito. Se la llama también prisión provisional.¹⁶. Podríamos resumirla como una presunción de culpabilidad.

Al respecto, Binder escribe: "La realidad nos muestra, al contrario, que existe una presunción de culpabilidad y que los procesados son tratados como culpables; que, en muchas ocasiones, por defectos del procedimiento, la sociedad "debe dejar salir", a pesar de que "ya" fueron "condenados", en la denuncia o por los medios masivos de comunicación. / Los fenómenos de los "presos sin condena" -en prisión preventiva-, de la utilización del proceso como método de control social, de las restricciones a la defensa, en especial a la defensa pública, de la enorme cantidad de presunciones que existen en el proceso penal, de la utilización del concepto de "carga de la prueba" en contra del imputado, del maltrato durante la prisión preventiva, del simple modo como los detenidos son "paseados" por los pasillos de tribunales, etc., son signos evidentes de que el principio de inocencia es un programa a realizar, una tarea pendiente. / Podremos cerrar los ojos y quedarnos con la consideración simplemente exegética o dogmática; pero ello no sería sino una falsedad más; y una ciencia hipócrita sólo forma seres hipócritas en una sociedad falsa."¹⁷. Binder ha dado en el blanco: sociedades falsas, hipócritas que no permiten el real avance o progreso del individuo y de la sociedad, porque falsean su propia realidad. Lo grave es que esta falsificación la promueven, instruyen y ejercitan aquellos que han sido preparados para evitarlas, los abogados, fiscales, jueces. Las

argumentaciones o fundamentaciones teóricas sobre si la prisión preventiva es o no es una sanción penal sólo nos revelan este problema y confunden la concepción de justicia. Si la prisión preventiva va a aplicarse debe empezarse no por ocultar su calidad de sanción, su calidad de pena, sino aclarando su imposición 'necesaria', 'de última ratio'; porque sobre las falsificaciones de la realidad la justicia siempre se ve desvirtuada, también falsificada, y se deslegitima.

De la conceptualización de la prisión preventiva se desprenden los factores: 1) La responsabilidad penal del inculcado, 2) La gravedad del delito, y 3) El riesgo o peligro procesal.

La prisión preventiva, o esta condición, puede encontrarse ya explicada en la obra de Francesco Carrara, quien, respecto al proyecto de Giuseppe Puccioni, escribía sobre la prisión preventiva, o custodia preventiva, indicando: *“Sin embargo, no quiero continuar sin señalar, entre las diversas ideas que han llamado más mi atención, la que se refiere a la custodia preventiva de los inculcados. / Conservaba Puccioni, en su proyecto, el principio de justicia absoluta por el cual debe descontarse de la pena infligida a cada delincuente, aquella cantidad de tiempo que el mismo inculcado pasó en las cárceles de custodia durante el estadio inquisitorio, más allá del breve espacio indispensable para la compilación de cada procedimiento. La custodia preventiva de los reos debe decretarse solamente según normas indefectibles dictadas por la ley, y de ella no debe hacerse un derroche inútil, sino ordenarla solamente para los delitos más graves. Malo es prodigarla para los lapsos menores, en los que falta toda*

su razón de ser, y peor aún dejarla a las eventualidades del arbitrio. Y cuando una suprema necesidad imponga usarla, justo es que el culpable la tolere mientras dure el tiempo necesario para el procedimiento, porque la necesidad del procedimiento fue consecuencia de su delito. Pero cuando dura más, ella es consecuencia o bien de la inercia de los oficiales públicos, o bien de fortuitos que no deben recaer sobre el imputado, por culpable que sea, porque su culpabilidad representa un demérito al que la justicia del legislador juzgó que le corresponde aquella cantidad que él amenazó como pena, de suerte que todo suplemento es injusto. / Por eso, todas las buenas legislaciones fijan hoy un término más allá del cual, si la detención se prolonga, debe ese suplemento ser restado de la pena que se aplique cuando se demuestre la culpabilidad. / El proyecto de Puccioni, al convertir estos preceptos en artículos de ley, les daba un desenvolvimiento ulterior, añadiendo que el cómputo de la prisión preventiva, cuando el reo estaba confeso, debía comenzar aun antes del término legal, es decir, desde el día de su confesión.”¹⁸. Texto en el cual resalta que la prisión preventiva sólo podría imponerse ante una “suprema necesidad”, y definirla mejor como “custodia preventiva del inculpado”.

Recientemente Gunther Jakobs, en una entrevista hecha por Esteban Mizrahi, señalaría que en su país: “(...) La prisión preventiva es más breve, tiene plazos estrictos, si no, el preso queda en libertad.”¹⁹.

Esteban Mizrahi entrevistando a Jakobs escribiría:

"M: Entonces sabe que nuestra realidad es completamente

diferente de la de aquí. El 70% de los presos pertenecen a los estratos más bajos de la sociedad. Aproximadamente el 67% se encuentran con prisión preventiva. Si un sistema penal funciona así, ¿qué consecuencias pueden esperarse para la sociedad? ¿Cómo describiría usted, desde el punto de vista de la teoría de los sistemas, una eficacia del derecho como esa?

J: Bueno, la alemana tampoco es tan brillante, por eso es que no está presa la clase media, sino mayormente la clase baja, y cada tanto algún famoso que cometió un delito económico grave. Pero estimo que aquí también el 70% de los presos provienen de las capas más bajas, en eso no hay mucha diferencia.

M: Solo que en nuestras cárceles el 67% de los presos está con prisión preventiva, que puede durar años.

J: Eso sí es diferente aquí. La prisión preventiva es más breve, tiene plazos estrictos, si no, el preso queda en libertad. Y además la clase baja es menos indigente que allá. Ustedes tienen gente más pobre y menos instruida de la que hay acá. De manera que pienso que lo que allá se llama clase baja es otra cosa que lo que aquí se llama así. Pero también nuestra clase baja está en las prisiones"²⁰.

El comentario de Jakobs, respecto a que el 70% de los presos provienen de las capas sociales más bajas de su país, puede sugerir varios aspectos; que la delincuencia sea cometida siempre por los más pobres, o que los de clase se provean de los mejores abogados. En nuestro país, de variopinta conformación social y económica, no puede decirse que el delito es propio sólo de la clase baja

o pobre; baste para corroborarlo las noticias cotidianas de escandalosos casos de corrupción de gente de todo tipo de clase, desde asaltantes al paso, hasta funcionarios de alto nivel, como magistrados, rectores, ministros, congresistas, ex presidentes, empresarios, y personajes de lo más variado en posición, estatus económico o clase social. Sin embargo, creo que existe un factor común que puede explicar por qué son los de clase más baja quienes ocupan mayoritariamente las prisiones: la poca capacidad adquisitiva -económica- para proveerse de los mejores abogados. No encuentro otra razón, pues en nuestro medio la convivencia con lo ilícito es no sólo común, sino pareciera formar parte del *modus vivendi* de nuestra sociedad; a tal grado es este fenómeno que existen profesiones, trabajos que son «sospechosos» de tener su cimiento económico en la corrupción, como la policía, o el propio ejercicio de la abogacía. Realidad grave, donde se delinque impunemente desde, por ejemplo, obtener la licencia de conducir, hasta mandarse a hacer la tesis de maestría o doctorado, o hacer un trámite en la administración pública. Fenómeno que explicaremos en nuestro próximo libro: *"¿Yo, el delincuente? Delitos cometidos contra la administración pública"*.

Por su parte, José María Asencio Mellado, escribiría que *"La prisión preventiva o provisional constituye una medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad, acorde con su naturaleza, es la de garantizar el proceso en sus fines característicos y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse."*²¹. Por su lado, Gabriel Chávez – Tafur señala que *"La prisión preventiva -o el sometimiento por parte del Estado de una persona*

sospechosa de haber cometido un delito a una medida de privación de libertad previa a la comprobación judicial de culpabilidad- suele describirse como un enfrentamiento entre dos intereses igualmente valiosos: por un lado, la defensa del principio de presunción de inocencia, por el cual nadie puede ser considerado ni tratado como culpable hasta que sea comprobada su responsabilidad; por el otro, la responsabilidad del Estado de cumplir su obligación de perseguir y castigar la comisión de hechos delictivos y la violación de valores jurídicos protegidos, mediante la garantía de que el imputado estará presente durante el juicio en su contra, la investigación se pueda llevar a cabo sin obstaculizaciones indebidas y que aquellos que sean encontrados penalmente responsables cumplan con la pena impuesta.”²². “(...) la prisión preventiva en un sistema acusatorio debe ser instrumental y provisional, y su finalidad solo debe procurar el aseguramiento del desarrollo y resultado del proceso penal, que solo pueden ser alcanzados evitando los riesgos de huida o entorpecimiento de la actividad probatoria por parte del imputado(9). / En ese sentido, manifiesta ASECIO MELLADO, la prisión preventiva o provisional constituye, entonces, una medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad, acorde con su naturaleza, es la de garantizar el proceso en sus fines característicos (10). / Esta finalidad instrumental se refleja en los presupuestos materiales para la imposición de una prisión preventiva regulados por la legislación peruana”²³. Por su parte, CEJAS expone que “La prisión preventiva es una medida judicial por la cual se encarcela a las personas sujetas a una investigación penal por un delito. De acuerdo a las normas internacionales, la prisión preventiva debe ser excepcional y, corresponde aplicarla, cuando median razones

suficientes y sustentadas, de que la libertad del investigado representa un riesgo relevante para la consecución del proceso penal y para la posible sanción al responsable del delito imputado”²⁴.

Para Ana C. Calderón Sumarriva la Prisión Preventiva “*Es una medida estrictamente jurisdiccional que se adopta a instancia del Ministerio Público, cuando resulte imprescindible privar de la libertad al imputado para conjurar un peligro de fuga o un riesgo de entorpecimiento de la investigación. ROY FREYRE la define como la privación de la libertad ambulatoria decretada por el Juez Penal al inicio o en el curso del proceso, tanto para asegurar el sometimiento del encausado a la aplicación de una pena con prognosis grave o relativamente grave, como también para evitar, al mismo tiempo, que perturbe la actividad probatoria. El artículo 9º.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general. Lo mismo queda expuesto en la regla 6.1 de las denominadas Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) que precisa que sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso. Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el imputado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación intimidando a los testigos, o destruyendo la evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta*

la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa”²⁵. Con lo que la conceptualización de prisión preventiva quedaría clara en su descripción, elementos necesarios para fundarlo, pero no en sus efectos.

VII.- LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA NORMATIVIDAD

La Prisión Preventiva se halla enmarcada en el Nuevo Código Procesal Penal, aprobada mediante Decreto Legislativo 957, en su Título III, y en cual se contienen esencialmente los siguientes factores:

1.- De los presupuestos materiales en la norma.-

En el capítulo I del texto indicado, se describen los presupuestos materiales de la prisión preventiva; el primero de ellos es que sea a solicitud del Ministerio Público, del fiscal, que traslada dicho requerimiento al juez para que éste a su vez recién tenga la posibilidad de ejercer el poder para ordenar la prisión preventiva, tomando en cuenta para ello los siguientes presupuestos:

- a) Existencia de fundados y graves elementos de convicción de un delito²⁶ y su vinculación con el autor o partícipe;
- b) El delito sea tipificado con sanción superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad;
- c) El peligro de fuga u obstaculización del proceso. Además, se considera de ser el caso:
- d) Pertenencia a una organización delictiva y el uso de aquella para fuga u obstaculización del proceso. Siendo que al hacer el requerimiento el fiscal tiene que sostener que dichos elementos hagan de «suprema necesidad» la prisión

preventiva, sucede en la realidad que, ante la falta de dichos elementos, el juez se ve en la imposibilidad de decretar la medida cautelar personal. Esto adolece de un defecto, que el juez no pueda basarse en otra información si no es en la vertida por el fiscal y el abogado, resta la capacidad del juez para administrar justicia, y siendo la falta de información la causa procesal (sea responsabilidad del fiscal o no) esto provoca un brusco problema de compatibilidad social. Ahora bien, si estamos ya en una etapa cultural con un sistema informático avanzado, ¿por qué no permitir que el juez pueda verificar la peligrosidad del imputado, su récord delictivo, su arraigo domiciliario, etc., si tuviera esta información en la base de datos de su judicatura? Según se observa de las noticias radiales y periodísticas un gran número de imputados que tienen antecedentes delictivos no se les aplica la medida cautelar de la prisión preventiva por causas y deficiencias documentarias atribuidas al fiscal (no presentó los debidos fundados elementos de convicción). La respuesta está en la interpretación de la nueva normatividad procesal penal, que en un afán por no contradecir el principio de legalidad, el juez se abstiene de tener discrecionalidad, o capacidad para decidir sobre elementos no expuestos por las partes. Esto sin embargo cae en un vacío legal, y es conocido el principio que el juez no puede dejar de administrar justicia incluso ante este supuesto. Sin embargo, en el Derecho Procesal Penal, el juez se abstiene. Aquí la sinopsis es simple, lo importante es utilizar instrumentos, elementos de convicción que sean fundados, que tengan asidero en la veracidad, en la solidez y confiabilidad de los mismos, que no sean falsos, y que puedan demostrar su validez no necesariamente

quién los ha presentado o quien los ha dejado de presentar, sino quien tiene dichos efectos documentarios probatorios. Sin embargo, ante una cuestión tan simple la judicatura, y todo el sistema procesal penal, se perturba y detiene.

2.- Calificación de peligro de fuga.-

De acuerdo con el Art. 269º del NCPP, para calificar si existe o no peligro de fuga el juez tendrá en cuenta: 1) Arraigo en el país del imputado (domicilio, residencia habitual, asiento familiar, negocios, trabajo, facilidad para abandonar el país); 2) Gravedad de la pena esperada (más de cuatro años de pena privativa de la libertad); 3) Actitud del imputado para resarcir el daño; 4) Conducta y sometimiento al proceso penal.

3.- Del peligro de obstaculización del proceso.-

De acuerdo con el Art. 270º del NCPP, se tendrá en cuenta si el imputado: 1) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; 2) Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; 3) Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

4.- De la audiencia y resolución.-

Según el Art. 271º del NCPP se establece que la Audiencia de procedencia o no de Prisión Preventiva se realizará dentro de los dos días (48 horas) siguientes al requerimiento del Fiscal, siendo obligatoria su participación, así como la del imputado, defensor (privado o público). Sin embargo, si el imputado se niega a estar presente en la audiencia será representado por su

abogado y se llevará a cabo la audiencia notificando al imputado con la resolución de la audiencia dentro de las cuarenta ocho horas (48) de concluida la misma.

5.- De las responsabilidades de los operadores del Derecho.-

El juez de la Investigación Preparatoria incurre en responsabilidad funcional si no lleva a cabo la Audiencia de Prisión Preventiva. También el fiscal y el abogado serán sancionados disciplinariamente si por su causa se frustra la audiencia.

6.- Motivación de la resolución de la Audiencia de Prisión Preventiva.-

El auto de prisión preventiva será: a) Especialmente motivada; b) Con expresión sucinta de la imputación; c) Con fundamentos de hecho y derecho, y; d) Con las citas legales pertinentes.

7.- Medidas que puede adoptar el juez en una Audiencia de Prisión Preventiva.-

El juez puede optar a la conclusión de la audiencia por: a) Declarar fundado el requerimiento y dictar prisión preventiva; b) Declarar infundado el requerimiento y dictar medida de comparecencia restrictiva o simple.

8.- Duración o plazo de la Prisión Preventiva.-

La duración de la prisión preventiva puede ser: a) Hasta nueve meses, en casos comunes; b) Hasta dieciocho meses (un año y medio) en casos complejos. Cabe agregar que de acuerdo con los fundamentos del Tribunal Constitucional, sobre agravio constitucional, en el Exp. N° 01014-2011-PHC/TC, este expresa: "*b) resulta*

impertinente la motivación de la Resolución de fecha 15 de octubre de 2010, en cuanto argumenta que “la prolongación de la prisión preventiva de 9 meses a 18 meses es automática”²⁷. El plazo y la prolongación de la pena privativa de la libertad no sólo debe solicitarse por el fiscal, sino que no puede ser “automática”, como se indicó en la resolución recurrida.

9.- Libertad del imputado.-

La libertad del imputado se dará al vencimiento del plazo de la prisión preventiva, sin la sentencia de primera instancia.

10.- Cómo procede la libertad de quien cumple prisión preventiva.-

El juez decretará la libertad al vencimiento del plazo de prisión preventiva: a) De oficio; b) A solicitud de las partes.

11.- Prolongación de la prisión preventiva.-

La prisión preventiva se puede prolongar sin exceder los dieciocho meses (un año y medio), en casos complejos, por petición del fiscal.

12.- Apelación de la prisión preventiva.-

La resolución de Prisión preventiva podrá ser impugnada mediante recurso de apelación presentada ante el juez de Investigación Preparatoria, elevada a la Sala Penal respectiva, quien conocerá del mismo.

13.- Instancias en las que se conoce la Prisión Preventiva.-

La prisión preventiva es conocida por: 1) Juez de Investigación Preparatoria [inicio del proceso. En esta etapa se da el requerimiento de prisión preventiva por parte del fiscal]; 2) Juez Penal Unipersonal [demanda de Hábeas Corpus por exceso de carcelería, superación del tiempo de prisión preventiva]; 3) Jueces Penales Colegiados; 4) La Sala Penal de Apelaciones (en apelación, demanda de hábeas corpus); 5) Tribunal Constitucional (en recurso de agravio constitucional contra la Sala Penal respectiva)].

VIII.- PRONÓSTICO DE LA PENA

Este presupuesto material, el de la prognosis de la pena²⁸, es una estimación que marca los límites para aplicar la prisión preventiva, es decir, sólo se refiere a si el tipo delictivo tiene como sanción la imposición de pena privativa de la libertad de cuatro años. Cuando la pena es superior a cuatro años, recién puede considerarse la aplicación de la prisión preventiva. Por lo tanto, el marco punitivo que se debe sobrepasar está ya reflejado dogmáticamente en la pena. Esto permite que el magistrado pueda decidir sobre la aplicación de dicha medida, y tenga sus límites en aquellos tipos delictivos que no superen la sanción de cuatro años. Por lo mismo, lo primero que hará el juzgador será determinar si se cumple con este precepto anterior, por cuanto que se exigen la concurrencia de todos los presupuestos materiales, procesales.

IX.- PRESUPUESTOS DE RIESGO PROCESAL

De acuerdo con el presupuesto “Riesgo procesal”, este se fundamenta en que no se haga efectivo, o no se logre el objeto del proceso, por elementos que interfieren por causa del imputado. El riesgo procesal puede presentarse en los siguientes casos: riesgo de obstaculización de la investigación; riesgo de fuga del imputado. Delinearemos algunas elucubraciones al respecto, según determinados tipos delictivos.

Un presupuesto de riesgo procesal consiste en un elemento que se propone como anterior al juicio debido, o debido proceso, olvidando, obviando, saltando, justificando nociones y preceptos constitucionales como la *presunción de la inocencia*, “*Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad*”, o aquellas que expresan que “*En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.*”, o aquella prescripción, “*El principio de no ser penado sin proceso judicial*” (aunque se considere que la prisión preventiva no es una pena, en la realidad, en sus efectos, surte de la misma forma que una pena), o esta otra que señala, “*La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales*”; o normas penales como la que señala que “*La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva*”, o “*La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito*”; o aquellas normas procesales penales como la de “*Presunción de inocencia.*-

1. *Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado”.*

El Riesgo Procesal se antepone al Riesgo Personal. Es decir, por aquella concepción sería más importante que se preserve que se pueda llevar a cabo el proceso antes que se preserve asegurar la libertad y vida del futuro procesado. ¿Riesgo procesal antes que riesgo personal? Esto parece no tenerse en cuenta. Por otro lado, ¿cómo se puede asegurar que un imputado no intente fugarse, no obstaculice se lleve a cabo el proceso? Esto es imposible. El riesgo procesal, por lo tanto, siempre existirá. Habría que considerar que una persona *inocente* tiene el derecho a *rebelarse*, no tendría por qué pasar por un proceso penal, siendo que la carga de la prueba debe estar siempre en quien afirma el delito, no en quien es sujeto de dicha afirmación. Además, en una buena investigación -en forma limitada, por cierto- se puede llevar un proceso aún sin la presencia del imputado, en mérito a pruebas. El requerimiento del presunto culpable es a fin de contrastar con su voluntad la verdad de los hechos, pero recordemos que incluso la no autoincriminación es una institución jurídica validada actualmente. La presencia del imputado en juicio no debe tener su referente en demostrar la culpabilidad sino en garantizar la defensa. A mi entender, todo juicio contra

una persona inocente es ya una violación a sus derechos. Sin embargo, en una sociedad aún incipiente en formación jurídica y respeto de los derechos fundamentales no se puede evitar el proceso.

OBSTACULIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

¿Cómo un imputado puede obstaculizar la investigación, el proceso? La respuesta la hallamos en la capacidad o posibilidad del imputado en aquella actividad, de influir, sobre los testigos, peritos, etc. Esto por diversos mecanismos, por ejemplo, si los testigos son sus amigos, familiares, o tienen algún grado de relación o parentesco, o si la víctima tiene también alguna relación familiar o laboral. Ahora bien, ¿cómo se puede impedir que exista este tipo de actitudes, estas influencias, sobre los personajes antes indicados?

Se toman en cuenta el Artículo 269° del Código Procesal Penal, así como el peligro de obstaculización regulado en el artículo 270°, inciso 2 y 3 del Código Procesal Penal. Asimismo, se considera también lo estipulado el artículo 269°, numeral 3 del Código Procesal Penal, que establece que es necesario tener en consideración la gravedad de la pena”.

PELIGRO DE RIESGO PROCESAL.- Las fundamentaciones de la prisión preventiva, por lo general, se amparan en diversos factores, como, por ejemplo, la utilización del principio de razonabilidad, la observación de los hechos de modo objetivo, la forma y circunstancias del evento delictivo, entre otros factores.

X.- UNA PREGUNTA INSOLENTE:

Nuestro discurso sobre la prisión preventiva vuelve por hacer una pregunta acaso insolente, pero no insidiosa ni en contra del juez, sino para poner en el debate si el ser humano debe seguir deshumanizado, ataviado, o tapado con los ropajes o vendajes de la ley que parece justificar lo obvio.

1.- ¿Es el Juez un delincuente per se?.-

Preguntar sobre si el juez es un delincuente per se cuando emite una resolución de prisión preventiva puede ser riesgoso y hasta dialéctico, pues ¿cómo atreverse a blasfemar contra la dignidad de un magistrado?, ¿alguien acaso se ha atrevido a pensar sobre aquella posibilidad? Pero es necesario y trascendental hacernos actualmente aquella pregunta, y esto, no para ofender al juez, ni para agraviarlo o reducirlo a un simple y común delincuente, sino para advertir sobre la condición acaso equívoca o extrema de la actuación judicial respecto a la aplicación de la prisión preventiva en específico y de la prisión en general. Responder a la pregunta de si el juez es un delincuente per se cuando emite una resolución de prisión preventiva, tiene dos alternativas de respuesta.

2.- Las hipótesis afirmativas.-

En la hipótesis afirmativa, es decir, que consideran al juez como un delincuente al emitir una resolución de prisión preventiva, podemos apuntalar los siguiente argumentos:

a) Exposición de la integridad física, psíquica del

imputado.-

Por esta hipótesis nosotros entendemos que el juez cuando emite resolución de prisión preventiva a un imputado, sea este cual fuere, está «exponiendo a peligro la integridad física y psíquica del imputado», esto como consecuencia de su internamiento en la cárcel, que tiene en si efectos externos a los deseados por el magistrado, pero que éste obvia, olvida o no toma en cuenta cuando emite su resolución de prisión preventiva.

b) Conciencia del juez de poner en riesgo de exposición a peligro del imputado.-

Esta hipótesis supone que el juez sabe, es consiente que el imputado puede sufrir daños en su integridad física y psíquica en el penal, por lo tanto, ¿no constituiría una agravante de su acto?

c) Desproporción entre el delito y la sanción.-

Nuestra hipótesis es que el imputado enviado a prisión preventiva puede ser por una causa, hecho, o ilícito que no amerite necesariamente la prisión, porque éste es de última ratio, y porque el imputado –en ciertos casos- es enviado a prisión por delitos contra el patrimonio, siendo que la libertad y el patrimonio no son categorías que se corresponden, sino son diferentes, y no entran en el mismo nivel o categoría de relación; puesto que el patrimonio puede repararse, pero la vida, la integridad física o psíquica e incluso la libertad limitada no se puede resarcir, devolver, porque son bienes perecibles en el tiempo, mientras que un objeto, un patrimonio es resarcible o reparable, y que el tiempo no le afecta como al imputado el tiempo de su encarcelamiento. Por eso creemos que existe una obvia y evidente desproporción

-en los casos de delitos contra el patrimonio, por ejemplo- entre el hecho delictivo y la prisión preventiva.

d) Concepción extensa de delincuencia.-

No se puede valorar la gravedad de un hecho si no se lo encuadra dentro de las categorías legales, jurídicas, por lo que la delincuencia debe enmarcarse no sólo como aquello que está expresamente en la ley (este hecho es sólo un mecanismo para protegerse de la arbitrariedad de la autoridad judicial etc.) sino como todo aquello que cause agravio, daño a otra persona. De allí resulta que incluso si una conducta no se encuentra dentro de la ley, pero existe el daño obvio, evidente, probado, este hecho tiene que considerarse delictivo y el agente, persona o personas que lo cometen tienen que ser considerados «delincuentes», es decir, sujetos responsables y culpables, pasibles de ser sancionados penalmente. Un caso extremo de acto delictivo es aquella que cause agravio irreparable a la persona.

e) Razones científicas de la exposición a peligro, daño a la integridad de la persona.-

1.- En Argentina se realizó un debate “La salud en las cárceles”, que fuera organizado por la Fundación Ciudad y Nación, y en la cual se señalaba: *“Entre las enfermedades que aquejan a los internos, las más preocupantes son las llamadas emergentes, las infectocontagiosas y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA). Tuberculosis, hepatitis, herpes y el HIV castigan a las poblaciones sobredimensionadas en los principales penales.”* (<http://www.lanacion.com.ar/79136-en-prision-toda-enfermedad-parece-peor>). 2.- Según la International Committee of the Red Cross en América Latina “Las

cárceles son bolsones de tuberculosis”, además señalan: “El 2003 y e. 2007, la Organización Panamericana de la Salud realizó dos encuestas sobre la situación de la tuberculosis en los sistemas penitenciarios en varios países de América Latina. Ambos sondeos muestran que en los penales de estos países se tiene una incidencia de tuberculosis hasta veinte veces más elevada que en la población en general. Son los penales en Perú y Bolivia los que están más afectados por esta enfermedad.”. Y sobre la tuberculosis en las cárceles se indica: “Para que esta enfermedad no se expanda, se debe brindar un espacio saludable con ventilación y luz natural, y se tiene que combatir el hacinamiento. A esto se añade la necesidad de ofrecer una buena alimentación a los internos para que éstos puedan tener resistencia a la enfermedad. En América Latina, la problemática de la TB en las cárceles está abordada de manera incompleta, por lo tanto, facilita el desarrollo de la tuberculosis y, lo que es peor, de bacilos resistentes a los medicamentos.” (<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/interview/peru-interview-220310.htm>).

Hay innumerables informes sobre la exposición a peligro de contagio de enfermedades infectocontagiosas como la tuberculosis, u otras en las prisiones, muestras científicas de dicho fenómeno irrefutables y que no se han tomado en cuenta cuando se internan a los imputados en las cárceles, porque la norma no contempla esta situación, debiendo existir un principio de “proporcionalidad entre el medio ambiente a habitar – cárcel-, y una certificación de salud del imputado”.

f) Las razones matemáticas de la exposición a peligro, daño a la integridad física y psíquica en las prisiones.-

Una forma de probar la exposición a peligro o daño en la integridad, salud física o psíquica de los internos es remitirnos a las matemáticas, es hacer sumas, restas, divisiones, ecuaciones, fórmulas científicas sobre los internos y sus posibilidades de resocialización, curación etc., o posibilidades de adiestramiento o especialización en la delincuencia, contracción de enfermedades de toda índole, respiratorias, corporales, inmunodeficiencias, sexuales.

Si sumamos el número de internos –o aforo- para los que científicamente están contruidos como capacidad las prisiones y la comparamos con el número de internos tendremos a la vista el “hacinamiento”, es decir, la desproporción entre la capacidad de las cárceles y el número de internos. Matemáticamente es ilícito que existan más internos de los que de acuerdo a los informes técnicos de edificación se enuncian puede haber. Los edificios y su capacidad de albergue, de personas que pueden ocuparla, está determinada por ley, de acuerdo a estudios técnicos. En las prisiones estas normas de seguridad de controlar el número de albergue de los edificios son vulnerada, violentada evidentemente y matemáticamente probada, pero aun así no existen correcciones inmediatas, por la imposibilidad física de aquello.

De acuerdo con lo señalado en la normatividad contenida en la pág. Web.:
<http://www.vivienda.gob.pe/documentos/documentos>

_ds_010/4/Norma_A.130_Requisitos_de_Seguridad.pdf, se enuncia que: *“Para calcular la cantidad de ocupantes de una edificación se podrá utilizar de forma parcial, total o interrelacionada cualquiera de las 3 siguientes opciones: 1) Cálculo basado en coeficiente o factores de ocupación; 2) Cálculo sustentado en un estudio por análisis estadístico; 3) Cálculo basado en la norma NFPA-101 (RNE A-010-ART.2)”*.

g) Ilegitimidad de las normas penales por no ser la voluntad general.-

Según nuestra hipótesis incluso las normas penales pueden o pierden legitimidad al ser producto de consensos congresales, es decir, de la voluntad representada por unos pocos, demasiado pocos, para dar normas que afecten a la vida, a la libertad y a otros derechos fundamentales o no. Por aquello pensamos que una norma penal debe ser previamente aprobada por cada ciudadano, porque aquello le puede afectar directa o indirectamente; así, con el uso del internet se puede tomar algunas medidas para lograr la legitimidad de las normas penales, puesto que la afectación penal es irreparable.

h) La sentencia como arbitrariedad.-

Un acto es arbitrario cuando se lo realiza sin los requisitos o exigencias necesarias que concilien la voluntad de unos con otros. Una sentencia es una potestad otorgada a una persona o grupo de personas para que decidan el derecho de todos. Eso también, la elección de los jueces, debe ser un proceso no por delegación de un grupo de selección de magistrados, sino de elección o participación de todos los ciudadanos,

porque de lo contrario, todo intento de representación siempre será insuficiente.

3.- Hipótesis negativas o que contradicen el supuesto de la prisión preventiva como acto delictivo.-

También es necesario partir del lado contrario, es decir, de aquel hecho que los jueces si cumplen efectivamente sólo la ley, y no se convierten –en un supuesto doctrinario- en personas que cometen actos ilícitos o delictivos cuando emiten sus resoluciones de prisión preventiva. Las nociones o fundamentaciones para ello son -entre otras- las siguientes:

a) Legitimidad para obrar.-

Según esta noción el juez está legitimado para obrar, es decir, está autorizado por mandato expreso de la ley para emitir resoluciones de prisión preventiva, por lo cual no podría estar cometiendo un acto ilícito, y menos delictivo, sujeto a responsabilidad penal.

b) Nombramiento legítimo.-

Por este supuesto se puede considerar que siendo el juez elegido por diferentes sistemas legítimos, como el concurso público que lleva a cabo el Consejo Nacional de la Magistratura, o los procesos de selección de jueces supernumerarios, llevado a cabo por el Poder Judicial, el nombramiento como juez es legítimo, legal, garantizado por el sistema normativo y estatal.

c) Cumplimiento de su función.-

Por este supuesto, el juez sólo estaría cumpliendo su función, pues emitir una resolución de prisión

preventiva, cuando corresponde, es sólo una atribución o facultad que le otorga la ley, y que de no hacerlo estaría incurriendo en prevaricato u omisión de funciones de cargo.

d) Mecanismo necesario para mantener el orden social.-

Supuesto por el cual la necesidad de administrar justicia está instituida por la propia Constitución Política, y que exige o requiere del juez para mantener el orden social a través del derecho.

EPÍLOGO

Resulta monstruoso, a nuestro parecer, que en pleno siglo, aún se envíen a los seres humanos a la prisión (a excepción de los que cometen delitos contra la vida, el cuerpo y la salud -como el homicidio, la violación sexual, etc., por ser estos bienes jurídicos irreparables), si se conoce perfectamente que los efectos de la reclusión sólo retrasan, o cambian los métodos de la delincuencia (el delincuente puede monitorear sus actos delictivos desde la prisión, puede formar sus propias redes delictivas con los otros internos, etc.); resulta sorprendente que nos auto engañemos tanto, inventando (preferentemente en el Congreso) fórmulas inocuas para aumentar las penas como medidas contra la delincuencia. Resultan poco inteligentes estas medidas, que sólo son instrumentos de popularización, de “inteligencia emocional electoral”. No estamos de acuerdo con la delincuencia, menos en desacuerdo con la emisión de instrumentos, medidas para contrarrestarla, anularla, y combatir cualquier acto delictivo, pero creemos que en este tiempo deberíamos

“repensar” cómo asumimos estos temas (mandar a la cárcel a todos ²⁹ es matemáticamente imposible y, políticamente ineficiente como medida de gobierno para que la sociedad pueda convivir pacíficamente). Aún no parece verse la monstruosidad de mandar a la prisión a otro ser humano, acto que –estoy seguro– se verá en el futuro de la misma forma como se observa en este tiempo a los verdugos (que cortaban la cabeza con un hacha en plena plaza de la ciudad, y para proteger su identidad usaban capuchas que cubrían su rostro, como ahora se usan cargos, títulos, o justificaciones como *juez, fiscal, abogado, autoridad*, para evitar cualquier contradicción a dicha función o actividad, aunque sea monstruoso en beneficio social) de antaño.

Por eso, a contracorriente, nos atrevemos a proponer que todos los delitos cometidos contra el patrimonio, o aquellos que no tengan que ver directamente contra la vida, el cuerpo y la salud, sean despenalizados de la prisión, y que se adopten con ellos otras sanciones ya existentes o por crear, como grilletes electrónicos –que tan bien son barbaridades, pero menos graves que la cárcel-. Es hora de diseñar nuevas categorías represivas más humanas y menos dañosas.

Aún en estudio nuestras propuestas, pensamos sin embargo que los siguientes tipos de delitos, por ser contra el patrimonio, y que no pongan en riesgo la vida, la salud, o la integridad física y psíquica de la persona, deben ser repensados para reducir, o anular la pena privativa de la libertad (cárcel), pues esta no está de acuerdo con el delito sancionado, porque sobrepasa el castigo a la finalidad de la pena; por no existir

proporcionalidad entre la pena impuesta y la sanción realmente sufrida (que adhiere a ella la vulneración a otros derechos como la vida, el cuerpo y la salud).

Así proponemos la despenalización de los delitos de Aborto (Auto aborto, Aborto consentido, Aborto preterintencional, Aborto terapéutico, Aborto sentimental y eugenésico), Calumnia, Injuria, Bigamia, Matrimonio con persona casada, Inobservancia de formalidades legales, Fingimiento de embarazo o parto, delitos contra el patrimonio que no involucren la defensa de la vida de las personas; además de otros delitos que serán explicados en un libro denominado “¿Qué pena me da el Derecho?”. A propuesta incipiente aún planteamos convertir los delitos anteriores en embargos económicos o indemnizaciones económicas a la víctima y al Estado.

Cabe indicar además, que el Derecho no puede ser manejado y decidido por una tiranía de la mayoría, mal representada por pequeños grupos que salen a la calle, o por interesados medios de prensa que ejercen presión mediática, social, sobre magistrados para persuadirlos de aplicar medidas de prisión, sea preventiva o definitiva; menos se debe permitir la tiranía de una mayoría congresal, porque allí donde no se tiene posibilidad de competir, no existe libertad de elección y menos existe democracia; por eso, es necesario considerar lo que escribiera Stuart Mill, en su obra Sobre la Libertad, “*La tiranía de la mayoría se incluye ya dentro de las especulaciones políticas como uno de esos males contra los que la sociedad debe mantenerse en guardia*”.

Nuestro sistema penal vigente es netamente carcelario, consciente incluso que la prisión no resuelve el problema insiste irracional y emotivamente en el aumento de los años de sanción de carcelería. Inconciencia que se ha devenido en una falaz fórmula para resolver el problema de la delincuencia. Deformándose la noción de civilización y degradándolo a un mero tratamiento organizativo. La prisión preventiva ha suplido falsamente una deficiencia social, la impunidad de la delincuencia y el desapego de la participación activa en las soluciones. El fenómeno de la desprotección de los derechos fundamentales del ser humano está incluso en claves instituciones jurídicas (que tienen el deber de velar por la integridad del ser humano), así se han inventado instituciones jurídicas para sustraerse –con apariencia de legitimidad- de la verdadera solución, como la «*sustracción de la materia*» en el campo del Tribunal Constitucional, o la de «*no intervención en el fuero ordinario*», valoración y calificación del tipo delictivo y vinculación del imputado con el delito, o imposición de la prisión preventiva como una «*no sanción*», sino como una *medida cautelar personal*, sin considerar los efectos reales en el reo; actos que han permitido se vayan extraviando las reales soluciones que se deben plantear y la desprotección del ser humano y sus derechos. Otros elementos mal usados en reiterados casos son aquellos requisitos procesales como los aludidos «*graves y fundados elementos de convicción de vinculación del imputado con el delito*», que muchas veces sólo han servido para quitarle la calidad de derecho fundamental a la vida, a la libertad, con la formulación de ser una «*excepción*» a la norma general, constitucional, y no una sanción previa, aduciendo para tales efectos otra

falacia: «que no se ha violado flagrantemente el principio de presunción de inocencia», que en esta materia, bajo el amparo de precisar su necesidad en términos como «razonabilidad», «ponderación», mal concebidos, han sucumbido a la realidad, y quebrantado el *principio de inocencia*, puesto que un principio que deja de ser tomado en cuenta como prioritario, como «principio» y no «secundario», revela que algo está pervertido en la concepción del sistema procesal penal, y peor, en nuestro sistema mental; pues se justifica con el texto, la dogmática, el positivismo. Esto, en la realidad, se revela contrario a la naturaleza del Derecho: «servir al ser humano a través de la justicia».

Además, elementos como «riesgo procesal» han olvidado el «riesgo humano, individual, personal» que corre la vida, la libertad, la integridad física y psíquica; bienes jurídicos que han sido obviados enmarañados por una priorización del objeto antes que, del sujeto, priorización del proceso antes que del ser humano. Así también, «riesgo procesal», «obstaculización del proceso», «peligro de fuga», (que existirán siempre –que deben ser considerados legítimos en caso de inocentes, y que deben contemplarse de la misma forma como se valora el principio de no autoincriminación), han sido los otros elementos para pervertir el sentido del sistema procesal penal: impedir la delincuencia, impedir la impunidad, lograr el bienestar de la sociedad, proteger los bienes jurídicos, proteger al ser humano. De esta forma, la rebelión contra un *debido proceso* debe tomarse de igual forma como se considera el *derecho a la insurgencia* en caso de contravenir los derechos fundamentales de la persona. De esta forma, a nuestro parecer, el inocente no

sólo tiene el derecho de fugarse, no asistir al proceso, etc., sino el deber de rebelarse contra todo acto contrario a la ley y a su inocencia. No se puede permitir, en un Estado de Derecho legítimo y verdadero, las excepciones en este tipo de casos. La presunción de inocencia o existe o no existe; no hay un ratio intermedio. El juez no puede conformarse con *elementos convincentes* de la posible vinculación del imputado con el delito, sino debe estar completamente *seguro, convencido*; pues, de emitir prisión preventiva sin dicha *seguridad*, el juez estaría «prejuzgando», haciendo un «prejuicio», y esto invalidaría su accionar. El problema es mucho más *grave y fundado*, puesto que incluso las prescripciones de las *sanciones* penales con el *delito* a combatir o sancionar por lo general resultan desproporcionales a todas luces. Es absurdo, descarado y grotesco cómo se cierran los ojos ante esta evidencia *grave y fundada (la desproporción entre delito y pena; sanción y solución)*, basadas en el lente del texto, de lo ya racionalizado y puesto en el texto, e incluso argumentado en la nueva diosa de las fuentes del Derecho en nuestro medio, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que sin el mayor detenimiento, premunido de *presupuestas razones o argumentos* preceptúan a la *prisión preventiva* -reiterativamente- como una «*no sanción*», como acto no violatorio de la Constitución. ¿Qué mayor violación que la pérdida de la libertad y la exposición a peligro del ser humano, sin haberse probado -debido proceso- la debida responsabilidad y culpabilidad del imputado? ¿Cómo internar al imputado por «presunciones, acaso graves y fundados elementos de convicción» que no han sido tamizados por la prueba y la falta de «duda razonable»? ¿Acaso no existen -o no se pueden inventar

legítimamente- formas de evitar el riesgo procesal, la impunidad, u otras medidas penales diferentes a la prisión preventiva? Aclaramos, de nuevo, que no estamos a favor de la impunidad, ni de la delincuencia, tampoco en contra de los magistrados, jueces y fiscales, sino a favor del respeto «absoluto» de los derechos fundamentales de la persona, como la *vida*, la *libertad*, la *integridad física y psíquica*. (...).

Nuestra conclusión es que el Juez no es un delincuente per se, pero debe priorizar al ser humano antes que a la ley.

-
- ² La mayoría de las notas se encuentran en el libro original "Permiso para delinquir (...) Libros sobre el Juez. Pág. 57 (Libro original).
- ³ Multidimensionalidad del texto. Pág. 57.
- ⁴ Microcuento. Las Noches de Adán: Capítulo Uno: El Paraíso. Pág. 57.
- ⁵ Aclaración. Pág. 57 (Libro original).
- ⁶ Pinturas sobre el Juez. Pág. 57.
- ⁷ Sentencia:. Pág. 57.
- ⁸ Dos nociones de Derecho. Pág. 57.
- ⁹ Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus Representantes. Ermo Quisbert. Ediciones CED, pág. 27.
- ¹⁰ Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá. Derecho Penal del enemigo. Ediciones Civitas. Pág. Pág. 26.).
- ¹¹ Saberes dominantes. Pág. 62.
- ¹² El Contrato Social. Pág. 62.
- ¹³ Principio de Culpabilidad. Pág. 217.
- ¹⁴ Jurisprudencia TC Prisión preventiva. Pág. 217.
- ¹⁵ Microcuento: ¡Sospechoso!. Pág. 219.
- ¹⁶ Microcuento: ¿Erase una vez un delincuente? Pág. 221.
- ¹⁷ Alberto M. Binder. Introducción al Derecho Penal. Ediciones Ad-Hoc.. Págs. 129, 130.
- ¹⁸ Francesco Carrara. Derecho Penal. Biblioteca Jurídica Digital.
file:///C:/Archivos%20de%20programa/Archivarius%2..._CLASICA/D_PENAL(Francesco_Carrara)/Tema%2010.htm (1 de 2)
[02/08/2007 14:16:12]
- ¹⁹ Los presupuestos filosóficos del Derecho Penal Contemporáneo, Conversaciones con Gunther Jakobs. Esteban Mizrahi. Ediciones de la Universidad Nacional de la Matanza. Pág. 50.
- ²⁰ Los presupuestos filosóficos del Derecho Penal Contemporáneo, Conversaciones con Gunther Jakobs. Esteban Mizrahi. Ediciones de la Universidad Nacional de la Matanza. Pág. 50.
- ²¹ José María Asencio Mellado. Cuya página web, o dirección electrónica se encuentra en la siguiente ruta:
<http://www.incipp.org.pe/modulos/documentos/archivos/regulacionprisionpreventiva.pdf>
- ²² Gabriel Chávez – Tafur. Pág. Web.: <http://www.revistaidedele.com/ideele/content/la-prisi%C3%B3n-preventiva-en-per%C3%BA-%C2%BFmedida-cautelar-o-anticipo-de-la-pena>.
- ²³ Este artículo ha sido publicado en el Manual del Código Procesal Penal. AAVV. Gaceta Jurídica. 2011. 1 Juez Penal (P) de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Profesor de Derecho Procesal Penal de las Maestrías de Derecho Penal y Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad San Martín de Porres y Academia de la Magistratura. Doctor en Derecho. Magíster Penal. Autor del Manual del Nuevo Procesal Penal & De Litigación Oral).
- ²⁴ La prisión preventiva en el Perú. Estudio de 112 Audiencias en 7 Distritos Judiciales con el Nuevo Código Procesal Penal.- Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA -Pág. 7.
- ²⁵ Informe N° 12/96).(Ana C. Calderón Sumarriva. El Nuevo Sistema Procesal Penal – Análisis crítico. Editorial EGACAL. Págs. 230, 231.
- ²⁶ El Concepto de Delito – Bentham. Pág. 228.
- ²⁷ Jurisprudencia TC - ¿Prórroga automática. Pág. 230.
- ²⁸ La prognosis de la pena, teoría del fin del tiempo y Howskin. Pág. 252.
- ²⁹ ¿Yo, el delincuente? Pág. 303.

**TÍTULO III:
¿LA FAMILIA EN EL DERECHO PENAL**



LA FAMILIA EN EL DERECHO PENAL



¿Qué es la familia hoy?, ¿cuál su importancia y sentido?, ¿cuál su fundamento o el principio por el que se rigen? Uno de los fundamentos podría ser el siguiente: *“Es la continuidad de las relaciones sexuales, así como la necesidad de supervivencia y protección de las crías lo que desemboca en lo social y lleva a constituir la familia en su sentido más elemental, esto es, la unión de padres con las crías.”*¹. Hay aquí algunos elementos interesantes: *“la continuidad de las relaciones sexuales”*, con lo cual tendríamos que recordar necesaria e ineludiblemente a Freud y su teoría sexual. La pregunta se transmutaría de la siguiente manera: ¿es la familia sólo una necesidad sexual, una consecuencia de la sexualidad? Sin embargo, cabe aclarar que, para nosotros, no son las “relaciones sexuales” el elemento aislado lo que constituye la familia. Puede apreciarse, además, cómo considera a la familia nuestra normatividad. Allí encontraremos otro elemento de la composición familiar: la existencia de los hijos. ¿Esto indicaría que no puede haber familia sin hijos?

El diccionario Omeba explica que en una familia existe “*una actividad sexual seleccionada y estable*”, al menos oficialmente reconocida y aceptada. Pero, como dijimos, no se trata sólo de “*sexo selectivo y estable*”, sino de otros elementos más: los hijos. Es decir que “*irse a la cama*” con alguien elegido y estable no es el único y principal fundamento de la familia. Pero, podría decirse que si no es el fundamento eje al menos sí es la razón por la cual empieza o se origina una familia en la mayoría de los casos actuales. Los ejemplos son múltiples. En nuestra sociedad las familias se constituyen evidentemente por un “*descuido*”, y no por un acto planificado. O si no, ¿alguien con hijos se atreve a negar que se casó porque “*metió la pata*”, antes de tiempo? En mi corta experiencia he sabido más de hijos accidentales que de hijos planificados. Sin embargo, no me queda muy claro si el embarazo de la mujer es muy “accidental”. Me parece más bien que la mayoría de las mujeres tienen un instinto maternal demasiado interiorizado por la moral y el romanticismo chicha. Tener hijos es, para la mujer, uno de sus objetivos terminales, un lugar a donde quieren llegar siempre, en diferentes tiempos, pero al que aspiran como única recompensa de su existencia, o mejor, como el único “sentido” verdadero de su existencia. Esto está dicho, claro está, desde una perspectiva subjetivísima y desde la condición de hombre.

He querido decir lo anterior, para mostrar cual es el fundamento, en la actualidad, de la familia: la madre. Alrededor de ella se teje lo demás. No es en vano el hecho de que la madre se relacione más con los hijos que el padre; Santisteban explicaría el porqué: “*En todos los*

animales es el hombre el que más tiempo necesita de la protección y cuidados de la madre para sobrevivir, o de cualquier otro miembro de su especie capacitado para hacerlo hasta que esté en condiciones de valerse por sí mismo.”²

Por otro lado, la ley nos ha preservado de los peligros de la familia, por ejemplo, un juez no puede serlo en un proceso donde alguna de las partes tenga parentesco por consanguinidad o afinidad con el juez, etc. Esto significa una clara conciencia del rol fundamental que juega la familia en la actualidad. Así también sus funciones podemos identificarlas -usando el esquema de Santisteban- y agruparlas en cuatro categorías: sexuales, reproductoras, socializadoras y económicas. Habría que analizarlas en conjunto, tomando como referencia a Santisteban, pero desde nuestro lente.

Como dijimos, la familia no puede ser considerada sólo como una relación de dos seres humanos que tienen sexo estable y seguro. La función sexual no determina la familia. Hoy incluso puede, a través de la tecnología, tenerse hijos sin que la pareja de adultos que conforman la familia haya tenido relaciones sexuales. Por otro lado, en otros países los adultos no necesitan tener diferente sexo, es decir que la familia para ser tal no necesitaría de dos adultos heterogéneos (de diferente sexo) en convivencia y bajo ciertas normas morales, religiosas y legales, con la existencia de hijos. Una familia puede ser establecida por una pareja de adultos del mismo sexo, con un menor adoptado. Eso, por supuesto, no se da en

nuestra sociedad. Por otro lado, podemos observar además que, por ejemplo, en “... *el sistema de los mayas de la India, que aceptan una familia sin esposo, donde no hay reconocimiento del padre biológico ni lugar para padres o maridos. Esto significa también que no siempre la familia es un grupo doméstico en el que viven juntos padres e hijos y que existen diferentes pueblos en los que se dan singularidades con respecto a ella.*”³.

En lo referente a la función reproductora, puede decirse que ese tampoco es el único factor de la familia. Tener hijos, por ejemplo, en la antigüedad era una necesidad religiosa “*una buena excusa para que la gente se cargase de hijos en beneficio del sistema.*”⁴; en la época de los incas era más bien un acto de organización social, trabajadores para el Imperio Incaico; en la modernidad los hijos han resultado siendo aquel número de trabajadores para las industrias, etc. En cuanto a las funciones socializadoras de la familia, son ampliamente conocidas. Y respecto a la función económica de la familia, podríamos empezar diciendo que tal vez ésta constituye una manera de conseguir “chamba”, trabajo. Por ejemplo, está probado, por los hechos, más que por estadísticas, que quienes entran a trabajar a una institución lo logran, no por su capacidad, este constituye un mínimo porcentaje de los requisitos exigidos, sino por su relación familiar. Aparte, que muchas veces sirve -la relación familiar- como una especie de complicidad (en el sentido legal) de su pariente. Baste recordar los antecedentes de nuestra historia jurídica y política. En una entrevista sobre la delincuencia callejera (robo al paso), un delincuente fue preguntado sobre “*cómo salía*

de la cárcel después de robar y ser detenido”; a lo que el delincuente dijo: *“mi ama conversa con los señores (policías) y salgo”*. Eso era todo, la madre del delincuente *“conversaba”*⁵ con los policías y listo. No es difícil saber cuál es la base moral con que se mueve la madre en este caso -su amor maternal-. Esto demostraría cómo influyen, o qué tipo de relaciones de fuerza, de poder, existe o se crea a través de la relación familiar. No olvidemos a las famosas familias de la mafia italiana, o, en otro tiempo, a la familia de los Médicis, etc. La familia puede convertirse en estos casos en factores de «impunidad»; hechos que son necesarios combatir con estrategias ejecutivas, legales y culturales para combatir la delincuencia.

Este fenómeno parece no haberse visto o estar como estrategias o políticas de Estado para combatir la delincuencia. Hay varias razones para ello, como que la familia es un signo o lazo sentimental, sanguíneo o colateral que une a las partes en una especie de «complicidad» o, «comprensión» de cualquier acto –sea o no delictivo- del miembro de la familia. Esto se ve agravado en las madres, que parecen confundir su concepto de “madre”, y se convierten en verdaderas «cómplices» de los actos delictivos de sus hijos, apañando, ocultando (¿delito de encubrimiento personal?) o minimizando las conductas ilícitas de los hijos. La existencia de las leyes para evitar, combatir o sancionar el nepotismo no son suficientes, porque el fenómeno no se trata en su esencia, es decir en el hecho o factores que produce el delito. ¿cómo combatir contra la complicidad en estos casos? Cultivando las estrategias

culturales, educando a las familias para asumir nuevos compromisos con sus integrantes, hacer que un lazo superior al de la familia sea el del respeto de los derechos de los demás, aplicando políticas económicas para contrarrestar la cultura de la complicidad familiar. La importancia de trabajar en estos factores, impunidad, protección, complicidad de la familia de sus miembros delincuentes, es de suma gravedad, y si lo queremos plantear estadísticamente podríamos hasta ensayar una fórmula. Supongamos que un delincuente comete un delito cualquiera, y la madre, por aquella concepción supra valorada de proteger a su hijo a costa de todo, lo esconde, no le recrimina sobre su acto delictivo, lo encubre. Esto significaría que además del delincuente, éste último estaría «convirtiendo» a su madre en otra «delincuente» por encubrirlo, protegerlo de la ley, etc. Haciendo cálculos, se puede decir, que un delincuente, al hacer partícipe, o cómplice a su familia –madre, padre, hermanos, etc.- está «multiplicando» el número de delincuentes que la sociedad tiene que combatir. Es decir, las políticas de Estado previenen mecanismos para combatir al delincuente, pero olvidan, o dejan en un lado oscuro, obviado a sus familiares. O lo que es lo mismo. Si se produce diez robos, la estadística –como ejemplo- debería ser que existen diez delincuentes; no obstante, la estadística real debería contabilizar también a los encubridores. Esta estadística no parece ser tomada en cuenta seriamente para afrontar el delito. Allí la propuesta para combatir la delincuencia desde el ángulo de las familias.

1 *Silva Santisteban, Fernando. Introducción a la Antropología Jurídica. Fondo de cultura económica del Perú. pág. 152.*

2 *Silva Santisteban, Fernando. Introducción a la Antropología Jurídica. Fondo de cultura económica del Perú. pág. 152.*

3 *Silva Santisteban, Fernando. Introducción a la Antropología Jurídica. Fondo de cultura económica del Perú. pág. 153.*

4 *Fernández de Castro, Chimo de. La otra historia de la sexualidad, Ediciones Martínez Roca, Ficha 22.*

5 *Este “conversar” con la policía supone, en el argot popular pagar un precio a la policía, para que olvide el delito.*

**TÍTULO IV:
EL NUEVO CÓDIGO PENAL**



EL NUEVO CÓDIGO PENAL



EL PREDICTAMEN DEL CONGRESO SOBRE EL NUEVO CÓDIGO PENAL

El jueves 12 de mayo del 2016, una noticia remecía silenciosamente el país: se debatía la aprobación del predictamen del nuevo Código Penal, reformando, actualizando, corrigiendo, ampliando, reduciendo, el anterior Código Penal peruano, publicado en el año 1991. Leer el Pre Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, del periodo anual de sesiones 2014, 2015 del Congreso, es realmente un dolor de cabeza, pues son ciento cincuenta y dos proyectos de ley que a esa fecha presentaban los congresistas para modificar el código penal. La Comisión de Justicia tuvo que trabajar, revisar, los proyectos de Ley presentados por los congresistas^(xxx) respecto a modificaciones al Código Penal, y luego ha construido un texto sustitutorio y propuesto la Ley del Nuevo Código Penal.

Los proyectos de Ley del legislativo, enunciados, tienen diverso contenido; así proponen, entre otros proyectos de ley: 1) La ley de protección del consumidor de la concertación de precios y sanción penal de las conductas atentatorias contra la libre competencia; 2) El proyecto de ley de incorporación de inhabilitación perpetua, incremento de la pena al delito de violencia y resistencia a la autoridad; 3) La tipificación del delito de retardo en la administración de justicia; 4) El proyecto de ley que deroga los delitos cometidos por medio de la prensa u otro medio de comunicación social; 5) La represión del delito de especulación y direccionamiento en la venta de textos escolares; 6) La ley de “Tolerancia Cero a la conducción en estado de ebriedad”; 7) La ley de declaración de la imprescriptibilidad de los delitos de violación contra menores de edad; 8) La ley del establecimiento de modalidades especiales del delito de traición a la patria en tiempos de paz; 9) El proyecto de ley del establecimiento de penalidad para los delitos de Terrorismo y los procedimientos para la Investigación, la Instrucción y el Juicio; 10) El proyecto de Ley que sanciona el sicariato de menores como adultos; 11) El proyecto de Ley que crea los tipos penales de adulteración de insumos agrarios y comercialización de insumos agrarios prohibidos; 12) El proyecto de ley de ampliación de las penas y sanción de inhabilitación perpetua a los conductores que manipulando vehículo automotor en estado de ebriedad o drogadicción causan la muerte de la víctima; 13) Ley que incorpora en el Código Penal la figura del delito previsional; 14) La Ley que tipifica el delito de injuria racista, modificando el

artículo 130 del Código Penal; 15) La Ley que regula las faltas a la persona, las constantes amenazas, amedrentamientos, hostilizaciones o agresiones con gestos obscenos o de palabra; 16) El proyecto de Ley que modifica el delito de apología y establece agravantes para el delito de apología al terrorismo; 17) El proyecto de Ley que modifica el artículo 296 del Código Penal y penaliza el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos; 18) El proyecto de Ley que penaliza el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en espacios públicos o abiertos al público o en presencia de menores de edad; 19) El proyecto de Ley que modifica el artículo 124 del Código Penal, lesiones culposas, incrementando las penas; 20) El proyecto de Ley que modifica el artículo 418 del Código Penal, extendiendo el delito de prevaricato a los miembros de los tribunales administrativos o de los órganos colegiados, así como a los notarios que emitan resoluciones y/o actos contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas; 21) El proyecto de Ley de seguridad turística; 22) El proyecto de Ley que modifica los artículos 58 y 64 del Código Penal, incluyendo el pago de la reparación civil como regla de conducta; 23) El proyecto de Ley que incorpora el artículo 274-B del Código Penal, ampliando la punibilidad a los acompañantes de los conductores en estado de ebriedad o drogadicción; 24) El proyecto de Ley que modifica el artículo 418 del Código Penal, con la finalidad de incorporar al árbitro como sujeto activo del delito de

prevaricato; 25) El proyecto de Ley que modifica el artículo 418 del Código Penal, con la finalidad de incorporar al árbitro como sujeto activo del delito de prevaricato; 26) El proyecto de Ley que modifica el artículo 111 del Código Penal con la finalidad de agravar la pena en razón de las víctimas y reafirma la responsabilidad institucional en los delitos cometidos; 27) El proyecto mediante el cual se propone la Ley que sanciona el uso de niñas, niños y adolescentes por el terrorismo, narcotráfico y crimen organizado; 28) El proyecto de Ley que incorpora los delitos de minería ilegal del Código Penal en la Ley contra el Crimen Organizado; 29) El proyecto de Ley que regula los alcances de la imposición de la reparación civil en el marco normativo penal; 30) La Ley que modifica el artículo 36 y 38 del Código Penal, estableciendo la duplicidad del plazo de la inhabilitación para los sentenciados comprendidos en los artículos del 376 al 401 del Código Penal; 31) El proyecto de ley que propone incorporar los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos y sancionan los actos de crueldad que se ejercen contra los animales; 32) El proyecto de Ley que reforma el delito de extorsión en el Código Penal; 33) El proyecto de Ley que modifica el Título XIV, Capítulo I del Código Penal e incorpora al artículo 315 B, que sanciona delitos cometidos en espectáculos masivos; 34) El proyecto de Ley de Prevención, Atención y Sanción del Acoso Sexual en los espacios públicos y de reforma del Código Penal, modificando los artículos 176, 176-A, 183 y 450 del Código Penal; 35) El Proyecto de ley para la creación de los Juzgados de vigilancia penitenciaria al sistema de

ejecución penal; 36) Proyecto que propone incorporar al Código Penal la Ley que sanciona el acoso laboral; 37) Proyecto de ley que sanciona a funcionarios públicos que permiten el delito de usurpación agravada; 38) Proyecto de ley que dispone la eliminación de los beneficios penitenciarios de semilibertad, liberación condicional y suspensión de la ejecución de la pena para los delitos de corrupción; 39) Proyecto de Ley que regula la gestión de intereses y prohíbe la gestión indebida ante la administración pública; 40) Proyecto de Ley que incorpora al Código Penal el delito de explotación de menores de edad e incrementa pena del delito de exposición a peligro de persona dependiente; 41) Proyecto de Ley que determina el comiso de los bienes utilizados en trata de personas; 42) Proyecto de Ley que modifica los artículos 176 y 176-A del Código Penal, por el que incorpora el delito de acoso sexual callejero; 43) Proyecto de ley que sanciona a los que usan a menores de edad para cometer el delito de asesinato por lucro; 44) Proyecto de ley que modifica el Código Penal e incorpora el delito de ejercicio ilegal de la gestión de intereses en la administración pública; 45) Proyecto de ley que incorpora el delito de aborto culposo y modifica el artículo 124-A del Código Penal; 46) Proyecto de ley que incorpora el delito de perjurio en el Código Penal; 47) Proyecto de ley que modifica el numeral 8 del artículo 359 del Código Penal, a fin de sancionar con mayor severidad a quien promueva y financie la trashumancia electoral o “voto golondrino”; 48) Proyecto de Ley que modifica los artículos 1 y 10 de la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos, con el fin de evitar que se sancione injustamente conductas no dolosas; 49) Se propone Ley

que modifica el Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado; 50) Se propone la Ley que incorpora el inciso 12 al artículo 186 del Código Penal, que incorpora como circunstancia agravante del delito de robo y hurto de turistas nacionales o extranjeros; 51) Se propone la Ley que modifica los artículos 20 y 22 del Código Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo 635, referente a rebajar la edad para la imputabilidad restringida para aquellos adolescentes que se encuentran en el rango de los 15 hasta los 18 años; 52) Proyecto de Ley que modifica el artículo 425 del Código Penal, que considera como funcionario o servidor público a los árbitros en los procesos arbitrales cuyas actuaciones decidan controversias derivadas de las contrataciones públicas; 53) Proyecto de Ley que amplía la protección de la legítima defensa; 54) El proyecto de Ley que incorpora el artículo 321-A que regula el delito de tratos crueles, inhumanos o degradantes; entre otros proyectos presentados por los legisladores.

Sanciones desproporcionadas y contradictorias:

El Predictamen con el texto sustitutorio de la Ley del Nuevo Código Penal no ha logrado el consenso necesario para ser publicada, e incluso el Ejecutivo observó algunos aspectos como el tema de la «*proporcionalidad*» de las penas, que serían divergentes, y «*desproporcionales*» en distintos tipos de delitos. En la pág. Web de Radio Programas del Perú (RPP)^(xxxix), se publicaba un artículo denominado: «¿*Por qué el nuevo Código Penal genera*

tanta polémica?». Dicho artículo fechado el 07 de mayo del 2016 – 10:45 AM, ensaya una explicación al respecto. Reseña que el Ejecutivo ha observado que en la Nueva Ley del Código Penal existirían deficiencias como la falta de *proporcionalidad* en la sanción en varios tipos delictivos; así por ejemplo: 1) Desproporción de sanciones entre el delito de Sicariato (cadena perpetua) y el de Genocidio (35 años de pena privativa de la libertad -ppl); 2) Evidenciar la desproporción de sanción del delito de “robo agravado” que tiene una pena mayor que el de “violación sexual”; 3) La desproporción que tiene el delito de “Tortura” (5 a 10 años de ppl), y el de “Lesiones leves agravadas (14 años); 4) Así también el delito de “Asesinato a miembros de la PNP, FF.AA, magistrados, fiscales, autoridades elegidas y otros” prescribe de 25 a 35 años ppl, con el actual código penal, “mientras que con el nuevo proyecto de código penal la sanción sería de 20 a 35 años de ppl; 5) A su vez, las *Lesiones graves seguidas de muerte* en el actual Código Penal se sanciona con pena de 15 a 20 años, mientras que con el nuevo Código Penal sería de 12 a 15 años ppl. 6) Además, sobre el “*Terrorismo* en la modalidad de afiliación terrorista la pena pasa de 20 a 15 años, y en la conspiración terrorista se disminuye la pena de 15 a 20 por la de 5 a 10 años de ppl”. 7) En los delitos de *abandono a menor* es de 2 a 3 años mientras que la exposición de un animal doméstico es de 4 años. 8) En el delito de chuponeo, interferencia de las comunicaciones, la pena prescrita es de 5 a 10, la misma que con el nuevo Código Penal sería de 4 a 6 años de ppl.

Mientras tanto el diario “*El Comercio*”, en un artículo

periodístico^(xxxii), señalaba que la votación para aprobar la ley del nuevo Código Penal fue pospuesta, en mérito a la crítica del Ejecutivo de la desproporción en las penas de algunos tipos delictivos y retroceso en la disminución de las penas de otros tipos delictivos. El mismo artículo periodístico indica que las penas se han aumentado, así: a) El *feminicidio* con penas no menores de 15 años, se extendería a no menor de 25 años de ppl; b) El *parricidio* de 15 años pasaría a 25 años de ppl; c) Las *lesiones graves* pasaría de 8 a 10 años de ppl; d) El *homicidio* calificado pasaría de 15 años de ppl. a otra de 20 y 35 años ppl., etc.

El matiz necesario para el nuevo Código Penal

Los matices necesarios para la ley del nuevo Código Penal tienen que tener en cuenta: a) La *proporcionalidad* de la sanción con el delito cometido. Esto no sólo supone hacer una tabla que pueda equilibrar la severidad de las sanciones en concordancia con los otros tipos delictivos (por ejemplo que el *robo agravado* no puede tener una pena superior a la que se le aplica al delito de *violación sexual*, etc.), sino que la proporcionalidad pueda observar el tipo delictivo con la sanción, es decir, si el delito es de robo simple (agravio en el patrimonio), no puede aplicarse una sanción que agravie la vida –que va adherida a la libertad- del imputado, delincuente, porque estas nociones, valores, objetos o bienes jurídicos no se corresponden, no son «equivalentes»; b) El nuevo Código Penal debe concordarse con la nueva legislación procesal penal, es decir, ser «*garantista*», que significa priorizar la defensa de los derechos fundamentales –como la vida y la libertad; c) Se debe precisar que el objetivo no es sólo

la *sanción* sino la *disuasión* de los delitos, puesto que siendo la naturaleza de la normatividad penal esencialmente «el castigo», y en la antigüedad además incorporar la «subordinación» del ciudadano al orden público, en la actualidad la finalidad de las normas jurídicas penales debe generar otros efectos (resocialización, reincorporación, prevención, disuasión, etc.), así cada norma penal que indica una sanción, sea privativa de libertad, limitativa de derechos, etc., debe además incluir la indemnización a la víctima por el delito cometido y una deuda económica para con el Estado por el uso del sistema judicial por causa o culpa del delincuente; d) Incorporar los nuevos tipos delictivos, etc., entre otras.

Por último, lo claro y «necesario» es la urgencia de publicar un nuevo Código Penal, modificado, corregido, ampliado, y trabajado en sus temas más importantes, como la proporcionalidad entre otros factores; no hacerlo comprometería el deber que tiene la sociedad, el Congreso, Ejecutivo, Poder Judicial, etc. en la lucha contra la delincuencia, permitiría y perpetuaría la delincuencia y la *impunidad*.

**TÍTULO V:
PROPUESTAS PARA REFORMAR
EL DERECHO PENAL**



PROPUESTAS PARA REFORMAR EL DERECHO PENAL



La Genealogía del Derecho: ¿Estoy vivo?

“A las tres de la mañana: percibo este segundo; luego otro segundo. ¡A qué viene todo esto! A que he nacido. No hago nada, pero veo pasar las horas, lo cual vale más que tratar de llenarlas. (...) Desde mi infancia, percibía ya el deslizarse de las horas. (...) Sé que mi nacimiento es una casualidad, un accidente risible, y, no obstante, apenas me descuido me comporto como si se tratara de un acontecimiento capital, indispensable para la marcha del mundo (...) De pronto me sorprende lo extraño de esta expresión: ¡Estoy vivo! (...)”.
“Del inconveniente de haber nacido (Cioran).

Extraigo de la anterior cita una idea fundamental para el Derecho: “Estamos” vivos, porque como saben todos los abogados, el Derecho sólo puede existir si hay dos o más personas; de aquí nace una constante: el Derecho es una relación intersubjetiva, pero, además, un “acto de

supervivencia”, pues, se necesita para poder seguir viviendo: esa es su fundamental razón de ser. El Derecho tiene así consistencia gnoseológica, metafísica. Por aquello, el respeto a los otros deja de ser un acto de cortesía que obsequiamos a los demás, deja el radio de la moral o de las normas sociales, para transformarse en un fenómeno jurídico, en una obligación susceptible de ser compulsada físicamente –por la fuerza- a ser cumplida.

Primera hipótesis: 1) El Derecho es una afirmación de nuestra existencia, una garantía y acto de supervivencia, nacida de nuestras relaciones intersubjetivas. El Derecho ya no es sólo un conjunto de normas, o acaso un punto intermedio entre la anarquía y el despotismo, como dijera Bodenheimer: “Por su propia naturaleza el Derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo. Trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social. Para evitar la anarquía, el Derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, enfrenta el poder del gobierno”. El Derecho es un acto existencial, una experimentación gnoseológica, un mecanismo de supervivencia.

Primera afirmación: 1) Estamos vivos (conciencia existencial); y para seguir vivos (proyección del ser hacia la inmortalidad) necesitamos del Derecho, del respeto de los unos y los otros como una obligación jurídica. El Derecho así se convierte en una experiencia existencial, una fuerza que se origina en la confluencia de relaciones intersubjetivas y se afirma en la necesidad de la supervivencia, que se origina en ese “estar vivos”.

La transformación de la necesidad existencial en Derecho

Estar vivos es una necesidad que requiere transformarse en Derecho. Ese “estar vivos” ha de lograrse y garantizarse por la “persuasión” o por la “fuerza”. Es así que dicha necesidad se transforma en instituciones de creación, garantía y ejecución (Constitución, Códigos Penales, Civiles, Congreso, Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Fiscalía, Dependencias Policiales, Centros Penitenciarios, etc.). Jurídicamente dicha necesidad existencial se encuentra en el Artículo 1º de la Constitución Política, que establece que “la defensa de la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado”; y esto –la defensa de la persona humana- debe ser así no porque está en la Constitución, sino por su necesidad, razonabilidad y legitimidad, y digo legitimidad porque esta última palabra significa: que haya sido aceptada por todos a través de un mecanismo de filtración de la voluntad social que permita instituir la como ley o norma jurídica; así, una norma constitucional puede ser inconstitucional (dictaduras constitucionales, aunque suene contradictorio) cuando le faltan estos factores de legitimación: necesidad, razonabilidad, voluntad social; pero en especial, cuando le faltan la garantía de la supervivencia del ser humano. Así, la transformación de la necesidad de estar vivos, en derecho, tiene un orden metafísico.

Volvamos al asunto de la transformación de la *necesidad de estar vivos* en Derecho. Primero está la normatividad

jurídica: la Constitución Política, en su artículo 1º prescribe que la *defensa de la persona* humana es el fin supremo de la Sociedad y del Estado; allí se individualizan tres sujetos: Persona humana, Sociedad y Estado. Los dos últimos no pueden existir sin el primero, pues son producto y creación de éste. El artículo 1º de la Constitución es una forma de protección del individuo contra el propio individuo a través de tres configuraciones: persona, sociedad y Estado. Evidencia además este artículo que es necesario normas para perpetuar la vida, pues lo que es de por sí y para sí no necesita de normas jurídicas. Prescribir la defensa de la persona es una exposición de que existe posibilidad de indefensión, y que la naturaleza de las cosas o la realidad puede ser dañina a una condición: estar vivos. Así se crean las normas jurídicas como sistemas de protección y supervivencia. Las normas jurídicas, en este marco, son intromisiones contra la naturaleza, son violaciones a las leyes naturales, son una trasgresión y un rompimiento de un estado natural para construir un estado artificial, legal o virtual necesario. Por eso el Derecho nunca podrá ser natural sino contranatural; es más, el Derecho es una forma refinada de existencia, donde las normas nacen de la conciencia de insuficiencia de nuestras fuerzas para vencer fuerzas superiores. El Derecho es una forma refinada para perpetuar la existencia, la vida. El Derecho es erótico –si no me equivoco-, como diría en ciertos términos De Trazegnies: “Así como el erotismo es el refinamiento de la sexualidad, el Derecho es el refinamiento de la personalidad.”

Volviendo al contexto, tenemos también el Artículo 2º,

inciso 1, de la Constitución, que establece que toda persona tiene derecho a la vida, como un derecho fundamental, es decir, lo reconoce y categoriza como “único, irresistible e innegable” (condición gnoseológica). Por su lado, el Artículo 1º del Código Civil complementa a la Constitución y define que la vida comienza con la concepción, le atribuye a la persona humana la condición de sujeto de derechos desde su nacimiento. Aquí una incongruencia, si la vida humana comienza con la concepción, ¿cómo sólo se le reconoce como sujeto de derechos desde su nacimiento? La norma debería decir que se le reconoce como sujeto de derecho desde la concepción. Este fenómeno es inacabablemente utilizado para generar una controversia sobre la vigencia y aplicación del Derecho, enfocada mayormente en los casos de aborto, con dudas sobre ¿cuándo empieza la vida realmente?, ¿desde cuándo debe protegerse a la persona?, ¿cuándo es la concepción?, ¿Es abortiva la píldora del día siguiente?, etc. Es más, cuando la premisa es que el espermatozoide y el óvulo ya se encuentran en un mismo recipiente femenino, en oscuro, interesante y libidinoso interior de la mujer, las dudas sobre la protección de la vida se hacen más gaseosas. Sin embargo, habría que entender que un espermatozoide es una entidad con vida, y que un óvulo también es una entidad con vida, pero que al independizarse necesitan uno del otro para poder sobrevivir, necesitan de la concepción, fecundación. Así que la discusión no está en si hay o no hay vida, sino si existe la posibilidad de una nueva vida a partir de la unión de estos dos independizados agonizantes entidades sexuales (espermatozoide y óvulo). Al margen de aquello, la

protección de la vida se encuentra también en forma específica en el Código Penal, que es una respuesta específica frente al atentado, violación o extinción de la vida humana; así el Código Penal en su Título I prescribe las sanciones en los Delitos contra la vida, y clasifica los tipos de delitos como: Homicidio simple, Art. 106; Parricidio, Art. 107; Homicidio Calificado-Asesinato, Art. 108; Femicidio, Art. 108-B; Sicariato, Art. 108-C; Homicidio por emoción violenta, Art. 109; Infanticidio, Art. 110; Homicidio Culposo, Art. 111; Homicidio piadoso, Art. 112; y los diferentes tipos de Abortos: Arts. 114 y sgtes. Por su parte, el Derecho laboral también acoge esta noción de defensa de la vida, pues el trabajo es la posibilidad de subsistencia, los derechos a la maternidad y paternidad, los derechos pensionarios, salud, son reflejo de esta concepción de protección de la vida. Y así encontraremos muchas más normas jurídicas que protejan la vida.

Primera conclusión: El inicio de todo es “estar vivos”, en plural y no en singular –relación intersubjetiva. Pero para conservar esta condición de “estar vivos” es necesario transformar dicha necesidad en derecho, que es así un mecanismo de supervivencia y de inmortalidad.

Sin embargo, hay algo que puede ir contra la vida, contra nuestra necesidad existencial de supervivencia. Ir contra esta necesidad de vida, de vivir y los derechos que se adhieren a ella, como la salud, propiedad, educación, justicia, etc., etc. ha sido categorizado socialmente como Delito.

La delincuencia: una aproximación a su determinación: la interpretación.

Una estrategia de marketing.-

[Es necesario entrar en la atención del público, así que he de preparar un micro teatro. Tomo un libro con hojas de biblia, rompo una hojita, la extiendo, luego saco de mi saco un poco de tabaco (simulando que es marihuana) la pongo en el centro de la hoja de biblia, luego la enrollo, ensalivo, prendo un fósforo, para darle mayor relieve, y doy una pitada.] [Luego de mirar al público digo]:

Esta es la forma cómo se prepara un buen pucho de marihuana, miles de personas lo hacen a diario. La marihuana algunos países ya la han legalizado, y otras poco a poco la van integrando al consumo a través de categorías y adjetivos fascinantes y legitimadoras como “marihuana medicinal”. Lugares como Paraguay, Holanda, Corea del Norte, Portugal, Canadá, Barcelona de España, Estados Unidos (Colorado, Washington, Alaska, Oregon, Columbia), Bélgica, Suiza, Jamaica, México; y cosa asombrosa, acaso extraña y vanguardista, en nuestro país, el “consumo” está también permitido; al margen de toda la historia del consumo o comercialización de la marihuana. Quería entrar con esta escena para hacer una grave pregunta: ¿Es esto que he hecho, armar un puchito de marihuana, fumarlo delante de ustedes, un acto que demuestra que ¿soy un delincuente? Acaso es necesario primero hacer una anotación previa: en el Perú el consumo está permitido (Art. 296-A del Código Penal) pero la comercialización no). Vuelvo a preguntar: ¿Este acto que acabo de

escenificar constituye consumo o proviene de un acto de comercialización? Es un delito o no. Para saber esto tenemos que ver la conducta; y aquí empieza mi discurso (al margen que el puchito no es marihuana sino simple tabaco). Pero aquí salta una observación: Un hecho para ser delito tiene primero que ser «interpretado» como tal y encapsulado en una norma penal, estar como delito en un código penal.

Hipótesis: El delito requiere para ser tal sufrir un acto de determinación a través de la interpretación de los hechos confrontados con la norma jurídica.

El Delito como conexión entre espacio, tiempo y ser. La invención de la delincuencia

Hace aproximadamente más de diez años atrás, un joven universitario de la carrera de derecho, multifacético, y altamente productivo, en una de esas tantas veces en las que cruzaba las calles de Arequipa en su radiante moto, se estrelló, y como es de suponer, terminó muriendo. Esta historia no es diferente a las muchas que existen similares, pero lo que caracterizaba a este joven es que había estado trabajando en una tesis que proponía la Legalización de la Marihuana, como un acto de libertad del ser humano. Mucho más tarde, su madre, una mujer extraordinaria, me hacía llegar el manuscrito de dicha tesis, para ver si podía conseguir la publicaran como libro (En aquel entonces yo tenía alguna fama de publicación de revistas, pues había publicado las revistas: “La Liga del Ocio”, “Las Tetas de Sofía”, “Inventando la Libertad”; mucho más tarde publicaría las revistas: “Alma Páter”,

“Ser o no Ser Derecho”, “Sobre el Derecho”, etc.). Las intenciones de publicación y el manuscrito habían llegado a mi gracias un ex profesor, extraordinario e innovador filósofo del Derecho, escritor lúcido, y, sin embargo, era una persona altamente extraviada (una especie de Woody Allen provinciano del Derecho); publicó varios libros, profesor de la UNSA y de la Universidad Católica de Santa María, presunto consumidor y no comercializador de marihuana (estuvo injustamente encarcelado por drogas en Socabaya), basquetbolista, hermano de un juez supremo. Pero volvamos a aquella madre angustiada y liada en un compromiso por darle un reconocimiento póstumo a su genial e innovador hijo fallecido. Todo eso en aquel tiempo cuando el tabú del consumo de drogas era bastante severo, y el miedo mucho más intenso que el de ahora. Aquella madrecita iba recurriendo a diversos lugares y personas, para lograr publicar acaso un libro que iba contra sus principios religiosos: legalizar la marihuana. ¿Qué la movía? El amor a su hijo (Una referencia al homicidio del Derecho por el amor la encontramos en la obra de Francesco Carnelutti). Sin embargo, cabía hacerse una pregunta: ¿Estaba haciendo apología de la droga aquella madrecita? ¿Había abandonado todos sus principios morales para dedicarle una gloria póstuma a su hijo? Era evidente que había un conflicto entre el Derecho y la moral, o que la moral y el Derecho habían desaparecido para ella.

No pude ayudarle a publicar aquel libro; pero según sé, salió publicada con el horrible nombre de “Perú sin drogas”, y cuyo valor agregado es el prólogo que le hace

póstumamente un extraordinario innovador del Derecho: Luis Pásara. Toda aquella historia me volvió a una nueva realidad: la verdad de las conductas está supeditada a “las necesidades del momento”. En la historia contada podríamos notar cómo –supongo- lo que antaño nos escandalizaba, en cierto momento y circunstancia nos puede parecer “una obligación o un destino”. Eso pasó con aquella señora; para ella ya no era importante lo que pensaba sobre la legalización o no de las drogas, sobre la apología de las mismas, sino darle un reconocimiento póstumo a su amado hijo fallecido. Por eso planteo una primera pregunta con este ejemplo: ¿Esta el delito definido por los factores: “tiempo”, “espacio” y “necesidad”?

Fernando Savater, filósofo español, muy prolífico escritor multidisciplinario, escribió más de 95 libros y otro centenar de ensayos, escritos, dijo al morir su mujer el año 2015, que ya no escribiría, que todo lo que había escrito era solo para que su mujer lo amara. Este filósofo había escrito un ensayo sobre las drogas denominado: “La invención del drogadicto”, de donde se puede desprender una idea fundacional: el delito es un invento, un consenso social, una conexión existencial entre espacio, tiempo y ser. Nueva pregunta: ¿Es el Delito un invento social?, y entonces ¿quiénes son los delincuentes?

Pregunta: ¿No es acaso el delito una conexión gnoseológica entre espacio tiempo y ser?; ¿No es el delito un invento social?

Una experiencia existencial sobre la delincuencia: el robo el pan de cada día

Marzo del 2016. Casi las siete de la noche. He trabajado mucho aquel día. Si Herbert Marcuse me hubiera visto olvidaría su genial concepto de trabajo como una “actividad económica meramente productiva”, volvería a rehacer su libro “Ética de la Revolución”, y cambiaría específicamente el capítulo: “Acerca de los fundamentos filosóficos del concepto científico-económico del trabajo”. Marzo del 2016, ingreso a una panadería y me siento en una mesita, pido una gaseosa heladita; quiero relajarme (recuerdo a Paul Lafargué con su libro “El Derecho a la pereza”), saco mi celular, y muy cómodo comienzo a buscar los números de mis familiares para llamarlos pues acabo de decidir –y me siento orgulloso de ello, casi un santo, casi como si hubiera leído el libro “Ética para Amador” del filósofo Fernando Savater-, que mantenerse informado sobre tu familia es necesario, oportuno y hasta obligatorio moralmente. Voy buscando sus números en mi celular, y en un instante inefable, una mano -como «*la mano de dios*», de Maradona o Raúl Ruidíaz- se acerca velozmente, me arrebató mi celular y se va; aquella mano le pertenece a un joven de pantalones celestes grises raídos, polera blanca percutida, y gorrito blanco sucio. El joven energúmeno me ha jalado el celular y luego corrió velozmente hacia la calle. Un grito de mujer se escucha, es la cajera de la panadería que ha visto al ladronzuelo mucho antes de los hechos. Aún anónimo, sorprendido, no atino a saber rápidamente qué ha pasado; después, ya repuesto de la sorpresa, levanto toda mi humanidad, decido perseguir al energúmeno, y echo a

caminar rápidamente detrás del ladronzuelo, porque, inexplicablemente, pienso que correr se vería ridículo en mi –pues me digo que eso no es propio de un abogado-, pero frente a la velocidad del ladronzuelo atrevido y sagaz, olvido mi complejo de superioridad y opto por «trotar» detrás del ladronzuelo. El delincuente acelera el paso, se ha dado cuenta que lo sigo y voltea en una esquina; cuando llego también a esa esquina lo veo subir en un auto de lujo, negro, de lunas polarizadas, y aquel bólico, rapaz y cómplice objeto, deja oír el ruido que hace al presionar el acelerador, da vuelta en otra esquina y mi vista ya no puede visualizarlos. Es tarde ya. He perdido. Me han robado, ¡a mí!, a este hombre machazo, ¡no lo puedo creer!, pues –pienso- soy alto, de cara macilenta y brusca, de aspecto peligroso o al menos «hombre de cuidado», además «*siempre tengo suerte*», ¿cómo me puede haber pasado eso a mí?, ¿cómo un mequetrefe enano, energúmeno y hasta ridículo hombrecito que arrastra sus pantalones sucios ha podido arrebatarme mi celular?, ¿cómo? Pienso: *soy abogado*; y entonces me pregunto: “¿De qué me sirve saber de leyes, de derecho, de jurisprudencia, de dogmática jurídica, etc., si igual me han robado?, ¿Si aquel hecho probablemente quedará impune? Regreso a la panadería, pregunto a la señora que ha gritado si ha visto la cara del delincuente. Ella dice que no, que no sabe nada. Pregunto por el dueño, y no me dan respuesta; luego dicen que no está. Nadie sabe ya nada, todos se hacen los desentendidos; todos se convierten en ¿cómplices? naturales, por impotencia, desidia, conveniencia, miedo o indiferencia. Yo mismo olvido el asunto y no pongo la denuncia, por flojera, desidia, y ganas de no meterme en líos con

trámites engorrosos o con policías con cara de querer cobrarte por respirar el aire que les rodea –no todos por supuesto-, y ¿también me convierto en cómplice? Estoy triste, ni siquiera recordar el hecho que, a Ernesto Sábato, el gran escritor argentino, le intentaran robar la tapa de su último libro: «*Antes del fin*», me reconforta. Mi celular llevaba consigo cientos de dibujos que había hecho. El aparatito tenía un lápiz óptico con el cual yo dibujaba jueces, desnudos, rostros, todo relacionado con el Derecho; también escribía en mi celular, ayudado de un teclado inalámbrico, en restaurantes, cafés, etc.; así que el ladronzuelo aquel se llevó también mis escritos, subrayados de libros bajados de internet, mis comentarios y análisis al proyecto del nuevo código penal, que había avanzado impensablemente; cientos de escritos, más de quinientos dibujos, un grupo variado de subrayados de libros se habían llevado con aquel robo. Estoy desconsolado, pero por fin, pienso: algún día podré decir que mi mayor obra, la mejor, se perdió en aquel celular; y me creeré un suertudo. Cuento aquello del robo del celular, porque con el objeto robado, que tiene un costo específico (supongamos entre 300 y 1,500 soles), va también aquellos objetos, o datos que no son contabilizados cuando se hace la evaluación de la cuantía o monto al que asciende el agravio del delito; así un dato informatizado, una información o producción intelectual puede tener un costo muy variable.

El robo se ha vuelto escandaloso y descarado en nuestro país; roban en las calles, arrebatando los celulares, sin disfraces o antifaces, a plena luz del día; roban en los semáforos, inventan nuevas estrategias de robo: los

bujieros que rompen las lunas de los vehículos, taxis, y asaltan a los pasajeros; roban en las cabinas públicas de internet, en los chifas, en los restaurantes, en las universidades, en las iglesias, en las casas de ex ministros; roban con cuchillos, verduguillos, pistolas, y hasta granadas; roban y «matan» por tan sólo 300 soles –informan los medios periodísticos-; los delincuentes son angustiantemente cada vez más «*menores de edad*»; roban, violan, matan; lo hacen de a pie, en autos negros de lujo, en motos –como sicariato-; delinquen como si aquello fuera un trabajo, con un jornal de tiempo y producción; roban, violan, matan, como si aquello fuera el pan de cada día en nuestro país. Sólo queda una cosa que hacer: ponerse manos a la obra, pensar en cómo combatir el robo, sin violencia por supuesto: Esta condición gnoseológica de la delincuencia debe transformarse en actos de resistencia.

El descaro con que los delincuentes cometen sus delitos (a cara pelada, sin taparse la cara) demuestra que la moral ha fallado; que los sistemas de seguridad de las calles han fallado, que no hay una política contra los mercados negros compradores de objetos robados (receptación); que no hay un control y registro de la comercialización de armas, pistolas, granadas; que los medios difusores de los mecanismos de adiestramiento y educación social han fallado; han fallado las escuelas, ha fallado la iglesia, han fallado las instituciones públicas, ha fallado el gobierno, pero también hemos fallado cada uno de nosotros; y entonces –pienso-, es necesario volver a plantearnos el problema, porque esperar que el Estado resuelva todo es casi imposible; ha llegado la hora de

volver a la clásica y antigua máxima de John F. Kennedy: «No te preguntes qué puede hacer tu país por ti, pregúntate qué puedes hacer tú por tu país».

Explicación gnoseológica para replantear soluciones: ¿Todos somos delincuentes?

Me miro en el espejo, mi rostro ya no es tan bello como cuando era joven, recuerdo a Charles Bukowski, y creo que he heredado su problema con la piel, y acaso el sentimiento, la desidia. Luego intento encontrar los orígenes de la delincuencia, y me vienen a la mente las siguientes preguntas: ¿Alguien recuerda haber cogido dinero, un juguete, un lápiz, un dulce, unos lentes, unas hojas de papel, etc., de algún lugar sin pedirlo prestado? (delito de Hurto Art. 185º del CP -1-3; agrav. 3-6; 4-8); ¿alguien se ha apropiado de algún objeto que le han prestado, o lo que es lo mismo, alguien no devuelve un objeto prestado, como un libro, dinero, una mesa, una escalera, una bicicleta, etc.? (Delito de Apropiación Ilícita, Art. 190º del CP: 2-4, 3-6, 4-10); alguien ha sacado una fotocopia de un libro, comprado un libro pirata (delito contra los derechos de autor y anexos, Art. 216 del CP; 2-6, 4-8); ¿alguien ha comprado un celular, un DVD, televisor, radio, iPhone, Smartphone, equipo de música para el vehículo, etc., en la cachina? (delito de Receptación; Art. 194; 1-4; Art. 195º; 4-6; 6-12); ¿en el colegio, la universidad, la escuela de posgrado, maestría, doctorado, diplomados, etc., alguien ha plagiado, copiado de su compañero, las respuestas del examen, utilizado papelitos, acordeones, etc.? ¿No es aquello una maniobra ilícita?; ¿alguien ha presentado para justificar su

inasistencia al trabajo un Certificado Médico que ha sido comprado o firmado por un médico amigo?; ¿alguien ha usado la movilidad oficial para irse de compras, a restaurant, llevar a una amiga, una enamorada, o para llevar sus hijos a la escuela, sin corresponderle tal prerrogativa? (delito de Peculado de uso, Art. 388º, 2-4); ¿alguna vez en el trabajo han demorado el pago en uno, dos, tres meses o más, sin que se pueda hacer nada? (delito de retardo injustificado de pago, art. 390º, ppl no mayor de 2 años); ¿alguien, compelido por los celos y la impotencia, le ha dado una cachetada a su enamorada o enamorado, esposa(so), amante, pellizcado, apretado bruscamente las manos, mordido los labios, o algo similar? (delito de Lesiones, Art. 122º; 2 a 5 años de ppl); ¿alguien ha pagado a un tramitador público para obtener la licencia de conducir, revisión técnica, licencia de conducir, o, alguien ha filtrado un sencillo a un dependiente administrativo, judicial, etc., para que acelere su proceso?, ¿alguien se ha pasado la luz roja, le ha pagado al policía? (delito de Cohecho activo genérico, Art. 397º, 4-6 años); ¿algún policía ha pedido un «sencillo» para la gasolina, para no multarlo por haberse pasado la luz roja del semáforo o por no tener algún documento del vehículo conducido, o haber sido encontrado manejando ebrio? (Cohecho pasivo propio, Art. 393º, de 6 a 8 años ppl); ¿alguien se ha instalado, puesto sus esteras, construido paredes, o ingresado pacíficamente o violentamente en terrenos eriazos, o áreas de terreno que no son de su propiedad pero estaban vacías? (delito de Usurpación, Art. 202º, de 2 a 5 años de ppl); ¿alguien ha colocado a su enamorada, familiar o amante en un cargo que no le correspondía,

como secretaria, funcionaria y hasta jueza? (delito de nombramiento o aceptación ilegal de cargo, Art. 381º). La lista es larga, y si nos damos cuenta, si repasamos lo que hemos hecho ayer, antes de ayer, hoy, y estamos dispuestos a hacer mañana, veremos que nuestra vida está llena de actos ilícitos, delictivos, corruptos, y que nuestra mentalidad se ha resignado a seguir en esa línea por la frase obtusa de que “así es la vida”. Entonces, suelto una pregunta: ¿Acaso, todos somos delincuentes?

¿Cómo nos hemos convertido en delincuentes?

Cabe la pregunta: ¿En qué momento nos convertimos en delincuentes?, ¿cómo es que de la noche a la mañana nos damos cuenta que somos delincuentes? Ser delincuente es cometer delito, y la pregunta es: ¿qué es el delito?

El Delito, en su concepto técnico, es una “conducta (acción u omisión) humana, típica, antijurídica y culpable”. Un concepto más didáctico la da Jeremías 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". Jeremy Bentham, en su obra "Tratado de la legislación civil y penal" distingue dos sentidos del delito: a) El delito formal como "todo lo que el legislador prohíbe", y, b) El delito sustancial, como "Todo acto que debe prohibirse por razón de algún mal que produce o que pueda producir". Distingue entre el delito positivista (puesto en un texto escrito) y el delito real (producto de la necesidad de contrarrestar o sancionar un mal).

Delitos y penas en el incanato.-

Los incas eran brutalmente salvajes, sanguinarios y hasta siniestros; sus castigos y sus prácticas guerreras eran de

lo más alucinantes, de lo más bestiales. Basadre explica que las penas se aplicaban de acuerdo a lineamientos jerárquicos y tipos delictivos; los castigos eran extremadamente intolerantes, dirigidos directamente contra la vida, el cuerpo y la salud; el castigo se expandía hasta la memoria del delincuente, se desaparecía todo rastro familiar del delincuente; así se dice que por este método sólo se registró un grupo de emperadores incas y se borró los datos, antecedentes de los emperadores, incas delincuentes. Borrar la memoria del delincuente era una forma de negar su paso a otra vida. Así, la pena no se aplicaba sólo para la vida terrena, sino también para la vida después de la muerte. El incanato se encargaba de hacer perpetuo el castigo. Se sabe, por ejemplo, que las instituciones incaicas ^{xxxiii} fueron eminentemente sancionadoras, y hasta brutales, así sus instituciones judiciales incluían sanciones férreas y duras como la pena de muerte por decapitación, hoguera, ahorcamiento, emparedamiento, descuartización, incineración del cadáver, apedreamiento, flechamiento, arrastramiento, muerte por tormento, según sea la clase de delitos cometidos, desde el asesinato, la violación, el incesto, la sodomía (cabe volver a anotar que en el pueblo preincaico existía ya este trato carnal y que los incas castigaron tales actos por atentar contra el nacimiento - cada nacido era otra herramienta de producción- más que por cuestiones éticas o morales), el adulterio, el robo, la mentira (que se castigaba con azotes), entre otros (datos que desarrollamos en más extensión en una obra conjunta con el Dr. Máximo Torres Cruz, denominada: “La historia del Derecho”, que pretende reinterpretar la visión histórica del Derecho, y en la que también se

temporaliza las nociones anteriores y las actuales sobre el delito y la condición de del delincuente.

Delitos y penas en el virreinato.-

Viene a nuestra memoria, Huamán Poma de Ayala, quien nunca pensó que su obra “Primera nueva Coronicas y buen gobierno”, de 1,180 páginas y 397 dibujos, iba a ser descubierto por un Alemán que pudo darle el giro que nadie había dado a su obra, registrando para la posteridad una bellísima como espeluznante descripción de la sociedad virreinal de nuestro país. Poma de Ayala es además de escritor, pensador, un artista, un precursor o pionero del derecho pictórico, porque dibujó y escenificó la sociedad de su tiempo; una historia con una visión indigenista, sus costumbres políticas, y cosa extraordinaria: dibujó el Derecho, específicamente, el Derecho Penal; así, entre sus 397 dibujos tenemos aquellos que representan los castigos, vemos allí hombres colgados de un tronco, con el cuerpo desnudo, cubiertos de llagas, atados de pies y manos; hombres subidos en una llama, desnudos, cubierto de llagas, con una persona con látigo andino ejecutando el suplicio; parejas, hombre y mujer, desnudos, colgados de un árbol, mientras su castigador jala la cuerda; hombres desnudos amarrados a una especie de poste ceremonial, azotado por corregidores; mujeres desnudas dejando ver su parte íntima, debajo de un tronco, etc. Huamán Poma de Ayala realiza uno de los más trágicos registros en español y quechua, en texto y dibujos, de la época virreinal; Huamán Poma de Ayala registra en dibujos parte del Derecho Penal de aquella época. Cabe recordar que en

aquellos tiempos la iglesia utilizaba los dibujos y pinturas para explicar la pasión de cristo, la idea de dios cristiano, porque los indígenas no entendían necesariamente el español.

Humanización de las penas.- Beccaria.-

En el año 1764 –cuenta el jurista Luis Jiménez de Asúa”-, un joven de 25 años escribió una extraordinaria obra que revolucionó el marco de la vida penal, y aperturó el pensamiento a la despenalización. Aquel libro fue escrito anónimamente, pues el autor, aún desconocido, decidió quedar en el anonimato para que su obra, su libro, pudiera ser publicado. Este libro, revolucionario, hereje y fulminante hasta nuestros días, se titulaba: “De los Delitos y las Penas”, y en el aquel joven había plantado una idea central: que las sanciones penales eran inhumanas. Al parecer hizo pensar al mundo europeo en la “despenalización del sistema”. No fue, como se puede pensar, una corriente para la impunidad de los delincuentes, sino la afirmación del derecho de la dignidad y aplicación de principios que actualmente están en la palestra: “La Proporcionalidad” y la prevención de la delincuencia. Fue tan grande dicho aporte que Voltaire, gran filósofo, autor de un Diccionario Filosófico, y de unas Cartas Persas, escribió un comentario al libro “De los Delitos y Penas”, también ya con la idea de la despenalización, o de la humanización de las penas o sanciones penales. Desde aquel tiempo a la actualidad han pasado aproximadamente 252 años, y pareciera que nada ha cambiado sustancialmente, porque al margen de las excepciones, seguimos

considerando como una herramienta contra la delincuencia a la pena privativa de la libertad.

Autores sobre el Delito y Teorías

De la pena, Derecho Penal, castigos, delitos han escrito muchos, tantos como Santo Tomás Moro, Juan Mabillon, Hugo Grocio, Samuel Pufendorf, Chistian Thomasius, César Beccaria (con su libro “Tratado de los Delitos y las Penas”), Jeremy Bentham (Tratado de legislación civil y penal), Filangieri, Juan Pablo Marat, Montesquieu, Jean Jacques Rousseau (El Contrato Social), Voltaire (Diccionario Filosófico, Cartas Persas, comentarios al libro Delitos y Penas), Feurbach, Karl Hommel, John Howard, Gotthold Lessing, Johann Schiller, Romagnosi, Immanuel Kant (Principios Metafísicos del Derecho), 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, Montalbeno, Falchi, Trajieno, Carlos Binding, Vicente Manzini, Arturo Rocco,

Max Ernst Mayer. O mucho más actuales las obras de Michel Foucault (Vigilar y Castigar), Luis Jiménez de Asúa (Principios de Derecho Penal, la Ley y el Delito”), Luigi Ferrajoli (“Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal”), Claus Roxin (“Derecho Penal, Parte General”), entre otros.

Teorías sobre los motivos de la delincuencia.-

Es necesario volver a revisar las teorías del delito: Teorías Relativas o Utilitarias: a) Teoría de la prevención; b) Teoría de la enmienda; c) Teoría de la defensa social. Escuelas: Escuela Clásica Penal; Escuela Correccionista; Escuela Positiva. La Fisiognomía, la Frenología; Escuela Cartográfica, Estadística Moral o Física Social; Escuela Positiva de la Ciencia Criminal o Positivismo Criminológico; Escuelas Intermedias. Positivismo Crítico; Escuela Sociológica alemana; Escuela político-criminal (Escuela De Marburgo, Escuela Ecléctica, Joven Escuela; El Neopositivismo; Escuela Humanista; Escuela Técnico Jurídica o neoclásica; Escuela Ecológica.

Un motivo de la delincuencia

Muchos son los motivos que se aducen sobre el porqué se cometen los delitos, del porqué las personas se convierten en delincuentes; sin embargo, aun conociendo sus teorizaciones no se logra controlar o anular la delincuencia. Expongamos un ejemplo de la complejidad de ello, poniendo un motivo común de la delincuencia aceptada socialmente como cierto: «las bajas remuneraciones». Así se dice que una de las causas que motivan la delincuencia son las remuneraciones

reducidas, insuficientes, bajas. Sin embargo, en nuestro país se emitió la Ley 28212, que definía los montos de las remuneraciones que correspondían a los funcionarios y trabajadores públicos; se fijaba como máxima remuneración la del presidente de la República; la medida económica es la URSP (Unidad de Ingreso del sector público que asciende a S/. 2,600.00). El siguiente cuadro revela los montos de las remuneraciones:

Titular	URSP	Soles S/.
1. presidente de la República	No mayor de 10	26,000
2. Congresista	No mayor de 6	15,600
3. Ministros	No mayor de 6	15,600
4. Juez Tribunal Constitucional	No mayor de 6	15,600
5. Consejo Nacional de la Magistratura	No mayor de 6	15,600
6. Magistrados Supremos	No mayor de 6	15,600
7. Miembros de las Juntas de Fiscales Supremos	No mayor de 6	15,600
8. Defensor del Pueblo	No mayor de 6	15,600
9. Jurado Nacional de Elecciones	No mayor de 6	15,600
Gobernadores Regionales	No mayor de 5 1/2	14,300
Alcalde de la Municipalidad	No mayor de 5 ½	14,300

Metropolitana de Lima		
Alcaldes provinciales y distritales	No mayor de 4 ¼	11,050
Consejeros Regionales	30% del Presidente del Gob. Regional	
Regidores Municipales	Del Alcalde de la Municipalidad	

Sin embargo, de acuerdo con la url: <http://laprensa.peru.com/actualidad/noticia-estos-son-funcionarios-que-ganan-mas-que-ollanta-humala-20859>, de la Pág. Web.: “La Prensa.pe”, se escribe en un artículo denominado “Estos son los funcionarios que ganan más que Ollanta Humala”, publicado con fecha Domingo, 16 de febrero del 2014 | 13:50. Allí se señala que, a pesar de la Ley 28212, existen las siguientes remuneraciones (al año 2014):

	Titular	Remuneración mensual en soles
1	Miembro del Tribunal Constitucional	S/. 23,217
2	Fiscal de la Nación	S/. 23,217
3	Juez Supremo	S/. 27,117
4	Presidente del Jurado Nacional de Elecciones	S/. 27,117
5	<i>Jefe de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT)</i>	S/. 25,201

6	<i>Contralor Público</i>	S/. 33,000
7	<i>Jefe del Banco Central de Reserva del Perú</i>	S/. 41,614
8	<i>Superintendente de Banca, Seguros y AFP</i>	S/. 41,632
9	<i>Gerentes Públicos (Decreto Legislativo)</i>	30% más de lo que gana un ministro
10	<i>Técnicos o "Personal altamente calificado"</i>	S/. 16,000
11	<i>Personal altamente calificado</i>	S/. 25,000

Después de las tablas remunerativas enunciadas no se puede explicar cómo es que en el nivel de «funcionario público», se sigan cometiendo actos delictivos; la realidad nacional evidencia indicios, o sospechas, de actos de corrupción, que señalaremos brevemente a continuación:

1) Los actos de corrupción de Presidentes de la República: Alberto Fujimori Fujimori, prisionero por delitos contra los derechos humanos, lesa humanidad, y otros; Alejandro Toledo, con proceso por las compras de inmuebles, Ecoteva; Alan García, acogido a la prescripción de delitos en su primer periodo de gobierno, involucrado en los casos de narcoindultos; Ollanta Humala, se le compromete con las agendas de su esposa Nadine Heredia, la recepción de dineros del gobierno de Venezuela para su campaña, la injerencia de dicho país -¿evidenciada talvez con la remoción del canciller Roncagliolio, cuando se atrevió a pedir un

gobierno pacífico en dicho país?-, el presunta mal uso del presupuesto, etc.

2) Instituciones Públicas: a) Es el caso del *Tribunal Constitucional*, en la mira del escándalo, revelada por el semanario “Hildebrandt en sus trece”, donde indica una línea delgada de ilicitud de más de uno de los integrantes de dicha judicatura; así también las revelaciones periodísticas que se pueden observar en una página web de otro medio periodístico, *Panorama*, donde se señala el titular: «Bonos agrarios: escándalo de corrupción en el Tribunal Constitucional»: *“La falsificación de un voto de un exmagistrado en el pago del bono agrario, licitaciones entregadas a dedo por más de un millón de soles y trabajos no sustentados del secretario general son los casos que ha provocado que un alto mando del Tribunal de Justicia sea procesado por primera vez, por el delito Contra la Fe Pública.”*. No obstante, aquello, debe decirse que el Tribunal Constitucional cuenta también con personajes de trayectoria y solvencia moral reconocida. b) El Congreso también despierta dudas sobre la licitud de las conductas de algunos o muchos sus integrantes, esto destacado por diversas notas periodísticas que señalan casos tan singulares y preocupantes como el “haberse encontrado droga en los almacenes de uno de los Congresistas”; o aquellas noticias o rumores, respecto a que cierta congresista esté sentenciada con pena suspendida, cinco congresistas hayan sido acusados por lavado de activos, y otro tanto cuenten con diversas sospechas sobre corrupción. c) La Fiscalía de la Nación también ha sufrido de las sospechas –por no decir más, de actos de corrupción; así un ex Fiscal de la Nación, fue

suspendido por actos de corrupción, otros fiscales están denunciados penalmente, otro tiene denuncias periodísticas sobre copia o plagio, etc. d) En el Poder Judicial son conocidas las noticias sobre un Ex Juez Supremo, involucrado con la red de Orellana y que actualmente está con prisión preventiva; magistrados de Ucayali encarcelados por actos de corrupción, etc. Enumerar una lista de funcionarios públicos con altas remuneraciones involucrados sino en denuncias al menos en sospechas de corrupción sería una tarea larga; y no es nuestro propósito “denunciar”, sino sólo mostrar cómo la *hipótesis* de que la causa: “*bajas remuneraciones*” no es el motivo principal de la corrupción.

Entonces, nuevamente la pregunta difícil: ¿cuál es el motivo de la delincuencia? Las causas pueden ser muchas: pobreza, bajas remuneraciones, necesidad, poder, dinero, familia, etc. Estas siempre estarán en una sociedad premoderna, no desarrollada. No es entonces necesariamente “la necesidad”, la causa y razón suficiente de la delincuencia.

El Código Penal: La determinación normativa de los delitos

Con la instauración de la edad moderna, los delitos no pudieron ya ser un capricho del emperador, rey, inca, o soberano, sino ser una expresión de la voluntad social (el Tercer Estado), así, las sociedades han ido construyendo una maquinaria o listado de delitos y penas, llamados: códigos penales. Un Código –según la doctrina- es un “sistema convencional de señas y símbolos que permiten

la transmisión de una información o mensaje”, en el código penal estos símbolos y señas son prescripciones con dos factores: delitos y penas.

Así, no hay mayor muestrario, recetario o lista de las monstruosidades que puede hacer el ser humano como el *Código Penal*. Podemos acaso observar que los animales no registran sus hazañas de caza o matanzas, pero el ser humano sí registra aquellas con tal diversidad y especificidad alucinante, trágica y permanente. Por eso, quien quiera leer la mayor crónica de terror sólo tiene que leer el Código Penal, una muestra de lo pervertidos que somos los seres humanos, con nuestros delitos y nuestros castigos; ambos reflejan que estamos enfermos. Una sociedad moderna va reduciendo sus delitos y penas.

Un muestrario de monstruosidades: El Código Penal

Mientras los tipos delictivos son muchos y variados, las respuestas son pocas (pena privativa de la libertad, prestación de servicios comunitarios, multa, inhabilitación, grilletes electrónicos, entre otros sistemas que se van implementando, etc.).

I.- 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 prácticamente incontrastables, pues decir que una

muerte es un delito se desliza ya en lo póstumo, los señalamientos de condiciones póstumas, pues ¿siendo ya muerto el agraviado, para qué le sirve 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 no fuera para darle la posibilidad de supervivencia a los demás.

Al respecto del tema de homicidio, en internet se encuentra un libro que a plena lectura de su título da miedo, escrito por Thomas De Quincey y denominado: “Del asesinato considerado como una de las Bellas Artes”. Autor que habría escrito también otra gran obra denominada: “Confesiones de un inglés consumidor de opio”. De Quincey recuerda el primer asesinato, el de Caín, indica que el primer gran filósofo del siglo diecisiete, Descartes estuvo a punto de ser asesinado; ensaya su hipótesis de que Spinoza, el filósofo europeo, fue asesinado –y no muerto en su cama como dicen los biógrafos-; anota que Hobbes estuvo a punto de ser asesinado tres veces, “Hobbes temió hasta el fin de sus días que alguien lo asesinare”; así como enuncia que el filósofo y teólogo Malebranche fue asesinado por el filósofo irlandés, el obispo Berkeley. De Quincey lanza también la hipótesis que el filósofo, lógico, matemático, jurista, político alemán “Leibniz no fue asesinado, pero cabe decir que murió en parte de miedo a que lo asesinaran y en parte de despecho porque no lo asesinaban”; así también lanza la hipótesis que Kant

estuvo a punto de ser asesinado pero el asesino cambio de destino y mató a un niño.

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; así nacen los delitos de: 1) **Homicidio**: homicidio simple, parricidio, homicidio calificado (asesinato), homicidio por emoción violenta, infanticidio, homicidio culposo, homicidio piadoso; 2) **Aborto**: Auto aborto, 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.

Delitos contra el Honor

Existe en este listado de terror llamado 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).

Recordemos que incluso Abraham Valdelomar, cuyo rostro está grabado en los billetes de 50 soles peruanos, se batió en duelo de espada por un artículo publicado en la Prensa que él consideró difamatorio. 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 o administrativo. Una forma de despenalizar conductas, a raíz de las denuncias contra la prensa, especialmente. Pero esto trae una nueva tarea, que se muestra en las campañas electorales. Si por ejemplo se dice que una agrupación podría representar un narco estado, aquello –que tiene un consenso social- debe de oficio pasar a la investigación preliminar penal; porque las dudas que quedan al respecto influyen en el delicado mecanismo de formación de un estado de derecho. No puede haber dudas respecto a la delincuencia porque de lo contrario se lo legitima, y se lo convierte en impune, restando

seriedad a la coherencia de la lucha contra la delincuencia.

La injuria, calumnia, difamación, difamación o injuria encubierta o equívoca, las injurias recíprocas tienen un enorme proyecto de limpieza en nuestra sociedad.

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.

Omeba enuncia con rigor que en la familia existe “una actividad sexual seleccionada y estable”, legitimada jurídicamente; 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 su muerte; la familia se vuelve una noción metafísica; de aquí la importancia de su protección.

Entre los denominados jurídicamente, es decir, legalmente dentro de nuestro ordenamiento jurídico se consideran como 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.

IV.- 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 voluntad 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 a 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.

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, y habría que recordar a Proudhon ¿Qué es la propiedad?

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.

Delitos contra los derechos intelectuales

Esta parece ser una gran variedad o constante, pues han sido acusados de dichos actos autores tan geniales como Bryce Echenique, Camilo José Cela, Carlos Fuentes, José Saramago; así como el genial Guillermo Giacosa y hasta un incontrastable e impertinente cardenal peruano. Dentro de la judicatura, han sido denunciados por dichos actos un reciente Juez Supremo (según el IDL), y de igual forma un reciente Fiscal Supremo (publicado en el diario Hildebrandt en sus Trece). No puedo tratar ni dar fe si aquellos fueron realmente plagios, pero sí que tuvieron en los medios dicha sospecha. Al respecto puedo decir, que yo prácticamente me he plagiado muchísimas veces, y hasta he perdido la noción de qué es lo que escribo y

qué lo que cito. Así que no es este escenario para acusar a nadie, sino para mostrar el fenómeno.

Delitos contra el patrimonio cultural

El caso más resaltante fue aquella que hicieron unos ingenuos o 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.

Terminaremos el listado de delitos con los cometidos contra la Administración Pública: 1) Delitos cometidos por particulares; 2) Delitos cometidos por funcionarios públicos; 3. Delitos contra la administración de justicia. Allí se encuentran los delitos de Usurpación de funciones, Abuso de Autoridad, violencia y resistencia a la autoridad, concusión, peculado, corrupción de funcionarios, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, prevaricato, etc. Todos estos tipos delictivos sólo son un muestrario del Código Penal.

Tipos de sanciones penales

Nietzsche escribiría: "La cuestión está en saber hasta qué punto ese juicio favorece la vida, conserva la vida, conserva la especie, quizá incluso selecciona la especie". Al margen de aquella frase, en nuestro país cuando alguien comete un delito puede imponérsele –según sea

el caso- las siguientes sanciones: 1.- Pena privativa de la libertad; 2.- Penas restrictivas de derechos: a) Expatriación, a nacionales, b) Expulsión del país, a extranjeros; 3.- Penas limitativas de derechos: a) Pena de servicios a la comunidad, b) Pena limitativa de días libres, c) Pena de inhabilitación; 4.- Multa; 5.- Grilletes electrónicos.

Propuestas respecto a la aplicación del derecho penal

A continuación, algunas propuestas respecto de la aplicación del Derecho Penal, o de la integración del sistema de administración de justicia, que siendo tentativas aún, pueden servir para dar un micro marco respecto a cómo se puede afrontar el problema de la delincuencia:

1.- El tratamiento de la delincuencia debe ser en la etapa prenatal

Cuando un ser humano viene al mundo, antes de aquello, es posible de recibir ciertas percepciones sensoriales externas, a través de su madre, sobre energías positivas o negativas. Una madre gestante agobiada, estresada, renegona, tiene una tendencia a transmitir dichas nociones sensibles al ser que lleva en el vientre; así que la inclinación a la disposición temperamental del nuevo ser se puede predefinir –no necesariamente- en el estado prenatal. Lombroso hizo una investigación para plantear su teoría del delincuente nato, y al margen de sus errores -porque las facciones o contextura del ser humano no lo

determinan como delincuente-, si puede hacerse algunas apreciaciones. César Lombroso en su libro “Los Criminales”, desarrolla capítulos sugestivos para su época, como las “anomalías morfológicas”, “funciones de los criminales”, “Patología del hombre criminal”, “Epilépticos y los criminales”, “Los criminales en la prisión”, “Enseñanza de la Antropología criminal”. Aunque aquellas teorías ya quedaron superadas, fueron en su momento precursores de la antropología jurídica y de la sensata búsqueda de nuevas razones para establecer las causas del delito.

Propuesta: Dar una educación prenatal.

2.- Paternidad y maternidad responsable

Gary Becker dedicó gran parte de su tiempo a hacer estadísticas sobre los costos que significaban usar las instituciones jurídicas, una de ellas era la familia. Becker tiene un interesante libro titulado: “Crime and Punishment: An Economic Approach” que traducido significa algo así: “Crimen y Castigo: un enfoque económico”, texto que demostraría los costos económicos que produce el delito.

Por nuestra parte he realizado una pequeña elucubración económica sobre los costos de la subvención a los hijos, lo que cuestan los hijos –los propios o ajenos- a la sociedad. Aquí mi hipótesis: Una familia regular (padre y madre) tiene promedio dos hijos; si tomamos un marco de 100 familias con hijos tendríamos 400 personas entre padres, madres e hijos.

Las primeras 200 personas (los padres) tendrán que alimentar a sus hijos por un promedio de 18 años –por lo menos- y hasta los 30 años, por la ley en casos singulares. Eso significa que 200 personas menores de edad, que consumen alimentación, vestido, habitación, salud, policía, justicia, etc., son subvencionadas por esos 200 padres. Hay aquí ya una desproporción, un desequilibrio fiscal, un déficit, que no se toma en cuenta necesariamente. Por lo tanto, mientras más niños vengan al mundo, más déficit fiscal existirá, y mayor cantidad de subvención existirá. Ahora bien, la distribución de los servicios sociales no considera la distribución de las familias, ni la aportación de cada una. Así, una persona adulta pagará tan igual tributos como un padre de familia, y el aporte de ambos será planamente distribuido para la satisfacción de las necesidades y servicios sociales. Aquí notamos ya otra desproporción, otro desequilibrio o desigualdad. Así, si una persona o pareja tiene más hijos, le costará más al Estado, que una persona que no tiene hijos o tiene menos hijos. El costo de dichos hijos es trasladado a todos, y no sólo a los padres, porque no existe un impuesto o tributo específico por la condición de padre o madre, pero si hay mayores o específicos subsidios y derechos para los padres y madres (licencias por maternidad y paternidad, abonos por escolaridad, por carga familiar, etc.).

Propuesta: Tributos o impuestos a los padres por cantidad de hijos para que la distribución del esfuerzo sea proporcional a la responsabilidad, paternidad o maternidad responsable. El debate debe abrirse al respecto.

3.- Identificación y tratamiento de centros o focos de probabilidades de concepción

De niño siempre me preguntaba por qué si no éramos millonarios, habíamos venido al mundo, y le reclamaba a mi linda madrecita, de porqué me había traído al mundo, aduciendo que yo nunca quise venir a este mundo, y cosas tan apresuradas y malcriadas como esas. Jamás me atreví a preguntarle si mi concepción fue un acto de amor, o un desliz, pero la experiencia de los demás, parientes, primos, amigos, conocidos, etc., etc., me había dado una idea de los embarazos: la mayoría, según estos recuerdos, son por “haber metido la pata”, “haber sido piña”, “haber bebido y no recordar qué pasó”, por deslices amorosos, noches apasionadas que despertaban la libido por un momento, y que luego se tornaban en la responsabilidad de padre. Mucho más tarde me dije: ¿dónde se producen aquellos hechos fortuitos, que dan inicio a la concepción y –si no abortan- al nacimiento de niños no planificados pero aceptados por resignación de sus padres? He aquí que la respuesta es fácil. Todos aquellos lugares donde la noche, la diversión, las bebidas alcohólicas se filtran, allí son los lugares potenciales para la concepción. Dejando de lado por un momento las horas laborales, que siendo que son protocolares para el trabajo, al menos son marcos en los cuales no se producen –necesariamente- las concepciones –claro está, con sus variadas excepciones.

Hagamos una hipótesis. Las horas potenciales de embarazo no son las ocho horas laborales. Es decir, entre

las 8 de la mañana y las 5:30 de la tarde o más, hay un marco de no productividad –por decirlo de alguna forma-. Restan las otras horas en las cuáles se puede producir o «concebir»; luego podemos identificar todas las horas en las cuales se realizan fiestas, peñas, festivales, etc., todos esos lugares donde la diversión, las bebidas, las drogas, las fiestas se desarrollan, y concluir que son “potenciales centros de fecundación”.

Propuesta: Repartir condones, o pastillas del día siguiente, en todos aquellos centros potenciales de reproducción, así como botillerías, salas de baile, discotecas, peñas, ferias, etc. Dichos métodos anticonceptivos, deben ser costeados por los propios agentes, y no por el Estado.

4.-Descongestionar o reducir trámites para reducir sistemas de corrupción

Los trámites estatales o privados generan una posibilidad de corrupción. Para que dicho trámite pase de un punto a otro, para que se agilice, para que se decida a favor de un administrado, etc., se necesitan cumplir con ciertos requisitos; si estos requisitos están en facultades de los administradores, funcionarios, servidores o trabajadores públicos, estos pueden ser utilizados y transformados en “actos de comercio”, es decir, las decisiones, las autorizaciones, el traslado o impulso de los trámites pueden convertirse en “mercancías” que utilizan delincuentemente los portadores de estos poderes; por lo que reducir los trámites de las instituciones reduce las posibilidades de corrupción; por

otro lado, todo trámite debe estar registrado dentro de un sistema jerárquico, por materia, tiempo de ingreso, y cumplimiento de requisitos, en una escala o cola de administrados, a plena vista en medios públicos y por vía de internet, de esta forma, un documento no podrá subir injustificadamente en el orden o turno de atención si es que se puede observar su ubicación en un cuadro o un sistema virtual transparente. Es necesario realizar actos de sinceramiento respecto a los trámites acaso no vistos por lo cotidiano de los mismos, y porque se han convertido de alguna forma en tradiciones, actos o conductas humanas que se realizan sin saber ni preguntar el origen y la validez del mismo.

5.- Reducir los gastos del Estado

Una forma como se realizan los grandes actos ilícitos es a través del gasto público; así mientras más se gasta, mayores posibilidades de agenciarse ilícitamente de porciones de aquellos gastos puede hacerse, esto deducido matemáticamente. Por otro lado, a colación de aquello, y la utilización de la reducción del IGV, el premio nobel de economía Gary Becker, escribiría: “El objetivo más importante de la reducción de impuestos no es estimular el gasto personal sino más bien recortar los gastos del gobierno”. Los políticos y periodistas niegan y contradicen la estrategia de «bajar impuestos», y una de las razones que aducen es que existiría un «desbalance entre rebajar el impuesto al IGV y aumentar el gasto del Estado». Sin embargo, la ecuación –a nuestro parecer- es equívoca. El mayor gasto del Estado en un determinado tiempo no depende del ingreso del IGV, sino de la forma

de gastar. Pongamos un ejemplo. Si tenemos un ingreso – supuesto- de 100 soles por IGV, sólo podremos gastar aquellos 100 soles, pero si rebajamos el IGV en un punto, sólo podremos gastar 99 soles. Esto si la distribución entre ingresos por IGV y gastos del Estado es equivalente, única, exclusiva y proporcional. La realidad no es así. Se olvida que el gasto hecho en el Estado es por lo general un “mal gasto”, un “despilfarro”, teñidos –muchas veces- con actos de corrupción. Pensemos que la idea que se tiene de una sociedad moderna no es que el Estado sea más rico y poderoso, sino que la persona (individuo), sea más rica y poderosa, pero a la vez responsable.

El crecimiento del Estado es siempre una noción que se encamina a la idea de subvención. La idea de devolverle la riqueza a la parte privada, sea empresarios, o ciudadanos, es una concepción de la modernidad autosuficiente. Matemáticamente podría decirse que la corrupción en el Estado es más costosa que la disminución de un punto del IGV. Recordemos que aquel punto del impuesto del IGV al ir al Estado se pierde en las abstracciones o complejidades de su distribución en servicios o productos públicos, que pueden ser debidamente orientados o no.

Propuesta: Reducir los gastos del Estado. Ejemplo de ello, los gastos en viáticos, en arreglos florales, en pagos o remuneraciones vitalicias, en personal innecesario, en despilfarro por uso de electricidad, arrendamiento de inmuebles, etc.

6.- Reducción de los costos de la Iglesia

Otro de los factores que tienen que ver con los costos que asume el Estado es la Iglesia, siendo nuestra sociedad laica, y la naturaleza de la iglesia católica, desde Jesucristo: la pobreza, humildad, etc., no se entiende entonces que existan iglesias construidas con material costoso, con utensilios caros (de oro, plata), etc., y menos se entiende que el Estado asigne ciertos conceptos remunerativos a los integrantes de la religión católica. Hay necesidad de una revaluación de dichas asignaciones a la Iglesia.

Propuesta: Quitar las remuneraciones a los integrantes de la Iglesia o reducir los mismos, para ayudarlos a entrar en su naturaleza original.

7.- El Poder Judicial

Aquí algunas ideas y propuestas:

a) Los jueces no deben tener cargos administrativos, sino únicamente jurisdiccionales; es decir, no deben integrar Consejos Ejecutivos de gobierno, ni Ocmas u Odecmas, o presidir el Poder Judicial, las Cortes Superiores, o algún cargo adicional administrativo, porque su condición (la de juez) es «decidir» sobre los asuntos judiciales (constitucionales, civiles, penales, laborales, etc.). Esto permitirá devolverle la naturaleza del cargo de juez, y su función principal y única: ser juez.

Además, las elecciones para ser Presidente del Poder Judicial, Presidentes de Cortes Superiores, Jurado Nacional de Elecciones, etc., permiten –o acaso

promueven sin ser su finalidad- la confrontación entre los propios jueces, que siendo elegidos por votación entre sus pares –otros jueces- hacen grupos enfrentados en la elección, creando círculos opuestos, haciendo política –actos para llegar al poder-, contrariando la naturaleza del juez, que no ha sido capacitado para ser «gobernante» administrativo del Poder Judicial o de una Corte, sino para «emitir sentencias». Al final de las contiendas electorales ya han sido creados, por lo general, dos o más grupos de jueces que quieren acceder al gobierno del Poder Judicial y siendo sólo un grupo el vencedor, se forma una especie de círculo de preferencias a favor de aquellos que apoyan al grupo ganador, y en contra del grupo perdedor; además se crea la posibilidad de generar una especie de pequeñas dictaduras de gobierno, escondidas, no contadas, absorbidas por diversos fenómenos culturales; para probar aquello baste saber los movimientos en el personal que hacen los nuevos detentadores del poder de gobierno judicial. Surge así la posibilidad –sino es que el efectivo hecho- de abuso de autoridad, hostilización laboral, discriminación laboral, etc.

b) Se debe hacer una revisión sobre las licencias que solicitan los magistrados y los servidores administrativos o judiciales; esto evidenciará la alta –y sospechosa- cantidad de licencias, permisos, que utilizan ciertos jueces y trabajadores, que significan un descuento en horas de trabajo, pero no un descuento en remuneraciones. Recuperar dichas horas de trabajo y evitar las defraudaciones o engaños al Estado provocará

mayor productividad, efectividad y realidad de las horas de trabajo.

c) Reducir y anular los costos en inmuebles es imprescindible en el Poder Judicial, pues esto eleva el costo del presupuesto necesario para operacionalizar la actividad judicial. Hacer un cuadro de cuantos inmuebles se alquilan y cuanto se gasta en ello, para aplicar mecanismos que anulen dichos gastos, con la adquisición de terrenos y locales propios que generará ahorro, evitará el despilfarro y posibles actos de corrupción en alquileres, etc.

d) Convertir absolutamente todos los archivos en digitales, virtuales, lo que generaría no sólo ganar espacio, sino perpetuar los datos.

e) Reducir las concentraciones de poder, que significa que las decisiones sobre los asuntos de las Cortes Superiores de Justicia deben resolverse en aquellas cortes, sin derivar siempre dichas a la capital, descentralizando el poder.

8.- Pago de costos procesales.- Ahora bien, una idea suelta. Si el fiscal es quien solicita la pena y no el agraviado, se despersonaliza el proceso, pero a la vez se aumenta el sistema de trámite de acceso, porque es a través del fiscal como podría tener tutela judicial efectiva. Por otro lado, cabría la pregunta: -¿Cuántos costos procesales (pago del proceso por el perdedor) se ejecutan?

9.- El principio de Oralidad.- La escritura afina el razonamiento, la oralidad afina los sentidos del oído a través del sonido; la escritura va directamente al pensamiento, la oralidad pasa primero por lo sensorial, por las sensaciones, por el sonido, por la belleza del sonido, porque antes que argumento, el sonido (suave, grave, estridente, agradable, etc.) es suficiente argumento. Esto se puede probar al escuchar música en otro idioma, el sonido vence al lenguaje, a la transformación del sonido en lenguaje o sentido, y mueve los sentimientos hacia una posición a favor o en contra de un sentimiento (me agrada ese sentimiento, no me agrada aquel sentimiento). No hay en esto ¿un peligro procesal? La oralidad no es directa sino indirecta, porque su afección es primero (a lo sensible, a los sentimientos) antes que a la razón y el derecho. Antes que llegue a la razón, el conocimiento pasa por la noción o el significado de lo «sensible», del sentimiento de lo justo o injusto. El sistema acusatorio adversarial supone conocerse para el razonamiento, no para la sensibilidad. No es la oralidad un fenómeno o instrumento directo sino indirecto. La diferencia está en que la afectación múltiple de lo oralizado no llega sólo al juez, sino a todas las partes procesales, que permiten un sistema de control de calidad, o al menos de identificación de responsabilidades.

Así, que la prueba haya sido recibida directamente -a través de la oralidad- por el juez no significa que dicho conocimiento sea recogido también «directamente»; pues, por ejemplo, la «lectura» de un instrumento probatorio también puede observarse como directa al

juez (nadie puede saber si el juez lee o qué lee en forma inmediata), sin embargo puede ocurrir que el juez no logra asimilar el contenido de lo que se aprecia lee. Sin embargo, se piensa que si el conocimiento es transmitido en forma oral, entonces, se garantiza que el conocimiento sea uno y no otro, garantizado aquello por el hecho que todos participan –al escuchar- del proceso de conocimiento directo que tiene el juez, y a la vez, pueden debatir sobre el mismo.

El juez para este sistema tiene que tener el mayor grado de capacidad de retención de lo oído, o capacidad para utilizar la memoria como un recipiente, por eso el sistema de concentración como principio, consiste en “reducir” el riesgo de volatilidad, olvido o no retención del proceso o de los argumentos.

10.- El principio de Inmediación.- La inmediación es un sistema de protección contra la arbitrariedad (interdicto de arbitrariedad), negligencia, imprudencia, ignorancia del juez, y de los sujetos procesales, no es para relacionar solo al juez con las partes, sino para catalogar sus capacidades.

La rapidez del proceso, sin embargo, puede conllevar algunos inconvenientes, pues para valorar instrumentos probatorios, se necesita -la mayor de las veces- una reflexión, es decir, un segundo y hasta tercer pensamiento respecto de lo valorado. ¿Cómo evitar el olvido, la poca reflexión? A través de los sujetos procesales, que tienen o están obligados a hacer recordar al juez su obligación. ¿Y si no lo perciben dicho acto, qué

se puede hacer? ¿No se quiebra en el mostrador la reflexión?

¿Inmediación? Si el juez mira al imputado como inferior, y éste, el abogado, y otros, tienen o «adecuan» su discurso como si fueran inferiores, tratando de no herir la vanidad o susceptibilidad del juez, ¿cómo puede funcionar la inmediación?

11.- La Cosa Juzgada.- La cosa juzgada debe cambiar de término, pues no es una cosa juzgada, sino una causa juzgada, un hecho juzgado.

12.- Jurisdicción.- No debe llamarse jurisdicción ordinaria, sino penal, civil, etc. Los juzgados unipersonales deben llamarse juzgados de delitos leves. Los juzgados colegiados deben llamarse juzgados de delitos graves. De esta forma la sociedad podrá conocer directamente de qué tratan dichos juzgados, a diferencia de la vigente denominación de los juzgados que sólo dice la conformación de dichos juzgados (unipersonales o colegiados), y que no cumplen la función de la administración de justicia: ser claros en el proceso.

13.- Delincuencia tratada en todos sus niveles.- La delincuencia debe tratarse desde el principio, aumento de demografía, riesgo de embarazos no deseados, falta de planificación familiar, políticas pre natales, natales, niñez, infancia, adolescencia, juventud, mayoría de edad, segunda edad, tercera edad, etc. y no sólo en los efectos (comisión del delito), sino en las causas de aquella.

14.- Aplicación de sistemas de prevención delincuencia en todos los estadios de la vida.- Por otro lado, agrava el problema la falta de medidas permanentes en todos los estadios de la vida, de prevención de la delincuencia. Como dijimos anteriormente, el problema se inicia incluso antes del nacimiento de un niño, con las posibilidades sociales de paternidad y maternidad irresponsable; pero además en los otros estadios de la vida, en la niñez ante la falta de un sistema educativo familiar e institucional (colegios) que puedan ayudar a diseñar la personalidad libre, productiva, creativa, racional, responsable de los seres humanos. Además, las escuelas son centros que adiestran al ser humano en funciones estatales y no necesariamente productivas, siendo que no existen siquiera cursos permanentes de derecho como obligatorios, se desperdicia gran parte de la vida del ser humano en una educación poco fértil e improductiva, además de que dicho sistema genera un costo general a la sociedad enorme, baste decir que el mismo sistema educativo es una «subvención social» de treinta años en el peor de los casos; es decir, la sociedad subvenciona – en las escuelas públicas- un promedio de once años, luego una universidad de cinco, siete, diez años, y luego hasta los treinta años las personas tienen derecho a una subvención familiar (obtenida a través de un proceso judicial), que termina costándole al Estado y, a través de él, a todos los ciudadanos. Peor ahora con la implementación de una nueva ley universitaria que cree que cambiar las personas es el mecanismo para mejorar la excelencia, siendo que el «cambio del interior de las personas» es lo realmente importante. La nueva ley

universitaria agrava el problema pues ha aumentado a tres años el doctorado, como si el tiempo fuera sinónimo de excelencia de la calidad educativa; restándole al ser humano lo que más necesita para desarrollarse: tiempo de vida.

¿Qué esperar de sistemas educativos que desperdician el *tiempo de vida de la persona* y no logran preparar al ser humano para ser «auto ampliativo», «autosuficiente», para lograr su supervivencia? Este panorama empeora si observamos que la regulación del estadio de primaria y luego secundaria sólo proporcionan conocimiento «de tránsito», es decir, para pasar recién a un «nivel productivo», que se supone es el profesional, universitario, o el técnico.

15.- Conversión o tráfico corrupto de los cargos públicos.- Desde otro lado de observación nos encontramos con la falta de identificación y tratamiento de los «sistemas de delincuencia o delincuencia común», como todos los cargos públicos en los que las personas necesitadas o acostumbradas a ello generan un sistema de comercio que se desprende de su posición dentro del Estado, traficando su accionar o no accionar en el engranaje del sistema o administración del Estado. En otras palabras, convierten su posición –presidentes, alcaldes, gobernadores, secretarios, jueces, fiscales, profesores, funcionarios o servidores públicos, etc.) en una mercancía, solicitando coimas como un acto natural, así se realizan delitos impunemente.

Está también aquella incapacidad de reconocer que ciertos actos son evidentemente delictivos, que por ser de proporción aparentemente pequeña son realizados

con tal irresponsabilidad que ni siquiera generan cargos de conciencia, y menos evidencia de la comisión de un acto delictivo, como por ejemplo, sacar copias a libros, utilizar las hojas de la institución para asuntos personales, utilizar las computadoras, el internet, la luz institucional, de su trabajo, para asuntos personales, presentar licencias o certificados médicos obtenidos como favores, que no pueden ser desvirtuados, para obtener licencias o justificaciones de sus tardanzas o inasistencias al trabajo, etc.

16.- Crónica anunciada de la ejecución de delitos.- Las cosas se ponen más graves dentro de nuestro *sistema democrático*, que parece servir más como un mecanismo para lograr la impunidad en el acceso al poder político y económico, y al tráfico ilegal de los mismos, amparados en dicha autoridad. Así no se entiende cómo se puede subvencionar y aceptar el acceso de personas a los cargos públicos a través de elecciones populares sin evitar dudar de la procedencia de decencia o incorruptibilidad en dichos puestos al acceder a ellos si es que en las previas campañas eleccionarias el postulante ha invertido sumas muchos más altas que lo que generaría la suma de la remuneración de todo su legítimo periodo de gestión en el cargo. Matemáticamente es imposible que cuadren los gastos de campaña con las ganancias remunerativas totales. El sistema así se desvirtúa y olvida por la percepción de la imposibilidad de cambiarla, generando impunidad y propensión a la delincuencia, de tal forma que es posible afirmar que los candidatos a cargos públicos por elección popular son los probables y futuros «delincuentes» -no siempre-, y que si

utilizáramos la fácil apreciación de «graves y fundados elementos de convicción que vinculen al imputado con el delito» encajarían perfectamente para una prisión preventiva. Todo esto nos lleva a pensar que en realidad los sistemas o comercios de delincuencia, corrupción estatal están identificados, pero no son abordados en sus soluciones.

17.- Subvenciones.- Otro de los problemas que demuestran la inadecuada estructuración estatal, son los populistas «sistemas de subvención», enfundadas en tipologías como «necesidades públicas». Políticas inconsistentes que pasan por necesarias, legítimas y exigibles socialmente –tan absurdas como su propia concretización social-, como, por ejemplo, el «bono de escolaridad» para quienes tienen hijos en edad escolar y ningún bono para los que no tienen hijos, que resulta algo no sólo discriminatorio, sino que descompensa la repartición de los servicios públicos por el que todos pagan en la misma proporción. Otro sistema de descompensación social serían aquellas licencias de maternidad y paternidad para los que tienen hijos y no para los que no los tienen, que es otra muestra de la desigualdad que crea la ley y el disforme sistema de subvenciones, que olvida y hasta viola el principio de igualdad, entre otros derechos fundamentales.

18.- Juzgados y Salas.- Una de las nuevas tendencias en el derecho al acceso a la administración de justicia es hacer el derecho simple, sencillo, entendible, amigable; así se han dispuesto obviarse los latinazgos, crear documentos para simplificar el lenguaje jurídico, etc. El

nuevo Sistema procesal penal contempla, sin embargo, exceso de refinamiento, así crean los juzgados de Investigación Preparatoria, los Juzgados Unipersonales, los Juzgados Colegiados, Salas de Apelación. Aquí un añadido: siendo que el acceso a la administración de justicia es prioritario y necesario para tener dicho derecho, proponemos que los juzgados unipersonales se denominen: juzgado de delitos leves; y los juzgados colegiados, juzgados de delitos graves, suprimiendo los términos unipersonales o colegiados. Las razones son obvias.

19.-Libertad de expresión vs. derecho a la privacidad.- En las causas sobre el derecho a la libertad de expresión, delitos contra el honor, la fórmula legal señala que el medio de prensa, al haber informado – puestos en este supuesto- erróneamente respecto a la imagen de una persona o empresa, debe resarcirse y publicar en el mismo medio, y del mismo tamaño, el anuncio de rectificación. Aquella fórmula parece justa, pero cabe indicar que no es así; siendo que el anuncio habría sido visto por una cantidad determinada por el número de periódicos vendidos, y no determinada por el número de personas que sin comprar el período hayan sido informados de la noticia difamante, calumniosa – según sea el caso-, no podrá resarcirse el daño causado, sino replantearse; por lo tanto el aviso siempre debe ser en proporción superior al anuncio original, a fin de darle proporcionalidad al asunto.

20.- Proporcionalidad.- La proporcionalidad es un concepto de moda. Así se indica que una sanción penal

para tal delito, como por ejemplo Resistencia y desobediencia a la autoridad –caso de flagrancia- es o puede ser demasiado alta, en comparación con otros delitos, como lavado de activos, etc. La proporcionalidad ingresa en el campo de la especulación y los autores la descomponen incluso en elementos descriptivos, como, proporcionalidad propiamente dicha, idoneidad, competencia, etc., sin embargo, la fórmula sigue siendo pensada para aumentar o disminuir la pena en años de prisión. La proporcionalidad está enfocada así en medidas de severidad en años de prisión al imputado. Nuestra propuesta va por otra línea, la proporcionalidad o equivalencia de los delitos con las sanciones; así, nos parece desproporcional sancionar con pena privativa de la libertad los delitos contra el patrimonio, porque las medidas en proporcionalidad son: patrimonio vs. libertad; es decir, por quitar patrimonio se quita libertad. Estos dos valores o conceptos jurídicos no son «proporcionales» o «equivalentes», porque los derechos en la balanza no tienen la misma jerarquía, puesto que adherido a la libertad va también indiscutiblemente el derecho a la vida; mientras que el derecho a la propiedad, en el robo, no va adherido necesariamente a la vida. La relación causal es impresionantemente desproporcional, desigual, incongruente.

El recorrido de soluciones es largo, por lo que merece un texto aparte, que denominado: “Proyectos e ideas para el Derecho”.

*** Según el Predictamen de la Comisión de Justicia del Congreso, los Proyectos de Ley en mención son: Proyecto de Ley Nº 163/2011-CR, 183/2011-CR, 260/2011-CR, 266/2011-CR, 345/2011-CR, 396/2011-CR, 459/2011-CR, 704/2011-CR, 709/2011-CR, 777/2001-CR, 902/2011-CR, 996/2011-CR, 1061/2011-CR, 1063/2011-CR, 1075/2011-CR, 1078/2011-CR, 1107/2011-CR, 1111/2011-CR, 1127/2011-CR, 1131/2011-CR, 1314/2011-CR, 1318/2011-CR, 1350/2011-CR, 1403/2012-CR, 1406/2012-CR, 1417/2012-CR, 1425/2012-CR, 1563/2012-CR, 1569/2012-CR, 1570/2012-CR, 1571/2012-CR, 1588/2012-CR, 1599/2012-CR, 1615/2012-CR, 1622/2012-CR, 1630/2012-CR, 1637/2012-CR, 1687/2012-CR, 1688/2012-CR, 1691/2012-CR, 1707/2012-CR, 1712/2012-CR, 1725/2012-CR, 1772/2012-CR, 1828/2012-CR, 1831/2012-PE, 1881/2012-CR, 1931/2012-CR, 1945/2012-CR, 2031/2012-CR, 2047/2012-CR, 2050/2012-CR, 2053/2012-CR, 2095/2012-CR, 2127/2012-CR, 2131/2012-CR, 2150/2012-CR, 2193/2012-CR, 2213/2012-CR, 2225/2012-CR, 2227/2012-CR, 2230/2012-CR, 2231/2012-CR, 2241/2012-CR, 2246/2012-CR, 2296/2012-CR, 2384/2012-CR, 2444/2012-CR, 2450/2012-CR, 2530/2013-CG, 2557/2013-CR, 2582/2013-CR, 2583/2013-CR, 2719/2013-CR, 2733/2013-CR, 2744/2013-CR, 2797/2013-CR, 2841/2013-CR, 2859/2013-CR, 2862/2013-CR, 2935/2013-CR, 2965/2013-CR, 3059/2013-CR, 3071/2013-CR, 3077/2013-CR, 3138/2013-CR, 3155/2013-CR, 3179/2013-CR, 3181/2013-CR, 3182/2013-CR, 3232/2013-CR, 3266/2013-CR, 3268/2013-CR, 3304/2013-CR, 3305/2013-CR, 3306/2013-CR, 3313/2013-CR, 3334/2013-CR, 3382/2013-CR, 3383/2013-CR, 3409/2013-CR, 3428/2013-CR, 3449/2013-CR, 3454/2013-PE, 3474/2013-CR, 3476/2013-CR, 3485/2013-CR, 3491/2013-CR, 3497/2013-CR, 3499/2013-CR, 3500/2013-CR, 3539/2013-CR, 3540/2013-CR, 3541/2013-CR, 3575/2013-CR, 3579/2013-CR, 3586/2013-CR, 3589/2013-CR, 3590/2013-CR, 3628/2013-CR, 3629/2013-CR, 3657/2013-CR, 3674/2013-CR, 3684/2013-CR, 3696/2014-CR, 3724/2014-CR, 3725/2014-CR,

3778/2014-CR, 2014-3779/2014-CR, 3833/2014-CR, 3845/2014-CR, 3876/2014-CR, 3883/2014-CR, 3896/2014-CR, 3909/2014-CR, 3914 2014-CR, 2014-CR, 3980 2014-CR, 3966 2014-CR, 3963 2014-CR, 3962 2014-CR, 3957 2014-CR, 3947 2014-CR, 3929 2014-2014-CR y 4038 2014-CR, 4032 2014-CR, 4030 3993/2014-CR, 4000/2014-CR, 4001/2014-CR, 4004-2014-CR, 4029 CR.

^{xxxx} <http://rpp.pe/politica/congreso/por-que-el-nuevo-codigo-penal-genera-tanta-polemica-noticia-960228>

^{xxxxi} <http://elcomercio.pe/sociedad/peru/nuevo-codigo-penal-se-debate-hoy-noticia-1900889>

^{xxxxii} Según los estudios arduos de Garcilaso de la Vega en sus "Comentarios Reales", de Baco y otros cronistas.

