

Visión integral del derecho penal

Giulliana Aracelli Loza Avalos*

Universidad Inca Garcilaso de la Vega

Sumario: 1. Introducción - 2. ¿Qué se entiende por derecho penal? - 3. Sistema Global del Derecho Penal – 4. Consecuencias de una visión limitada del derecho penal - 5. Nuevas concepciones de la visión integral

Resumen: En el presente artículo se analizará la importancia del conocimiento que debe tener todo abogado en la materia penal formal y dogmática penal juntamente con el derecho procesal penal y el derecho constitucional. Estos estudios e intereses académicos constituyen la base fundamental del derecho mismo. Ello nos permitirá no solo interpretar, aplicar y ejecutar las normas con una mirada integral, sino también nos permitirá brindar propuestas de reforma con una perspectiva sistemática.

Palabras clave: Derecho penal, Derecho procesal penal y Sistema global.

1. Introducción

El motivo de esta ponencia es brindar un panorama amplio de lo que significa ser un penalista o de lo que se requiere para serlo. El penalista es aquel abogado especializado en derecho penal caracterizado principalmente por un amplio conocimiento en el Código Penal y en teoría del delito, además por una capacidad de análisis dogmático y procesal en la resolución de conflictos bajo una razonamiento lógico y objetivo.

Para ello, el penalista no solo enfoca su interés académico en el derecho penal formal y la dogmática penal, sino que va más allá estudiando otras ramas jurídicas que se interrelacionan y se encuentran vinculadas necesariamente al fenómeno criminal, como el derecho procesal penal y el derecho constitucional, las cuales se constituyen como sus bases fundamentales. Del mismo modo, y con miras ya no solo a interpretar y aplicar el derecho vigente, sino a transformarlo y generando propuestas de reforma legislativa, el penalista añade a su bagaje intelectual tanto a la criminología y la política criminal para comprender las causas del delito y los posibles mecanismos a implementarse para su control, prevención, juzgamiento y sanción.

En consecuencia, es necesaria esta visión integral del derecho penal que abarca tanto al derecho procesal penal, el derecho constitucional, la criminología y la política criminal a efectos de asesorar, litigar, acusar, resolver, legislar y sobre todo enseñar en los claustros universitarios en donde se forman a los futuros operadores de justicia.

Tradicionalmente, la relación entre derecho penal y procesal penal ha sido concebida desde una perspectiva divisoria, que separa ambas áreas de manera tajante, otorgando una función meramente instrumental del derecho procesal penal con respecto al derecho penal. Esta dicotomía entre “penalistas” y “procesalistas” tiene un impacto negativo en las esferas políticas y legislativas, en los tribunales donde participan activamente los

* Abogada penalista de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Con estudios en Litigación Oral en Temple University, California Western y University of San Diego School of Law. Exbecaria en CEJA. Con cursos concluidos en la maestría con mención en Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en Derecho Constitucional en la Universidad San Martín de Porres, y en Sistema de Justicia y Racionalidad en la Universitat de Girona.

2. ¿Qué se entiende por derecho penal?

litigantes, así como también en la formación de los estudiantes de las facultades de Derecho.

Por ello, el derecho penal y el procesal penal forman parte de un sistema integrado por diversos campos jurídicos, denominados Sistema Global del Derecho Penal o el sistema de justicia criminal.

A continuación, se pasará a desarrollar algunos conceptos básicos y explicar las disciplinas que forman parte de este sistema integrado. Luego, a manera expositiva, se explicará cuáles son esas consecuencias negativas que conlleva a una visión limitada del derecho penal, así como las nuevas propuestas que plantea la visión integrada.

Comúnmente, el término derecho penal se asocia a un conjunto de leyes que tipifican determinadas conductas como delitos e imponen consecuencias jurídicas cuando aquellas se realizan. Esta forma de concebir al derecho penal se realiza desde una perspectiva netamente formal y objetiva. A decir de Roxin (1997), el derecho penal en sentido formal *“se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad”* (p. 41).

El derecho penal también puede definirse desde un sentido subjetivo, entendiéndose este como el *Ius Puniendi* del Estado, esto es, la facultad conferida al aparato estatal para sancionar con penas o medidas de seguridad, aquellas conductas previamente identificadas como dañosas puesto que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos valiosos para la sociedad (Mir Puig, 2003, p. 97).

También, el derecho penal se vincula a la dogmática jurídico penal. Esta última se conceptualiza como la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal. Su campo principal de estudio es la teoría general del delito, porque mediante abstracción de los tipos concretos de la Parte Especial abarca los presupuestos generales de la acción punible (Roxin, 1997, p. 1929).

Entonces, cuando se habla de derecho penal, con habitualidad se piensa en el derecho penal en sentido formal y en la dogmática penal, presuponiendo que estas dos áreas agotan su significado. Sin embargo, no es del todo cierto concebir las cosas en tal sentido, ya que dichas áreas solo son fragmentos de un sistema mucho más amplio al cual se le ha denominado en doctrina como el sistema global del derecho penal.

3. Sistema Global del Derecho Penal

Al respecto, el profesor Claus Roxin indica que el derecho procesal penal forma parte del gran complejo del Derecho procesal y es, por ello, Derecho público. Así pues, la ciencia global del derecho penal se encuentra conformada por otros campos jurídicos emparentados que sólo junto con el Derecho Penal regulan legalmente todo el campo de la Justicia Penal y que hacen del hecho, el autor y la persecución penal el objeto de los esfuerzos legislativos y científicos. Los más importantes de esos campos jurídicos vecinos son el Derecho procesal penal, el Derecho de medición de pena, el Derecho penitenciario, el Derecho penal juvenil y la criminología (Roxin, 1997, p. 47). Los conceptualiza de la siguiente forma:

- A. **Derecho procesal penal:** contiene todos los preceptos que regulan el esclarecimiento de los hechos punibles y la imposición del derecho del Estado a castigar.
- B. **Derecho de determinación de la pena:** comprende todas las reglas que son decisorias en cuanto a la clase o cuantía de la pena que se debe imponer.
- C. **Derecho penal juvenil:** trata sobre los delitos cometidos por jóvenes entre 14 y 18 años de acuerdo con el StGB (Código Penal Alemán).
Asimismo, en nuestro país, evidentemente, la responsabilidad penal del niño es diferente a la del adulto, por tanto las medidas aplicables en uno u otro supuesto, no deben tener la misma finalidad. Es así como los lineamientos respecto a las medidas socioeducativas que deben recibir los jóvenes peruanos se encuentran reguladas en el Código de los Niños y Adolescentes.
- D. **Criminología:** entendida como la ordenada totalidad del saber empírico sobre el delito, los delincuentes, la reacción social negativa y el control de esta conducta.

Menciona Roxin que, dentro del campo de esa ciencia global del Derecho penal, el Derecho penal formal sólo constituye un fragmento limitado. Por ello hay que ser consciente de que para la comprensión científica de la Justicia penal no basta en absoluto el solo conocimiento del Derecho penal en sentido formal. Es cierto que el proceso en primer lugar sirve a la imposición del Derecho material. No obstante, el proceso concreto tiene, desde un punto de vista empírico, la falta de certeza sobre el suceso real y, tiene desde un punto de vista normativo, solucionar una abundancia de conflictos de derecho e intereses y configurar para este fin un ordenamiento autónomo.

El Derecho penal sólo dice qué conducta está prohibida como criminal y con qué penas o medidas se la conmina. Pero este conocimiento le aprovechará poco a quien no sepa si y con qué requisitos se puede llevar a cabo una pretensión penal estatal, o según qué puntos de vista debe determinarse una eventual pena, cómo debe cumplirse, en dónde radican las causas reales de la criminalidad y cómo se puede reconducir lo más posible al delincuente al camino de la legalidad.

En consecuencia, un Derecho Penal moderno no es imaginable **sin una constante y estrecha colaboración de todas las disciplinas parciales de la Ciencia Global del Derecho Penal**. Por ello, el derecho penal material y el derecho procesal penal en la teoría y en la investigación van también estrechamente de la mano, como siempre ha sido el caso en la práctica jurídica. Tenemos entre las disciplinas más importantes a las siguientes:

3.1. Derecho Procesal Penal

En cuanto al derecho procesal penal puede ser definido como aquel sector del derecho procesal que regula los presupuestos, requisitos y efectos del proceso penal: elementos subjetivos, objeto y actos procesales penales. Como apuntaba Carnelutti, los términos “delito”, “pena” y “proceso” son rigurosamente complementarios; excluido uno, no pueden subsistir los otros dos (San Martín, 2015, p. 6).

La delimitación entre el Derecho Penal sustantivo y el Derecho procesal penal constituye, hasta el momento, una problemática constante en la doctrina científica. Si bien se reconoce una autonomía académica a ambas disciplinas, las consecuencias prácticas de una separación tajante entre ambas áreas generan serios cuestionamientos en torno a la interpretación y aplicación de

instituciones jurídico-penales como, por ejemplo, la prescripción¹, o problemas de prueba de las abstracciones realizadas por los dogmáticos o por una deficiente técnica legislativa al momento de crear nuevos tipos penales.

El origen de la división entre estas dos áreas del enjuiciamiento criminal (entre derecho penal y el derecho procesal penal) se remonta al periodo de la codificación de la Ilustración cuando se asumió con claridad que normas procesales y penales debían consignarse en cuerpos legales distintos (Vera, 2017, p. 832).

Sin embargo, la distinción entre lo sustantivo y lo procesal no solo no es teóricamente obligatoria, si no que, además, concebida en términos muy rígidos puede resultar enormemente disfuncional tanto en términos político-criminales (persecución eficaz del delito) como dogmáticos (tratamiento uniforme de los casos) (Ragués, 2004, p. 133).

Por ello, resulta necesario comprender que tanto el derecho penal como el derecho procesal penal forman parte de un sistema integrado, por lo que no se puede pretender estudiar y analizar ambos campos de conocimiento de manera separada.

Asimismo, desde el punto de vista político ambos configuran una unidad y, aunque la función material y formal de cada uno de ellos sea distinta -uno fijando deberes de obrar o de abstenerse de obrar y la sanción para el comportamiento desviado; el otro regulando los actos que integran el procedimiento apto para verificar la actuación del Derecho penal y sus consecuencias jurídicas, son dependientes entre sí para la realización de la política criminal del Estado. Es por ello que el Derecho penal material y el Derecho procesal penal deben ligarse estrechamente en la teoría y en la práctica, aspecto que, lamentablemente ha sido descuidado en nuestro ámbito jurídico (Maier, 2002, pp. 146-147).

Es así como, el Derecho procesal penal no puede ser pensado con independencia del Derecho penal. Ambos, más la ejecución penal, son partes integrantes de un sistema, como instrumento de control social. Para que el sistema funcione bien se torna necesaria la coordinación de fines e instituciones entre uno y otro, pues el Derecho procesal penal es el instrumento que la ley otorga al Derecho penal para su realización prácticas y, a la vez, los mandatos y prohibiciones penales carecerían de valor práctico, supuesto el monopolio punitivo del Estado, sin el Derecho procesal penal, convirtiéndose en poco menos que letra muerta.

En ese sentido, podemos realizar una breve descripción de ciertos artículos que necesitan un análisis de derecho penal sustantivo. Entre ellos se tiene:

El artículo 2 del CPP, regula el principio de oportunidad, una facultad que posee el Ministerio Público para promover el ejercicio de la acción penal o abstenerse de hacerlo. Esta salida alternativa al proceso penal, no puede evaluarse sin antes realizar un examen sustantivo de los delitos sobre los cuales se prescindirá iniciar un proceso penal. Puesto que, este principio, toma en cuenta la mínima lesividad del delito, la falta de merecimiento de la pena o la falta de necesidad de la misma cuando nos encontramos frente a delitos de

¹ En Alemania, surgió un debate en cuando a la naturaleza jurídica de la prescripción, si era un institución sustantiva o procesal, a efectos de determinar la prohibición o no de la aplicación retroactiva de la ley que declaró la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad ocasionados por los altos mandos del régimen nacional-socialista.

bagatela. De lo cual, se puede denotar la importante relación que surge entre este principio y la política criminal que rige en el Estado, pues ambas realizan un análisis de los fines con los cuales se justifican la pena.

Aunado a lo anterior, el artículo 5 del Código Procesal Penal regula la cuestión prejudicial la cual radica en ser un medio técnico de defensa que se origina al momento en que el fiscal toma la decisión de continuar con la investigación preparatoria a pesar de haber un elemento constitutivo del delito dentro de una vía extrapenal. Como se observa, dentro de la cuestión prejudicial existe un elemento normativo del hecho delictivo que debe ser dilucidado desde vías extrapenales, por lo que dentro de este punto no sólo es esencial el entendimiento del aspecto sustantivo que nos puede brindar nuestro código penal, sino también, como abogados, tener las nociones básicas claras respecto a temas extrapenales como civiles, constitucionales, administrativos, etc. De esta manera, el abogado podrá proporcionar una defensa adecuada y completa para tutelar los derechos de su patrocinado.

El artículo 6 de nuestro Código adjetivo, regula las excepciones que pueden deducirse en un proceso penal; entre ellas podemos mencionar: la naturaleza de juicio, la excepción de improcedencia de acción, la cosa juzgada, la amnistía y la prescripción. En este caso, podemos hacer un especial énfasis en la segunda causal, ya que la misma constituye una oposición al ejercicio de la acción penal que expresa el Ministerio Público, por la que se cuestiona la subsunción normativa que propone en los fundamentos fácticos de su tesis de imputación plasmada en la disposición de formalización de la investigación preparatoria o en el requerimiento acusatorio, esto es, antes de cualquier actividad probatoria. Es decir, se debe determinar si el hecho no constituye delito o si el hecho no es justiciable penalmente. De modo que se puede concluir que es necesario realizar un análisis procesal y sustantivo de aquellas conductas a las que se puede aplicar esta excepción.

Respecto a la prescripción debemos señalar que su naturaleza sustantiva o procesal se discute en la doctrina. Según los planteamientos más extendidos, en función de la naturaleza que se atribuya a esta figura será posible una aplicación retroactiva de una eventual reforma que prolongue o elimine los plazos de prescripción. La naturaleza de esta misma figura también se discute con el objeto de determinar qué instancia legislativa es la competente para regular o reformar esta materia, un debate que se plantea, como es natural, en aquellos estados que cuentan con varias instancias legitimadas para legislar en materia penal o procesal, como es el caso de Argentina o Estados Unidos.

En el caso peruano, hace pocos días se oficializó la Ley N° 31751 la cual modifica el artículo 84 del Código Penal estableciendo que, si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción. "La suspensión de la prescripción no podrá prolongarse más allá de los plazos que se disponen para las etapas del proceso penal u otros procedimientos. **En ningún caso dicha suspensión será mayor a un año**". Se lee en la continuación del precepto legal, esto a fin de que supuestamente no haya una dilatación innecesaria del proceso y de que se genere un estado de indefensión de los administrados. Sin embargo, no se toma en cuenta cómo esto afectaría los derechos del imputado, demostrándose una vez más que la política criminal que se desarrolla dentro de nuestro Estado se dirige a agravar aún más la situación del mismo.

Se puede mencionar también la nulidad de transferencia regulada dentro del artículo 15 inciso 1 del Código Procesal Penal. Sin embargo, para hablar de esta normativa de nuestro cuerpo adjetivo, el abogado penalista debe tener en cuenta dos artículos especiales del código sustantivo: el artículo 97 y 102, los cuales radican en la protección de la reparación civil y el decomiso de bienes provenientes del delito respectivamente. Como se observa, el mismo código adjetivo obliga a que el abogado cuente con un basto conocimiento sobre la norma sustantiva para así, después del análisis que demanda el código penal, el abogado pueda avocarse al procedimiento de la nulidad de transferencia.

En relación a la confesión sincera, regulada en el artículo 161 del CPP, podemos señalar que consiste en el reconocimiento sincero y espontáneo de los hechos imputados por parte de la persona que se encuentra siendo investigada como autor o partícipe de un ilícito penal. Para que sea válida la confesión, y eficaz, requiere que sea confirmado con el resto de los elementos de convicción actuados válidamente en el proceso penal instaurado en contra del imputado. En este caso, el procesado admite haber cometido una conducta penalmente típica, de ello se deduce que es necesario no solamente el conocimiento del desarrollo del proceso, sino también discernir respecto a cuáles son los elementos que configuran la estructura típica de un delito².

Por otro lado, el artículo 268 del CPP regula los presupuestos materiales para la configuración de la prisión preventiva. Dentro de este precepto el literal a) señala que deben existir fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. Mientras que el literal b) prescribe que cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.

Esta medida de coerción al restringir un derecho fundamental del imputado o procesado se convierte en la más gravosa, ya que vulnera directamente el derecho fundamental a la libertad que posee toda persona. Las medidas cautelares o coercitivas se encuentran reguladas en el título I, sección III del libro II del CPP. El artículo 253 del citado cuerpo normativo establece los principios que rigen dichas medidas, así como su finalidad. Estas medidas de aseguramiento tienen como única finalidad garantizar que el sujeto investigado esté presente durante el proceso penal y así poder, mediante una sentencia condenatoria, obtener la efectividad de la sentencia.

Ahora, cabe señalar que una interpretación del art. 253.3 del CPP en virtud del cual se sostiene que la prisión preventiva puede imponerse a efectos de "evitar el peligro de la reiteración delictiva, contraviene directamente el principio de legalidad y taxatividad de las medidas de coerción procesal de carácter personal". Por lo tanto, se desprende que este artículo es concordante con las normas rectoras del artículo 268 que establece los presupuestos materiales de la prisión preventiva.

En la misma línea, la individualización de la pena, regulada dentro del artículo 45-A del Código Penal, determina que toda condena aplicada al imputado debe de tener una fundamentación explícita y suficiente sobre la cuantificación de esta, la cual debe basarse en la responsabilidad y la gravedad del hecho delictivo cometido por el infractor de la norma. Como se observa, para que se aplique una cantidad adecuada y razonable de la pena, el juez debe de tener presente en todo momento al derecho penal sustantivo;

² La confesión sincera en la jurisprudencia de la corte suprema de justicia de la república, Universidad Autónoma del Perú.

es decir, debe de analizar no sólo los aspectos procesales, sino también los aspectos concomitantes que dieron lugar al mismo como, por ejemplo, preguntarse cuál fue la naturaleza del delito, cuáles fueron las circunstancias del delito, cuáles fueron los motivos para que suceda el mismo, entre otras circunstancias que sumadas darán lugar a la cuantificación de la pena a imponer.

3.2. Criminología

Etimológicamente la palabra criminología proviene de la conjunción del vocablo latín *criminis* que significa crimen o delito, y del griego *logos*, esto es, tratado o estudio. Por ello, criminología denota el estudio del crimen o delito.

La Criminología es una disciplina científica e interdisciplinaria que tiene por objeto el estudio y análisis del delito, de la pena, delincuyente, víctima, criminalidad, reacción social institucional, cultural y económica, a los fines de la explicación, asistencia y prevención de los hechos de violencia (Marchiori, 2004, p. 3).

La criminología es un campo de conocimiento multidisciplinario que se vale de las investigaciones realizadas por la sociología, la sociología jurídica, la etiología y la clínica criminológica y la terapéutica criminal. Ello con la finalidad de explicar el origen del delito, sus causas y su interacción con el medio social en el que se desarrolla.

3.3. Política Criminal

Una visión completa del proceso penal necesita que él sea analizado también desde la perspectiva político-criminal; por lo que resulta indispensable construir un saber sobre cómo lograr ciertas finalidades político-criminales a través del proceso penal dado que la existencia de límites constitucionales al ejercicio del poder penal obliga a que las formas más directas y propias de la política criminal se canalice necesariamente a través del proceso penal, como un modo de acotar y resguardar el uso de esa violencia del Estado (Binder, 2014, p. 12).

En ese sentido, Binder sostiene que no toda la política criminal se desarrolla del mismo modo, pero lo que la caracteriza y diferencia de otras políticas cercanas es que ella organiza los instrumentos violentos del Estado y esos instrumentos, en tanto tales, **se deben aplicar siempre respetando las garantías que luego conformarán el sistema de garantías que constituye la columna vertebral del proceso de conocimiento.** Entre las necesidades político- criminales y el sistema de garantías, es decir, a través de los múltiples equilibrios que se producen entre estas dos fuerzas, se configura el proceso penal de una determinada época.

La política criminal, según el reglamento del Consejo Nacional de Política Criminal, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2012-JUS, se define como el *“conjunto de medidas dispuestas por el Estado para enfrentar la criminalidad (delito-delincuyente) y la criminalización (pena y función resocializadora), dedicadas especialmente a la prevención, represión y control del delito”*.

Conforme la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-646 de 2001, la política criminal es “el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la

protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”.

Continúa la mencionada Corte señalando que “este conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. **Puede ser social**, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito (cita suprimida). **También puede ser jurídica**, como cuando se reforman las normas penales. Además, **puede ser económica**, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente **puede ser cultural**, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente **pueden ser administrativas**, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive **pueden ser tecnológicas**, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica”.

El Tribunal Constitucional emitió la sentencia N.º 0014-2006, señala en su fundamento 4 y 12, respecto a la política criminal lo siguiente: Se puede afirmar que un cierto ámbito de las cuestiones jurídicas fundamentales de la dogmática penal está abierto a la influencia directa del ordenamiento constitucional; es decir, se encuentra, a la vez, dentro de las fronteras de la Constitución y en relación directa con la política criminal. De ahí que, en último término, las bases del derecho penal y de todas las demás ramas del Derecho, en general, no hay que buscarlas en los códigos o en las leyes, sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional democrático.

En ese sentido, dentro de los límites que la Constitución impone, el legislador goza de un margen razonablemente amplio para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena. Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo.

Lo que ocurre es que la pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente. (...) Dependiendo de la opción de política criminal de cada Estado, la reincidencia puede considerarse existente en cualquiera de estas dos situaciones: (1) cuando el imputado ha cumplido en su totalidad el tiempo de internamiento en que consiste la pena que se le impuso, o (2) cuando se ha cumplido cierto plazo de la misma, el cual es determinado por ley.

De manera que, el legislador, a quien le corresponde definir la política de persecución criminal del Estado, tiene un margen de razonabilidad para ello, pero con límites como los derechos fundamentales de las personas.

Es así como, la Política Criminal adopta una singular posición intermedia entre ciencia y configuración social, entre teoría y práctica. Por un lado, se basa como ciencia en el conocimiento objetivo del delito en sus formas de aparición jurídicas y empíricas; por otro lado, pretende, como clase de política, llevar a cabo ideas o intereses concretos. Como teoría, intenta desarrollar una estrategia decidida de lucha contra el delito; pero como también ocurre por lo demás en la política, la realización práctica depende a menudo más de las realidades preexistentes que de la concepción ideológica (Roxin, 1993, p. 9).

Por otro lado, debemos señalar que el castigo no es una finalidad política criminal. Su finalidad es enfrentarse a un fenómeno criminal, para evitar formas agresivas o para limitar la violencia social, mediante su absorción y redefinición. Para que estas finalidades no se vuelvan abstractas, el diseño de la política criminal debe incluir objetivos, es decir, concreciones de esas finalidades vinculadas a cada fenómeno en particular, cuantificables y por lo tanto evaluables y capaces de generar metas vinculadas a planes de acción (Binder, 2014, p. 31). Por lo tanto, la política criminal, y la aplicación legislativa no pueden ir desligadas de la realidad social de cada país. Puesto que esta no busca castigar sino controlar, reducir, transformar o hacer desaparecer un determinado fenómeno criminal o una forma específica de violencia social. Mientras estas finalidades no se hayan precisado y cuantificado no tenemos objetivos político- criminales en sentido estricto y el proceso penal tampoco sería evaluable en su dimensión político criminal.

3.4. Derecho Constitucional

César Landa (2018), menciona que la Constitución es una norma jurídica vinculante cuyo respeto debe ser exigido en sede jurisdiccional. Por esta razón, en nuestra sociedad se ha asentado la máxima de que no existe ninguna zona exenta de control constitucional (p. 93).

Es así que, dentro de un Estado Constitucional de Derecho, el derecho penal, como los demás sectores del ordenamiento jurídico, deben de abocarse al estricto respeto de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, la cual se erige como la norma fundamental del Estado.

Entonces, la tipificación de nuevos delitos, su posible modificación, el establecimiento de penas o medidas de seguridad, así como la construcción del proceso penal deben respetar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales de la persona, sobre todo su dignidad y la libertad, las cuales se ven limitadas con la imposición de las penas e incluso las medidas cautelares durante el desarrollo del proceso penal, como la prisión preventiva.

Es de esta manera que, si, por ejemplo, se evidencian graves vulneraciones a los derechos del imputado (art. 71 del CPP) o diversos derechos y garantías constitucionales (art. 159.d del CPP), esto responderá a serias afectaciones constitucionales como al derecho al debido proceso, el cual establece garantías y reglas mínimas que garanticen el desarrollo justo, adecuado y equitativo para las partes dentro de cualquier procedimiento o proceso.

Aunado a lo anterior, observamos como la prueba si bien tiene relevancia penal, también la tiene dentro del ámbito constitucional, esto es así cuando es el mismo CPP en su art. VIII menciona que se realizará la valoración de la prueba las cuales hayan sido incorporadas dentro de un procedimiento legítimo; es decir, pruebas que no hayan vulnerado derechos constitucionales como la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones de terceros, la intimidad de las personas, etc. Como se observa, la justificación de su constitucionalización se fundamenta por la especial importancia o relevancia que adquiere la actividad probatoria, en la medida que cumple la finalidad de fijar los hechos a los que el juez, en su sentencia, determinará el derecho.

Siguiendo la misma línea, el código adjetivo determina que toda medida que resulte limitativa hacia los derechos fundamentales del imputado (art. VI) estas deberán ser revisadas y acreditadas bajo las garantías que determina la ley. Como se observa, al momento en que se busque interponer este tipo de medidas se deben de acreditar bajo elementos objetivos y no con meras conjeturas, solo de esta manera el juez podrá emitir una decisión razonable y proporcionada para que así se respeten los derechos fundamentales del investigado.

Además, tenemos a la tutela de derechos, la cual permite que dentro del mismo proceso penal se controle judicialmente la constitucionalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y en algunos casos con el auxilio de la Policía Nacional, sin necesidad de recurrir a la jurisdicción constitucional, de ahí que una de las etiquetas del nuevo Código Procesal Penal sea el de "garantista" y al Juez de la investigación preparatoria se le conozca también como un Juez Penal de Garantías.

En suma, el abogado debe analizar su caso no solo desde una óptica procesal penal, sino también realizar una mirada integral donde se tutelen los derechos fundamentales de la víctima y también del investigado, el cual se encuentra frente del poder punitivo del Estado. De esta manera, evitaríamos en gran medida los constantes estados de indefensión que se generan día a día.

Todo lo mencionado hasta ahora, se erige como consecuencia del fenómeno de constitucionalización del ordenamiento jurídico, el cual, según Riccardo Guastini, se caracteriza por la presencia de las siguientes características:

- a. La Constitución tiene un carácter rígido, esto es, que existe un proceso complejo para su modificación.
- b. Se presenta una verdadera jerarquía normativa y una efectiva imposición de la Constitución sobre la ley.
- c. La Constitución tiene fuerza vinculante y la interpretación de la ley se realiza conforme a ella.
- d. Las normas constitucionales son susceptibles de aplicarse directamente (Aguiló, 2007, p. 666)

Así pues, el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado. En ello reside su actualidad política la cual significa, al mismo tiempo, que cada cambio esencial en la estructura política también conduce a transformaciones del proceso penal.

4. Consecuencias de una visión limitada del derecho penal

4.1. En el ámbito legislativo

a. Sobrecriminalización

En los últimos años, la política criminal del estado peruano ha estado dominada por un enfoque de endurecimiento (INDAGA, 2021, p. 9), basado en la idea que la manera más efectiva de controlar el incremento de la criminalidad es legislar a favor de la imposición de castigos y penas más fuertes contra las personas que cometen delitos. En suma, este fenómeno tiende a una "huida hacia el derecho penal", creyendo erróneamente que aquel soluciona todos los conflictos que surgen en la sociedad, cuando en realidad los agrava más. Este enfoque además no toma en cuenta los principios fundamentales del derecho penal, especialmente los principios de subsidiariedad y fragmentariedad.

Es así como, la sentencia N.º 0003-2005-PI/TC, en sus fundamentos 16-17 indica que "la política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un derecho penal de los ciudadanos y un derecho penal del enemigo; es decir, un derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su status en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que, para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación".

Prosigue: "Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático. No obstante, ello no quiere decir tampoco, en modo alguno, que el derecho penal constitucional se convierta en un derecho penal "simbólico", sino que debe responder severa y eficazmente, dentro del marco constitucional establecido, frente a la afectación de los bienes constitucionales - que también el Estado constitucional de Derecho tiene la obligación de proteger, de conformidad con el artículo 440 de la Constitución- aplicando el principio de proporcionalidad de las penas y respetando las garantías constitucionales del proceso penal y buscando, siempre, la concretización de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad".

Este enfoque de endurecimiento responde a la instauración de un **derecho penal del enemigo** en nuestra legislación, el cual, según Jakobs, se caracteriza por tres elementos. En primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que, en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico penal es prospectiva (punto de vista del hecho futuro), en lugar de, como es lo habitual, retrospectivo. En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas, especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. Y, en tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas (Jakobs, 2006, p. 112).

Por ejemplo, en relación con los términos usados dentro de nuestro Código Procesal Penal podemos señalar que la palabra "delito" se menciona 347 veces, la palabra "responsabilidad" se denota 92 veces, el término "Constitución" es mencionado 58 veces, la expresión "hecho punible" se

menciona 30 veces, los términos “hechos delictivos o delictuosos” se mencionan 8 veces dentro de nuestro Código adjetivo, y la expresión “contenido esencial” se ve reflejada 6 veces en el mismo ordenamiento. Asimismo, el Código Penal (hasta mayo 2023) ha sido objeto de 559 modificaciones relativas a la estructura de los tipos penales, el quantum de las penas y la adición de nuevas circunstancias agravantes. Asimismo, el legislador ha realizado 177 incorporaciones, entre las cuales 157 están referidas a la tipificación de nuevos tipos penales y 8 a la incorporación de nuevas agravantes genéricas.

Otro ejemplo de ello es el enfoque de endurecimiento que se manifiesta en la Ley N° 30076 de fecha 19 de agosto de 2013, la cual aumentó las penas para los delitos patrimoniales como el hurto, robo, daños, así como para los delitos de extorsión y marcaje o reglaje, ello amparados en una razón de “seguridad ciudadana”. También, la Ley N° 30304 de fecha 09 de febrero de 2015 que prohibió la suspensión de la ejecución de la pena para los condenados por delitos de colusión y peculado. En la misma línea, la Ley N° 30710 de fecha 28 de noviembre del 2017 que prohíbe dicha suspensión para los condenados por el delito de agresiones en contra de las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

Es más, recientemente, el día 18 de mayo de 2023, el presidente del Congreso de la República firmó la autógrafa de Ley que reduce la cuantía del hurto simple al 10% de una Unidad Impositiva Tributaria (UIT), es decir, 495 soles. Con ello se estaría “poniendo mano dura a la inseguridad ciudadana”; sin embargo, en términos políticos criminales, se refleja una sobrecriminalización de los delitos contra el patrimonio al reducir el monto del objeto material del delito, estándar que los diferencia con las faltas.

Como resultado de ello, se tiene un alto índice de sobrepoblación carcelaria en los centros penitenciarios nacionales. Para febrero de 2023, la población carcelaria fue de 90.006 internos dentro de los 68 establecimientos penitenciarios a nivel nacional, siendo que estos últimos solo tienen una capacidad de albergue de 41,018, lo que genera una sobrepoblación del 119% y un hacinamiento del 99%, en base al último informe estadístico elaborado por el INPE³.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia recaída en el Exp. N°05436-2014-PHC/TC, en su fundamento jurídico 26, reconoció que el hacinamiento no es causado únicamente ni principalmente por la deficiente infraestructura de los pabellones o la falta de establecimientos penitenciarios, **sino, en realidad, por diversas políticas sobre aumento de penas y persecución penal**. Asimismo, dicha sentencia resulta importante al declarar un estado de cosas inconstitucional en los establecimientos penitenciario-nacionales ya que, producto del hacinamiento, las brechas en la infraestructura carcelera y la calidad deficiente de los servicios sanitarios, de salud y seguridad, se generó una violación masiva y generalizada de los derechos fundamentales de los internos por parte del Estado.

Ha ocurrido entonces, que la política criminal ha tomado matices hiperpunitivos, sobrecriminalizadores o populistas, sintonizando con el oportunismo y el corto plazo (Prado, 2019). Recordemos que el derecho penal se rige por principios fundamentales que tienen como objetivo principal limitar el *Ius Puniendi* del estado, esto es, su poder de coerción.

³ Instituto Nacional Penitenciario (2023). Informe Estadístico. Febrero 2023, p. 10.

A saber, el profesor Mir Puig (2005) señala que el principio de subsidiariedad informa que el derecho penal tiene un carácter de *última ratio*, esto es, que solo se aplicará cuando no exista otro medio alternativo y menos lesivo que pueda proteger a la sociedad y resolver el conflicto subyacente. Además, el principio de fragmentariedad significa que el Derecho Penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos (p. 127).

Como se ha señalado anteriormente, y en atención a lo indicado por el profesor Mir Puig, con el enfoque de endurecimiento de la política criminal, el estado peruano ha utilizado al derecho penal como principal instrumento para combatir los problemas sociales, no tomando en cuenta otros medios menos lesivos y gravosos para la libertad personal de las y los ciudadanos. De igual forma, ha criminalizado conductas con una relevancia penal cuestionable en cuanto a la lesión significativa de bienes jurídicos.

Con el mencionado enfoque hiperpunitivo en la política criminal, el legislador no ha tomado en cuenta que para la construcción de leyes se debe seguir un criterio de **racionalidad**. Al respecto, esta racionalidad legislativa penal se entiende como la capacidad para elaborar, en el marco del control social jurídico sancionador que propicia la legislación penal, una decisión legislativa que atienda a los datos relevantes de la realidad social y jurídica sobre la que aquélla incide (Arocena, 2008, p. 9).

Esta racionalidad, entonces, exige que el legislador tome en cuenta la concreta realidad social en la que se producen los hechos que pretende criminalizar y sus consecuencias inmediatas. Es aquí donde se torna importante la visión integral del derecho penal, ya que se debe tomar en cuenta los estudios criminológicos de la conducta a criminalizar, y en base a ello, seleccionar a las más dañinas para los bienes jurídicos. Asimismo, al momento de establecer las penas a imponer y el *quantum* de las mismas, se debe de advertir la realidad carcelaria de los penales, estableciendo algunos beneficios penitenciarios en los delitos de menor gravedad o a los internos con una peligrosidad mínima.

b. Falta de técnica legislativa

Otro de los problemas que trae consigo una carente visión integral del derecho penal, es la creación de tipos penales vagos plagados de elementos normativos de difícil probanza producto de una deficiente técnica legislativa. Esta falencia quiebra directamente una de las dimensiones del principio de legalidad, *la lex certa*, la cual impone al legislador la obligación de formular de manera clara y precisa las conductas que decide tipificar, esto es, la ley penal no debe dar lugar a ambigüedades al momento de su aplicación, evitando la actuación arbitraria del juzgador.

Esta problemática la vemos manifiesta, por ejemplo, en la redacción del tipo penal de feminicidio, el cual sanciona a aquel que mata a una mujer "*por su condición de tal*", elemento normativo que generó un conflicto en cuanto a su interpretación desde su puesta en vigencia. Por ello, la Corte Suprema adoptó el Acuerdo Plenario N°01-2016/CJ-116 para uniformizar sus criterios de interpretación.

Estamos, entonces, en un escenario complejo donde los problemas probatorios son a veces originados y otras enfatizados por el mal trabajo

legislativo o las interpretaciones que del derecho sustantivo realizan los jueces (Vázquez, 2019, p. 195).

Ante una carencia técnica legislativa, se producen problemas de interpretación del tipo penal conllevando a una falta de delimitación de lo que se debe probar durante el desarrollo del proceso penal, haciendo inefectiva la sanción de dicho delito y generando impunidad.

En atención a ello, y abordando la deficiente técnica legislativa en la creación del tipo penal de feminicidio en las legislaciones de América Latina, Carmen Vasquez señala que “debe tomarse en serio el análisis conjunto del derecho sustantivo y el procesal, advirtiendo los diferentes problemas probatorios que presentan los distintos modos de abordar sustantivamente un fenómeno. Y, finalmente, se debe tomar en serio la causa feminista para producir legislaciones con buena técnica legislativa, que no generen problemas probatorios irresolubles que al hacer inefectiva a la legislación terminan sin brindar la protección que se espera a las mujeres” (Vázquez, 2019, p. 196).

Entonces, con una visión integral por parte del legislador entre derecho penal sustantivo y derecho procesal penal, se podrá ejecutar una adecuada técnica legislativa en la redacción del tipo penal que tenga en cuenta los problemas de prueba que se tendrá posteriormente al momento de pretender una sanción penal.

En contraposición, una visión limitada que divide el derecho penal del derecho procesal penal genera graves taras en el ámbito probatorio. En esta línea, Ragués (2004) indica que la ciencia penal se ha ocupado de los conceptos de derecho sustantivo y sus definiciones, los procesalistas se han encargado de estudiar los medios de prueba en general, pero nadie se ha preocupado de estudiar en qué casos y con qué requisitos deben considerarse probados los elementos fácticos que permiten aplicar los conceptos sustantivos (p. 133).

4.2. En el ámbito del litigio

Con frecuencia se suele entender que litigar se limita a la práctica y el uso correcto de las técnicas de litigación: saber examinar o contra examinar testigos y/o peritos, cuándo y qué tipo de preguntas objetar, cómo presentar tus alegatos de inicio y de clausura en el juicio oral, entre otras técnicas, o, peor aún, entender el litigio a la sola oratoria. El litigio no se agota ahí. Todo ello es necesario, sí, pero resulta insuficiente para una actuación solvente en los tribunales.

Litigar demanda, además de estas destrezas y habilidades técnicas, de conocimientos sólidos del hecho y del derecho. Cuando construimos nuestra teoría del caso, necesitamos de tres componentes: el fáctico, el jurídico y el probatorio, definidos con una base estratégica que se proyecta y define durante el proceso. Se exige pues, de la teoría sustancial y procesal. Solo si tenemos esta base lograremos construir una defensa sólida. La práctica necesita de la teoría para desarrollarse.

En el ámbito penal, litigar eficientemente requiere contar con un conocimiento integral de distintas áreas: sustantivo, procesal, constitucional, penitenciario, etc. Debemos tener una visión integral y conjunta, diría necesaria e imprescindible. Lejos estamos de separar estas áreas, el litigio requiere que se complementen de manera conjunta. Si vas a defender una tesis, sea acusatoria o de defensa, requieres contar con una base dogmática, conocer las pautas básicas de la teoría del delito, las categorías, la estructura de los tipos penales, a qué teoría jurídica vas a subsumir o no los hechos, etc. Si vas a acusar, entonces deberás tener delimitado el tipo penal en cuestión y con ello los elementos del tipo que

debes cubrir, el grado de participación que estas atribuyendo, el momento consumativo, la modalidad delictiva, las consecuencias jurídicas, entre otros requisitos propios del ejercicio de la acción penal; todo ello como parte de tu fórmula jurídica. Desde luego, lo propio ocurre con la defensa si es que pretende refutar o, también, aceptar los cargos. Si, por ejemplo, se pretende deducir una excepción de improcedencia de acción o solicitar un sobreseimiento por atipicidad, deberán construir su tesis sobre la base de un análisis de la dogmática penal. Como se ve, la raíz del análisis empieza en el aspecto sustantivo.

También, al momento de examinar a un testigo o perito, las preguntas que se formularán responden a objetivos previamente establecidos y éstos reposan sobre una tesis jurídica, no es apropiado entablar ello sin tener claramente fijado qué se pretende obtener del testigo o perito. Preguntaremos para cubrir cada una de nuestras proposiciones fácticas, por tanto, necesitamos entender los elementos del tipo al que responderán cada una de ellas. Sin esto, quizá no obtengamos los mensajes adecuados que el testigo deberá transmitir al tribunal y perdamos una gran oportunidad para que se respalde nuestra tesis.

Lo propio sucede con los aspectos procesales que no se limitan al procedimiento, sino que, implican el tratamiento de diversas instituciones y mecanismos procesales; pensemos en una audiencia de prisión preventiva, en ella tendrás que conjugar aspectos de dogmática penal con categorías procesales; lo propio si deduces, por ejemplo, una excepción de improcedencia de acción, donde confluyen penal sustantivo y procesal.

En cuanto al aspecto constitucional, sucede lo propio; así, por ejemplo, en caso deduzcan nulidades o presenten tutelas lo primero que deberá analizar es si el acto procesal lesiona o no el contenido constitucionalmente protegido o una garantía prevista por nuestra norma fundamental. Cobra vigencia aquí, también, la proporcionalidad de la medida cautelar, muchas veces descuidada, o la garantía de motivación de las disposiciones o resoluciones judiciales.

Cómo podemos dar cuenta, dentro de los primeros retos que se gestan en la litigación oral está la necesidad de que el abogado cuente con un conocimiento jurídico integrado para el correcto uso de las técnicas de litigación.

Por otro lado, conforme a una concepción adversarial del proceso penal, se piensa erróneamente que basta con saber las técnicas de litigación oral para ganar un caso, ya que lo que vale es la capacidad de persuasión que debe de tener un abogado frente a un tribunal o un jurado. Sin embargo, esta concepción solo es válida en los sistemas jurídicos del common law de los países anglosajones, en donde el abogado defensor tiene que hacer uso de sus capacidades discursivas y retóricas para convencer a los miembros del jurado en cuanto a la culpabilidad o inocencia de su patrocinado.

Por el contrario, en los sistemas jurídicos del civil law como el nuestro, lo que un abogado debe de realizar en un juicio oral es determinar que los elementos típicos del delito objeto de debate se encuentran debidamente acreditados mediante una suficiente actividad probatoria, generando una certeza en el juez más allá de toda duda razonable. Por ello, todo abogado, ya sea parte del Ministerio Público o de la defensa técnica, tiene que contar con una base dogmática sólida para sustentar de manera acertada las pretensiones que pretende, ya sea lograr una sentencia condenatoria o una absolución.

Por ende, una buena teoría del caso no se agota en una visión sobre los hechos y el modo de probarlo, debe igualmente contener una visión clara de las instituciones dogmáticas aplicables y sus consecuencias. Es así como Percy Garcia Caveró señala que el manejo de la dogmática no sólo es útil para mejorar la calidad del debate y resultado del juicio, sino sirve para el manejo

eficiente de las etapas previas al juicio oral. Esto implica una gran capacidad de poder visualizar en todo momento qué es lo que se puede imputar y probar en el proceso.

A su vez, nosotros como agentes del derecho que nos desenvolvemos dentro del mundo jurídico concordamos con la opinión de Gonzalez Mantilla que sostiene que: "La enseñanza del Derecho busca proveer herramientas, afinar destrezas y propiciar competencias, identificadas por una perspectiva comprensiva y un discurso útil para justificar el quehacer de los abogados, el cual es fácilmente reconocible como instrumento básico para la construcción de intereses y posiciones de poder "legítimos" en la sociedad".

Por lo que, desde un punto de vista que busque la formación, capacitación o enseñanza del derecho tenemos la herramienta para poder defender mejor los intereses que correspondan dentro del proceso penal.

4.3. ¿Qué sucede si no se tiene una visión integral del derecho penal? ¿Estamos frente a delitos de bagatela?

El principal obstáculo a la selectividad por parte del Ministerio Público es el principio de legalidad procesal, que más allá de la norma expresa constituye una máxima cultural-ideológica del procesalismo penal: la idea de que todos los delitos deben ser perseguidos hasta las últimas consecuencias. Para la cultura procesal penal latinoamericana, la idea de que una denuncia penal pueda ser expresa y formalmente desestimada siempre ha resultado escandalosa. El principio de legalidad es una de las vacas sagradas de la ideología y de la dogmática procesal penal tradicional en nuestros países. Y por lo mismo, probablemente no hay ejemplo más extraordinario y elocuente de hasta qué punto la dogmática procesal abandonó todo contacto con la realidad a la que estaba destinada a servir y cuyos problemas estaba llamada a resolver: hoy en día la evidencia es abrumadora en varios puntos que hacen del principio de legalidad procesal, afirmado así, en términos absolutos, una pura insensatez:

A. Ningún Estado del planeta, incluidos los más ricos y modernos, pueden investigar sino una porción de los delitos que llegan a su conocimiento.

B. Hay delitos que, bajo ciertas circunstancias, simplemente no son investigables.

C. En muchas ocasiones en que el aparato de persecución está frente a estas situaciones, las reconoce de manera muy temprana, casi coetáneamente con la denuncia misma.

D. El sistema de todos modos, en los hechos, selecciona. La obligación legal impuesta por el principio de legalidad es incapaz de modificar esta realidad. Simplemente no se puede renunciar a ella en los hechos. Si la ley no le permite al sistema seleccionar, el sistema va a generar mecanismos de selección informal, que, adicionalmente, van a presentar los siguientes tres problemas:

D.1. Van a tener lugar fuera de todo control y en condiciones de baja o ninguna transparencia; no vamos a saber quién exactamente toma la decisión, con arreglo a qué criterios, corrupción y negligencia incluidos.

D.2. Los centros de decisión van a estar dispersos en todos los agentes del sistema (fiscales, funcionarios administrativos de la fiscalía o los tribunales, policías, jueces, Cortes, etc.) y, por lo tanto, las decisiones van a ser

5. Nuevas concepciones de la visión integral

tomadas sin arreglo a ningún plan determinado. En el escenario de escasez de recursos para la persecución, no necesariamente el sistema los va a estar focalizando en los casos que más nos interesa perseguir; tal vez el hurto de bagatela se lleve adelante hasta el juicio, mientras una violación es olvidada por el sistema; tal vez la investigación costosa de una lesión menor merme los recursos disponibles para investigar un homicidio; y así suma y sigue.

D.3. La falta de transparencia en la decisión va a impactar igualmente en las posibilidades de medir los indicadores de gestión y calidad del sistema, pues éste va a ocultar las cifras específicas sobre estos casos o su duración, y, en cambio, estas desestimaciones van a ser disfrazados bajo formas legales de término o derechamente ocultadas.

E. A cambio de todo lo anterior y como consecuencia, dado que el principio de legalidad obliga al sistema a dar una apariencia de cumplimiento con la norma, enormes cantidades de recursos van a ser derrochados simplemente para generar esta apariencia de legalidad: los casos van a ingresar al circuito, van a requerir tiempo de fiscales, jueces y/o defensores; órdenes de investigar -sin destino- van a saturar a las policías, quienes van a mermar los recursos con que cuentan para dedicarse a los casos realmente “trabajables”; la víctima, los testigos y los imputados van a ser obligados a perder cantidades substanciales de tiempo en la tramitación de casos que, desde el primer día, se sabían inconducentes; el sistema les va a decir falsamente que el caso está siendo investigado y va a generar expectativas que en definitiva va a frustrar⁴.

La visión integral del derecho penal conlleva a que los criterios de interpretación aplicados al derecho penal sustantivo puedan también trasladarse al derecho procesal penal. Incluso, categorías consideradas netamente “procesales” pueden ser examinadas desde los conceptos propios del derecho penal sustantivo.

Al respecto, comúnmente la orientación político-criminal se ha asociado al consecuencialismo, identificándose con una orientación del sistema del Derecho penal a las consecuencias empíricas de su aplicación. De hecho, en la obra de Roxin se dan apuntes en este sentido al indicarse que la construcción del delito debe orientarse a los fines (sociales) de la pena (de prevención general y de prevención especial).

5.1. El debido proceso como condición objetiva de punibilidad

Al respecto, se ha planteado concebir a la garantía del debido proceso como una condición objetiva de punibilidad.

Las condiciones objetivas de punibilidad son aquellas circunstancias previstas por el legislador como necesarias por razones de política criminal para que se sancione un injusto penal; es decir, tienen un carácter positivo para la imposición de la pena y que, a la falta de circunstancias necesarias, el hecho ilícito no obtendrá una sanción penal. Por ello, tales condiciones objetivas de punibilidad no afectan al *merecimiento de pena* del hecho, sino sólo a su *necesidad de pena* (Mir Puig, 2005, p. 176).

⁴ Mamá La Vaca Se Está Comiendo Todas Las Flores (Selectividad Y Principio De Legalidad Procesal Penal), CEJA Programa de Formación de Capacitaciones para la Reforma Procesal Penal.

6. Conclusiones

Según Daniel Pastor, señala que “no solo los llamados presupuestos procesales, sino que todas las reglas procesales son componentes de una condición objetiva de punibilidad: el debido proceso”. Añade que al igual que las reglas sobre tentativa o participación de la parte general extienden la tipicidad (y con ello la punibilidad) a situaciones no previstas por las figuras de la parte especial, la realización de un debido proceso es impuesta por el derecho constitucional como una condición general más para la procedencia de una pena legítima” (Ramón, 2004, 137).

- El derecho penal sustantivo y el derecho procesal penal sólo constituyen fragmentos limitados de un sistema mucho más amplio compuesto por diversas disciplinas que estudian y analizan el fenómeno punitivo del estado, esto es, el Sistema Global del Derecho Penal.
- Una visión limitada del derecho penal, la cual reduce su contenido sólo al derecho penal en sentido formal y a la dogmática, sin tener en cuenta las demás disciplinas que componen el sistema en general, conlleva a serios problemas en cuanto a la deficiente técnica legislativa al momento de criminalizar nuevas conductas catalogadas como dañosas para la sociedad, así como genera una sobrecriminalización por parte del legislador quien utiliza al derecho penal para resolver cualquier conflicto social sin tomar en cuenta los principios fundamentales que limitan el *ius puniendi* del Estado.
- En contraposición, una visión integral que combine los conocimientos entre el derecho penal, el derecho procesal penal, la criminología y la política criminal, e incluso el derecho constitucional, generará una consecuente utilización del *Ius Puniendi* del estado por parte del legislador, una aplicación coherente del mismo por parte de los magistrados y una tecnificación y mejoramiento del sistema penal por parte de los operadores jurídicos.

Lima, junio 2024

Lista de referencias

- Aguiló, J. (2007). Positivismo y Post Positivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*.
- Arocena, G. (2008). La racionalidad de la actividad legislativa penal como mecanismo de contención del poder punitivo estatal. *Polít. Crim*, 6, 1 – 15.
- Binder, A. (2014). *Derecho Procesal penal*. Ad Hoc.
- Landa, C. (2018). *Derecho Procesal Constitucional*. Fondo Editorial PUCP.
- Indaga, Observatorio Nacional de Política Criminal (2021). Seguimiento de la política criminal del Estado. A partir de indicadores del 2016-2020, según la Ley N°29807. Lima.
- Jakobs, G. (2006). *Derecho Penal del enemigo*. Editorial Civitas.
- Maier, J. (2002). *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*. Editores del Puerto.
- Marchiori, H. (2004). *Criminología. Teoría y Pensamiento*. Editorial Porrúa.

Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Editorial B de F.

Mir Puig, S. (2005). *Derecho Penal, Parte General*. Editorial Reppertor.

Prado, V. (2019). *Derecho Penal y Política Criminal. Problemas contemporáneos*. Gaceta Jurídica.

Ragués, R. (2004). Derecho Penal Sustantivo y Derecho Procesal Penal: Hacia una visión integrada. En *La reforma del proceso penal peruano - Anuario de Derecho Penal*. Fondo Editorial PUCP.

Roxin, C. (1993). *Política Criminal y estructura del delito (elementos del delito en base a la Política Criminal)*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Editorial PPU.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Civitas.

San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Editorial INPECCP.

Vázquez, C. (2019). Técnica legislativa del feminicidio y sus problemas probatorios. En: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*.

Vera, J. (2017). Sobre la relación del derecho penal con el derecho procesal penal. *Revista Chilena de Derecho*, 44(3), p. 832.