

**UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



**LA INDUCCIÓN AL VOTO Y SU AFECTACIÓN A LOS
PRINCIPIOS DE ÚLTIMA RATIO Y NE BIS IN IDEM EN EL
PERÚ**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Bach. GARCIA VALDIVIANO DIOSMELINDA YONAYDA

ASESOR: Dr. Robles Trejo Luis Wilfredo.

Huaraz – Ancash - Perú

2018



**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN,
PARA A OPTAR GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES EN EL
REPOSITORIO INSTITUCIONAL DIGITAL - UNASAM**

Conforme al Reglamento del Repositorio Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI.
Resolución del Consejo Directivo de SUNEDU N° 033-2016-SUNEDU/CD

1. Datos del Autor:

Apellidos y Nombres: GARCIA VALDIVIANO DIOSMELINDA YONAYDA

Código de alumno: 111.1604.491 Teléfono: 948504879

Correo electrónico: diosmelindagarciavaldiviano@gmail.com DNI o Extranjería: 47513105

2. Modalidad de trabajo de investigación:

- Trabajo de investigación Trabajo académico
 Trabajo de suficiencia profesional Tesis

3. Título profesional o grado académico:

- Bachiller Título Segunda especialidad
 Licenciado Magister Doctor

4. Título del trabajo de investigación:

LA INDUCCIÓN AL VOTO Y SU AFECTACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE ÚLTIMA RATIO Y NE BIS IN IDEM EN EL PERÚ.

5. Facultad de: DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

6. Escuela, Carrera o Programa: DERECHO

7. Asesor:

Apellidos y Nombres: Dr. ROBLES TREJO LUIS WILFREDO Teléfono: 943631567

Correo electrónico: lrobles@hotmail.com DNI o Extranjería: 31658643

A través de este medio autorizo a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, publicar el trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional Digital, Repositorio Nacional Digital de Acceso Libre (ALICIA) y el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI).

Asimismo, por la presente dejo constancia que los documentos entregados a la UNASAM, versión impresa y digital, son las versiones finales del trabajo sustentado y aprobado por el jurado y son de autoría del suscrito en estricto respeto de la legislación en materia de propiedad intelectual.

Firma: 

D.N.I:

47513105

FECHA:

08 / Noviembre / 2018

AGRADECIMIENTO

Mis más sinceros agradecimientos a los docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM, quienes me han inculcado valores y justicia durante toda mi carrera profesional, asimismo a Dios quien es testigo del esfuerzo del día a día y a mi familia por su apoyo incondicional.

DEDICATORIA

A Dios por guiar mi camino profesional día a día, y a mi madre Hida Valdiviano Alejo, quien, gracias a su apoyo incondicional se pudo cumplir con esta etapa de Pre-grado.

ÍNDICE

Resumen.....	vi
Abstract.....	vii
Introducción.....	01

CAPITULO I

PROBLEMA Y LA METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del problema.....	03
1.2 Formulación del problema.....	05
1.2.1 Problema General	05
1.2.2 Problemas específicos	05
1.3 Importancia del Problema	05
1.4 Justificación y viabilidad	07
1.4.1 Justificación teórica	07
1.4.2 Justificación metodológica	08
1.4.3 Justificación social	08
1.4.4 Justificación jurídica y legal	08
1.4.5 Justificación práctica	08
1.4.6 Viabilidad	09
1.5 Formulación de Objetivos	10
1.5.1 Objetivo General	10
1.5.2 Objetivos Específicos	10
1.6 Formulación de Hipótesis	11
1.7 Variables	12
1.8 Metodología de la Investigación	14

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1. Antecedentes	23
2.1.1 Antecedentes Internacionales	23
2.1.2 Antecedentes Nacionales	29
2.1.3 Antecedentes Locales	30
2.2. Bases Teóricas	30
2.2.1 Teoría del Garantismo Penal	30
2.2.2 El Derecho al Voto como Derecho fundamental	34
2.2.3 La inducción al voto como delito y como infracción administrativa	35
2.2.4 El Principio del Ne bis in ídem	41
2.3 Definiciones y Términos	51

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Resultados doctrinarios	53
3.2. Resultados Normativos	94
3.2.1. Derecho Interno	94
3.2.2. Derecho comparado	109
3.3. Resultados jurisprudenciales	113
3.3.1 Tribunal Constitucional	113
3.3.1. Poder Judicial	115

CAPITULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Discusión doctrinaria	126
4.1.1. Posturas o argumentos a favor	126
4.1.2. Posturas o argumentos en contra	127
4.1.3. Posición o argumentos personales	131
4.2. Discusión normativa	131
4.2.1. Análisis o discusión de la normatividad interna	135
4.2.2. Análisis o discusión del derecho comparado	135
4.3. Discusión jurisprudencial	136
4.3.1. Análisis o discusión de la jurisprudencia del TC	136
4.3.2. Análisis o discusión de la jurisprudencia del Poder Judicial	136
4.4. Validación de hipótesis General	136
4.3.1. Argumento 1	136
4.3.2. Argumento 2	137
4.3.3. Argumento 3	137
4.5 Validación de hipótesis específica N°1	138
4.5.1 argumento 1	138
4.5.2 argumentó 2	139
4.5.3 argumento 3	140
4.6 Validación de hipótesis específica N°2	145
4.6.1 argumento 1	145
4.6.2 argumento 2	146
4.6.3 argumento 3	147
4.7 Validación de hipótesis específica N°3	148
4.7.1 argumento 1	148
4.7.2 argumento 2	148
4.7.3 argumento 3	149
CONCLUSIONES	152
RECOMENDACIONES	153
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	154
ANEXOS	157

RESUMEN

El Informe Final de la presente Tesis trata sobre: “La inducción al voto y su afectación a los principios de ultima ratio y ne bis in ídem en el Perú”, materia que se encuentra enmarcado en las ramas del Derecho Penal y su propósito se enmarca en el análisis de la teoría general del delito teniendo en consideración los principios constitucionales garantistas en un derecho penal democrático.

Es así que se investigó la explicación del problema planteado, así mismo se plantea un Estudio mediante metodología de una Investigación dogmática-Jurídica, ya que se evaluó las diversas teorías jurídicas penales, principios y reglas sobre la teoría general del delito.

Ello nos llevará a establecer la influencia que tiene el fenómeno jurídico de la inducción al voto, estableciendo conclusiones y recomendaciones que incidan sobre principios y reglas que se utilizan para establecer su repercusión sobre los principios garantistas tales como última ratio y ne bis in ídem.

PALABRAS CLAVES: Inducción al voto, última ratio y ne bis in ídem.

ABSTRACT

The Final Report of this Thesis deals with: "The induction to vote and its affectation to the principles of ultima ratio and ne bis in idem in Peru", a subject that is framed in the branches of Criminal Law and its purpose is framed in the analysis of the general theory of crime taking into consideration the constitutional principles of guarantees in a democratic criminal law.

It is so that the explanation of the problem was investigated, likewise a Study is proposed by methodology of a Dogmatic-Legal Investigation, since the different criminal legal theories, principles and rules on the general theory of crime were evaluated.

This will lead us to establish the influence of the legal phenomenon of the inducement to vote, establishing conclusions and recommendations that affect principles and rules that are used to establish their impact on the guarantee principles such as ultima ratio and ne bis in idem.

KEY WORDS: Induction to vote, last ratio and ne bis in idem.

INTRODUCCIÓN

La tesis denominada: “La inducción al voto y su afectación a los principios de ultima ratio y ne bis in ídem en el Perú”, trata sobre los efectos jurídicos que se generan por la inducción al voto tanto a nivel administrativo como a nivel penal y así también sobre su repercusión sobre los principios constitucionales para limitar el poder punitivo tales como los principios de ultima ratio y ne bis in ídem.

El capítulo I, trata sobre el problema y la metodología de la investigación, en donde describimos el problema, su análisis, pronóstico y estado actual de la inducción al voto y su afectación a los principios de ultima ratio y ne bis in ídem en el Perú, formulamos el problema, se establecen objetivos descriptivos, hipótesis, las variables. Así también establecemos la metodológica de la investigación que tiene una profundidad científica a nivel descriptiva pues se enmarcó la problemática en una tesis jurídica-dogmática-normativa

Capitulo II, trata sobre el marco teórico, en donde se puede establecer los antecedentes de la investigación, las bases teóricas y los términos de la investigación, siendo estos últimos tópicos en donde se ha desarrollado sobre la inducción al voto. Es así, que el objetivo general describe la causa de la vulneración a principios constitucionales por parte de la inducción al voto y los objetivos específicos analizan y exponen sobre las consecuencias y soluciones frente al fenómeno de la inducción al voto.

El Capítulo III, trata sobre los resultados y discusión de la investigación, en donde se puede advertir el estado normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre

la inducción al voto y su afectación a los principios de ultima ratio y ne bis in ídem en el Perú.

El Capítulo IV, trata sobre la validación o contrastación de las hipótesis, en donde se constató las hipótesis generales y específicas.

En los capítulos V y VI, se desarrollan las conclusiones y recomendaciones que se encaminan a establecer los efectos positivos y negativos dentro de los principios y reglas del ilícito denominados inducción al voto relacionada con la teoría general del delito.

CAPÍTULO I

PROBLEMA Y LA METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del Problema:

La experiencia demuestra que la inadecuada protección del derecho de sufragio en el Perú se debe a una diversidad de circunstancias, entre las que aparecen con mayor preponderancia las siguientes:

- a) Falta de conciencia política generalizada en la ciudadanía.
- b) Falta de un adecuado nivel de cultura política y jurídica de la mayoría de los legisladores.
- c) Conflicto de intereses político-partidarios entre grupos parlamentarios que integran el Congreso de la República.
- d) Cultura del fraude electoral.

En tal sentido, los factores que probablemente determinan que no exista en el Perú una criminalización integral de las conductas lesivas al derecho de sufragio son de naturaleza jurídico-positiva como político-criminal:

- a) Jurídico-positivas: Por cuanto la normativa vigente evidencia un sistema insuficiente de protección jurídico-penal, que no concreta típicamente todos los supuestos de afectación del derecho de sufragio.
- b) Político-criminal: Por cuanto la realidad evidencia una flagrante omisión del Estado en la formulación de una estrategia integral y oportuna en relación con la lucha contra las conductas que atentan contra el derecho de sufragio.

En este sentido el problema de la inducción de voto del peruano frente a las dadas, donaciones o cualquier otra promesa con la finalidad de que el

candidato sean favorecidos con los votos; siendo estas prácticas y mecanismo de atañeo utilizados por diversos partidos políticos en el Perú.

Es así, que el combate a estas malas artes se realizado en el Perú mediante la denominada infracción administrativa por parte del Jurado Nacional de Elecciones y a su vez mediante la persecución mediante su catalogación como delito.

El problema reside en la doble persecución administrativa y penal para sancionar y prevenir la inducción al voto, genera problemas sobre el principio del ne bis in ídem, pues desde el punto de vista material se prohíbe toda doble persecución del derecho por un mismo hecho, evitando el exceso del jus puniendi.

En otro sentido, desde el punto de vista del derecho penal, se puede advertir la afectación al principio de última ratio penal, pues si al existir ya una persecución administrativa frente a la inducción al voto, entonces no todas las conductas deben ser perseguidas a nivel del derecho penal, solo aquellas que sean graven o causen gran agravio al bien jurídico protegido penalmente.

Entonces la presente investigación establecerá propositivamente que se busque la solución en la determinación de criterios objetivos para deslindar las conductas inductivas del voto de índole administrativa frente a las que constituyen delito, resaltando que éstas últimas deben de ser las que más afecten el bien jurídico, pudiendo establecerse el monto y la magnitud del daño como indicadores objetivos para reprimirse con mayor intensidad dichas conductas.

1.2 Formulación del Problema de investigación

1.2.1 Problema Principal:

¿Cómo el delito de inducción al voto previsto en el artículo 356° del Código Penal, afecta los principios de última ratio y Ne Bis In Ídem frente a la infracción administrativa que sanciona la misma conducta penalizada?

1.2.2 Problema Específico:

- ¿Cuáles son los problemas que viene generando la regulación actual del tipo penal de inducción al voto en relación a los principios de Última Ratio y Ne Bis in ídem?
- ¿Cómo se viene infringiendo los principios penales como Última Ratio y Ne Bis in ídem debido a la falta de un artículo que exprese la gravedad del delito de inducción al voto ser considerado como sanción penal mas no infracción administrativa?
- ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para proponer la modificación el artículo 356° del Código Penal, para que sea compatible con los principios de última ratio y Ne bis in ídem, por guardar vacíos en cuanto a la gravedad de la inducción al voto para ser considerada como una sanción penal?

1.3 Importancia del Problema:

El delito de inducción al voto será penalmente relevante desde la etapa de inscripción de candidatos y se extiende hasta el sufragio; pues solo en ese momento el elector tiene certeza de los posibles candidatos.

Así lo ha entendido la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Casación N° 760-2016-La Libertad, donde estableció dicho criterio como doctrina jurisprudencial vinculante.

Además, sostuvo que la “inducción” referida en este delito puede ser cometida de manera directa o indirecta por el autor, pues no hace referencia a un tipo de participación delictiva, sino a un verbo rector. Veamos el caso: La Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo formuló acusación contra a un candidato presidencial como autor del delito de inducción al voto, entre otros. Luego de realizada la investigación y ya en etapa intermedia, el procesado interpuso una excepción de improcedencia de acción respecto de dicho delito, fundamentándolo en que no se había presentado ninguno de los supuestos fácticos del delito propuesto por la fiscalía el día de las elecciones, por lo que no puso en peligro ningún bien jurídico; y, además en que a él no se le atribuye una conducta inductiva. Luego de realizado el control de acusación, el Noveno Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo declaró infundada la excepción de improcedencia de acción e infundado el sobreseimiento en relación al delito de inducción al voto. Esta decisión fue apelada por la defensa técnica del procesado. No obstante, la Sala Superior de Apelaciones de La Libertad confirmó la decisión de primera instancia en el extremo que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción e infundado el sobreseimiento en relación con el delito de inducción al voto. Dicha decisión fue objeto de un recurso de casación por el procesado, solicitando el desarrollo de doctrina jurisprudencial a fin de que se revoque esta resolución. Ya en competencia de la Corte Suprema, la Sala Penal Permanente analizó los argumentos del recurso. Así, sostuvo que el bien jurídico

del delito de inducción al voto puede afectarse desde la inscripción de candidatos hasta el sufragio, por lo que la imputación realizada contra el procesado abarca hechos realizados hasta un día antes del sufragio, por lo que estaría dentro del ámbito temporal del tipo penal. Además, precisó que la “inducción” en este delito constituye un verbo rector (induce) y no una categoría de participación delictiva como sostiene el recurrente, por lo que puede cometerse directa o indirectamente.

1.4 Justificación y Viabilidad:

1.4.1 Justificación:

La Justificación se identifica con los móviles de la investigación, a decir de Arazamendi: “son los propósitos definidos que son suficientemente importantes que fundamenten su realización”¹, por lo que pasamos a justificar de la siguiente manera:

a) Justificación Teórica:

La presente investigación se justificó teóricamente en los sistemas, principios y reglas del Derecho Penal Garantista². Es así, que se podrá establecer el alcance de los principios de ultima ratio y ne bis in idem en el Perú que se aplicarán al supuesto concreto de la inducción al voto; así como se evaluarán desde el punto de vista del derecho penal garantista.

¹ ARAZAMENDI, Lino. La investigación Jurídica. Diseño del Proyecto de Investigación y Estructura y Redacción de la Tesis. 2da. Ed.: Lima - Perú. Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.; 2011. p. 139.

² Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonel, Madrid, Trotta, 2008.

El garantismo es una ideología jurídica, es decir una forma de representar, comprender, e interpretar y explicar el derecho, su difusión se debe sobre todo a la Obra de Luigi Ferrajoli, quien a partir de 1989 ha construido una completa y muy estructura teoría del garantismo penal. En sus trabajos posteriores a esa fecha Ferrajoli ha ampliado su teoría para conformar una especie de teoría general del garantismo, la cual ha vinculado estrechamente con la teoría general del garantismo, la cual ha vinculado estrechamente con la teoría del Estado constitucional (desde el punto de vista normativo) y con el llamado neoconstitucionalismo (desde el punto de vista teórico).

d) Justificación Metodológica:

El paradigma metodológico que justificó la presente investigación es desde una perspectiva cualitativa toda vez que se realizara una investigación dogmática, sustentada en principios y reglas del delito de inducción al voto. Se investigará en consideración a conceptos y comprensiones partiendo de pautas de los datos y no recogiendo datos para evaluar modelos, hipótesis o teorías, principios y reglas jurídicas preconcebidas.

La presente Investigación, para ser confiable como conocimiento científico propone técnicas y medidas procedimentales para resolver los problemas normativos, doctrinarios y jurisprudenciales referentes a la teoría del delito aplicables al delito de inducción al voto.

e) Justificación Social:

La investigación es relevantemente social, pues el problema la inducción del derecho al voto y su afectación a los principios ultima ratio y ne bis in idem en el Perú, en forma específica sobre la normatividad del derecho penal y el derecho administrativo.

f) Justificación Jurídica y Legal:

La justificación Jurídica y legal de la investigación se encuentra en:

- a) Constitución Política del Perú,
- b) Ley Universitaria N° 30220,
- c) Estatuto de la UNASAM y

g) Justificación Práctica:

La investigación tiende a resolver el problema jurídico de la inducción al voto como delito y como infracción administrativa, estableciendo los fundamentos

jurídicos de para proponer la modificación del artículo 356 del Código Penal, para que sea compatible con los principios de última ratio y Ne bis in ídem, por guardar vacíos en cuanto a la gravedad de la inducción al voto para ser considerada como una sanción penal.

1.4.2 Viabilidad:

a) Viabilidad Teórica:

La presente investigación se podrá concretar del análisis la inducción del derecho al voto y su afectación a los principios ultima ratio y ne bis in idem en el Perú, definiendo los sistemas, teorías, principios y reglas del Derecho Penal y Derecho administrativo, así como en su doctrina y jurisprudencia.

b) Viabilidad Temporal.

El presente estudio que evaluó los avances que se tiene durante el 2017-2018.

c) Viabilidad Social.

El Estudio se realizó respecto a la aplicación normativa de la inducción del derecho al voto y su afectación a los principios ultima ratio y ne bis in idem en el Perú, limitándose el ámbito de Derecho Penal y Derecho Administrativo desde una perspectiva jurídico-doctrinal-normativo-jurisprudencial.

1.5 Formulación de Objetivos

1.5.1 Objetivo General:

Analizar cómo el delito de inducción al voto previsto en el artículo 356° del Código Penal, afecta los principios de Última Ratio y Ne Bis In Idem en el frente a la infracción administrativa que persigue la misma conducta penalizada

1.5.2 Objetivos Específicos:

- Determinar cuáles son los problemas que viene generando la regulación actual del tipo penal de inducción al voto en relación a los principios de Última Ratio y Ne Bis in ídem.
- Establecer cómo se viene infringiendo los principios penales como Última Ratio y Ne Bis in ídem debido a la falta de un artículo que exprese la gravedad del delito de inducción al voto ser considerado como sanción penal mas no infracción administrativa.
- Exponer cuáles son los fundamentos jurídicos para proponer la modificación el artículo 356° del Código Penal, para que sea compatible con los principios de última ratio y Ne bis in ídem, por guardar vacíos en cuanto a la gravedad de la inducción al voto para ser considerada como una sanción penal.

1.6 Formulación de Hipótesis

a) Hipótesis General:

El delito de inducción del voto en determinado sentido viene afectando los principios de Última Ratio y Ne Bis In Ídem frente a la infracción administrativa que persigue la misma conducta penalizada, pues las conductas perseguidas penalmente deben ser las más graves, sin embargo, no se precisa bajo que parámetros se podrá establecer la gravedad de dichas conductas para ser perseguidas por el derecho penal.

b) Hipótesis Específicas:

- La infracción administrativa que engloba la inducción al voto en la legislación peruana no especifica cuando se afectan los principios de Última Ratio y Ne Bis In Ídem para dejar de lado dicha infracción administrativa y ser pasible de persecución penal mediante el delito de inducción al voto, pues ambas protegen el mismo bien jurídico tanto administrativa como penalmente.
- Se viene infringiendo los principios penales como Última Ratio y Ne Bis In Ídem debido a la falta de un artículo que exprese la gravedad del delito de inducción al voto ser considerado como sanción penal mas no infracción administrativa, pues las mismas no establecen claras diferencias entre las conductas de inducción del voto y ni marcan diferenciación entre los bienes jurídicos que protegen a nivel administrativo como penal.
- El artículo 356 del Código Penal que contiene el Delito de inducción al voto, debe ser modificada estableciendo los parámetros de gravedad y su diferenciación con la infracción administrativa que contiene.

1.7 Variables:

a) Identificación de Variables

Hipótesis General	Hipótesis Específica		
	Primera	Segunda	Tercera
Variable Independiente (i) Delito de inducción al voto Indicadores <ul style="list-style-type: none"> • Acción • Tipicidad • Antijuricidad. • Culpabilidad • Penalidad 	Variable Independiente (i) Delito de inducción al voto Indicadores <ul style="list-style-type: none"> • Acción • Tipicidad • Antijuricidad. • Culpabilidad • Penalidad 	Variable Independiente Delito de inducción al voto Indicadores <ul style="list-style-type: none"> • Acción • Tipicidad • Antijuricidad. • Culpabilidad • Penalidad 	Variable Independiente Delito de inducción al voto Indicadores <ul style="list-style-type: none"> • Acción • Tipicidad • Antijuricidad. • Culpabilidad • Penalidad
Variable Independiente (ii) Infracción de inducción al voto Indicadores <ul style="list-style-type: none"> • Acción • Tipicidad • Sanción 	Variable Independiente (ii) Infracción de inducción al voto Indicadores <ul style="list-style-type: none"> • Acción • Tipicidad • Sanción 	Variable Dependiente Infracción de inducción al voto Indicadores <ul style="list-style-type: none"> • Acción • Tipicidad • Sanción 	Variable Dependiente Infracción de inducción al voto Indicadores <ul style="list-style-type: none"> • Acción • Tipicidad • Sanción
Variable Dependiente Principio de ultima ratio Indicadores <ul style="list-style-type: none"> • Control informal • Control formal 	Variable Dependiente (i) Principio ne bis in idem Indicadores <ul style="list-style-type: none"> • Material • Procesal 		

b) Operacionalización de Variables:

VARIABLES	Definición Conceptual	Definición Operacional	Indicadores
(X1) Delito de inducción al voto	Condiciones para establecer la comisión del delito de inducción al voto.	Permitirá conocer los actos y procedimientos para establecer el delito de inducción al voto	<ul style="list-style-type: none"> • Acción • Tipicidad • Antijuricidad. • Culpabilidad • Penalidad
(X) Infracción a la inducción al voto	Fundamentos y conceptualizaciones la infracción a la inducción al voto	Permitirá conocer los distintos tipos y dimensiones de la infracción a la inducción al voto.	<ul style="list-style-type: none"> • Acción • Tipicidad • sanción
(Y) Principio de ultima ratio	Fundamentos filosóficos y dogmáticos del principio de ultima ratio	Permite conocer la dimensión y aplicación del principio de última ratio para el caso del tratamiento de la inducción al voto.	<ul style="list-style-type: none"> • Control informal • Control formal

1.8 Metodología de la Investigación

1.8.1 Tipo y diseño de Investigación

1.8.1.1. Tipo de Investigación:

Se debe de recordar que para investigar el comportamiento humano existen diversos tipos de investigación tales como; exploratorias, descriptivos, correlacionales y explicativos³. La presente investigación es Descriptiva desde el punto de vista del tema de investigación, ya que se empezó con examinar e indagar como es jurídicamente la inducción del derecho al voto y su afectación a los principios de última ratio y ne bis in idem en el Perú.

Como ciencia particular el tipo de investigación jurídica - dogmática⁴, pues se evaluó los principios de última ratio y ne bis in ídem desde una perspectiva filosófica y constitucional, en su condición de principio, mediante la apreciación de diversas teorías jurídicas.

Un paradigma integrativo que el derecho debe superar es la norma legislada formalmente vigente y empaparse de la norma vivida en la sociedad: la norma hecha conducta, la norma eficaz. La incorporación del contexto, la articulación vigencia-validez-eficacia; los valores e intereses protegidos: la aplicación y los órganos jurisdiccionales, conforman el paradigma holístico que no rechaza ni excluye el estudio exegético de las normas, sino que lo integra y subsume como una vertiente más.⁵ En el siguiente cuadro nos grafica los

³ HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, Pilar Metodología de la Investigación. Mc Graw Hill, México 1997, pp. 135

⁴ QUIROZ SALAZAR, William. Investigación Jurídica. Editorial IMSERGRAF EIRL, Lima, 2007, p 54.

⁵ HURTADO DE BARRERA, Jacqueline, Las tendencias holísticas propician un mundo más humano y libre de dependencias ideológicas, 12a. ed., Caracas, Medio Internacional, 2001.

objetivos y tipos de investigación que aplicados al campo de la investigación jurídica es posible plantear⁶:

Nivel	Objetivo	Holotipo
Perceptual	Explorar Describir	Investigación Exploratoria. Investigación Descriptiva.
Aprehensivo	Comparar Analizar	Investigación Comparativa. Investigación Analítica.
Comprensivo	Explicar Predecir Proponer	Investigación Explicativa. Investigación Predictiva. Investigación Proyectiva.
Integrativo	Modificar Proponer Evaluar	Investigación Interactiva. Investigación Confirmatoria. Investigación Evaluativa.

Desde el punto de vista holístico aplicado a la investigación del derecho:

(a) La presente investigación tiene el **Nivel Comprensivo** ya que el objetivo es explicar el fenómeno jurídico de la inducción al voto, por lo cual, el holotipo es una investigación jurídica-explicativa. (b) La Investigación también tiene el **Nivel Integrativo** porque tiene como objeto **confirmar o negar** la aplicación correcta del principio del non bis in dem y bajo este nivel también buscará **evaluar** la inducción del derecho al voto y su afectación a los principios de ultima ratio y ne bis in idem en el Perú.

1.8.1.2 Diseño de Investigación:

a) General:

Corresponde a una **Investigación No experimental**⁷:

Porque en esta investigación no tuvo dominio de las variables y no se las puede manipular deliberadamente.

⁶ HURTADO DE BARRERA, Jacqueline, Metodología de la investigación holística, Caracas, Sypal, 2000.

⁷ ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). Fundamentos de la Investigación Científica y Jurídica. Editorial Fecatt, Lima, p. 34.

La investigación no experimental será subdividida en diseños transaccionales o transversales y diseños longitudinales. La presente es una **investigación no experimental Transversal**, porque esta investigación recolectará y describirá datos en un periodo que comprende desde el año 2018.

b) Específico:

Se empleará el diseño causal explicativo⁸, toda vez que se estudiará los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio del problema planteado sobre los riesgos que presenta la existencia de un modelo de derecho penal.

1.8.2 Métodos de Investigación:

Con la finalidad tener en cuenta los métodos utilizados para la presente investigación jurídica, se debe entender cuál es el enfoque metodológico que se pretende, ya que se busca desentrañar el funcionamiento sistemático. Los métodos específicos empleados en la investigación jurídica⁹ fueron:

Método Dogmático¹⁰: Encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), con la finalidad de pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del Derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización. El derecho al estar conformado por instituciones,

⁸ HERNANDEZ SAMPIERE, Roberto y otros (2010). Metodología de la investigación. Editorial McGrawHill, México p. 151.

⁹ RAMOS NUÑEZ, Carlos. (2001) Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento. Editorial Grijley, Lima, pp. 92 y ZELAYARAN DURAN, Mauro (2007). Metodología de la Investigación Jurídica. Ediciones Jurídicas, Lima, pp. 65 y ss.

¹⁰ Ibidem.

estos pueden ser explicados para el método dogmático en términos jurídicos sin apelar a consideraciones políticas, ideológicas o éticas. Este método se empleará en nuestra investigación para tratar de entender el problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas.

Método Hermenéutico¹¹: En sentido amplio, este método trata de observar algo y buscarle significado. En sentido estricto, siempre que los datos o las partes de un todo se presten a diferentes interpretaciones. En este sentido, siendo nuestro objeto de estudio susceptible de diversas interpretaciones será necesario para poder hacer la teorización de nuestro trabajo emplear este método.

Método Exegético¹²: Tiene por objeto de estudio a la norma jurídica y cuya finalidad es captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad; tiene además las características de ser puramente formal o conceptual, en donde se libere a la Ciencia Jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas. Este método será aplicado en nuestro trabajo, toda vez que se hará al estudio la de normatividad vigente sobre nuestro problema de investigación.

Argumentación Jurídica¹³: La argumentación jurídica es un proceso cognitivo especializado (teórico o práctico) que se realiza mediante concatenación de inferencias jurídicas consistentes, coherentes, exhaustivas, teleológicas, fundadas en la razón suficiente, y con conocimiento idóneo sobre el caso objeto de la argumentación. La argumentación jurídica se concretiza relacionando premisas, a la luz vinculante de los principios y demás cánones lógicos pertinentes, para obtener secuencial y correctamente, conclusiones que, según el caso, afirme o

¹¹ Ibidem

¹² Ibidem.

¹³ ATIENZA, MANUEL (2004). Las razones del Derecho. Teoría de la Argumentación jurídica. Editorial Palestra, Lima, pp. 28 y ss.

nieguen la subsunción del hecho en la hipótesis jurídica o afirmen o nieguen la validez o invalidez o la vigencia formal o real de la norma jurídica dada o afirmen o nieguen la pertinencia o impertinencia, o la aplicabilidad o inaplicabilidad o la compatibilidad incompatibilidad de la norma jurídica al caso concreto.

1.8.3 Plan de recolección de la información y/o delimitación de la investigación¹⁴

1.8.3.1 Población:

- a) **Universo físico:** Constituido por el ámbito nacional y mundial.
- b) **Universo Social:** Se circunscribe a la dogmática, normatividad y jurisprudencia.
- c) **Universo temporal:** La investigación se circunscribe a los años 2017-2018.

1.8.4 Instrumentos de recolección de la información. -

TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN	INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN	INFORMANTE O FUENTE QUE CORRESPONDE AL INSTRUMENTO DE CADA TÉCNICA
Análisis documental.	Fichas de resumen.	Fuente: Libros, tratados e internet.
Análisis documental.	Fichas Textuales.	Fuentes: Libros, tratados e internet.
Análisis documental.	Fichas bibliográficas.	Fuentes: Libros, tratados e internet.
Análisis documental	Fichas de análisis	Fuentes bibliográficas y carpetas fiscales.

1.8.5 Plan de procesamiento y análisis de información

1.8.5.1 Estrategias o procedimientos de recogida de información:

1. Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empelará la Técnica Documental, cuyos instrumentos serán las fichas Textuales y de resumen.

¹⁴ Por la naturaleza de la investigación que es dogmática, no es necesario la determinación de la población y la muestra puesto que no se harán mediciones, contrales ni se probarán hipótesis, sin embargo, por la formalidad del esquema solicitado por la Escuela de Post Grado de la UNASAM se cumple formalmente con este requisito, tomando como referencia para estos ítem a ZELAYARAN DURAN, Mauro (2007). Metodología de la Investigación Jurídica. Ediciones Jurídicas, Lima, pp. 251-258.

2. Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleará el Método de argumentación Jurídica.

Para la obtención de información de la presente investigación se hará a través del método cuantitativo y cualitativo lo que permitirá recoger, datos numéricos y opiniones o valoraciones sobre el problema planteado.

1.8.5.2. Análisis e interpretación de la información:

Análisis de contenido

Cuyos pasos a seguir son:

- a) Selección de la comunicación que será estudiada;
- b) Selección de las categorías que se utilizarán.
- c) Selección de las unidades de análisis, y
- d) Selección del Sistema de recuento o de medida.

1.8.5.3 Criterios:

Los criterios a seguir en el presente proceso de investigación será el siguiente:

- Identificación del lugar donde se buscará la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información en función a los objetivos de investigación empleando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- Sistematización de la información.

➤ Análisis y evaluación de la información.

1.8.6 Unidad de análisis y muestra:

1.8.6.1 Unidad de análisis:

Para justificar la presente unidad de análisis se tiene que tener en consideración que Universo Social, se circunscribe a la dogmática, normatividad, jurisprudencia, es así, que el universo y la muestra se corresponden en forma total. La unidad de análisis como propósito teórico o práctico de estudios en la presente investigación estará conformada por documentales, siendo estos la doctrina Jurisprudencia, normatividad del tema señalado.

1.8.6.2 Muestra

- ☞ **Tipo de muestra: Muestra no probabilística**, ya que la presente muestra no depende de la probabilidad, sino de las causas relacionadas con las características de abogado-investigador, no se basa en fórmulas de probabilidad, si no depende del proceso de toma de decisiones.
- ☞ **Marco Muestral:** Normatividad, Doctrina y Jurisprudencia.
- ☞ **Procedimiento de Selección:** Es Dirigida.
- ☞ **Tipo de muestra Dirigida:** La muestra dirigida es de sujetos-tipos, ya que se busca la profundidad y riqueza de la información.
- ☞ **Técnica muestral:** Técnica intencional: la muestra es escogida.
- ☞ **Tamaño de la muestra:** no se puede medir al ser cualitativa.
- ☞ **Unidad de análisis:** Documentos

1.8.7. Técnica de Validación de la Hipótesis

En la presente investigación jurídico en la dimensión teórica, tiene su evaluación mediante la contratación de las hipótesis planteadas mediante la argumentación jurídica (o conocida como argumentación jurídica estándar – AJE)¹⁵. Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales) conectadas entre sí de muy variadas formas.

Para conseguir este tipo de validez se deben fomentar procesos de cristalización más que de triangulación. Laurel Richardson sugiere que: «la imagen central para «la validez» de los textos postmodernos: «... no es el triángulo, una figura rígida, fijada y en dos dimensiones. Más que ésta figura, la imagen central o la figura central es el cristal, el cual combina la simetría y la sustancia con una infinita variedad de formas, sustancias, transmutaciones, multidimensionalidades, y ángulos de aproximación. Los cristales son prismas que reflejan la parte externa y se refractan sobre ellos mismos, creando diferentes colores, modelos, llevándote por diferentes direcciones y caminos. Lo que nosotros vemos depende de nuestro ángulo de reposo. No es la triangulación sino la cristalización lo que se debe fomentar en los procesos de investigación cualitativa. En la postmodernidad, con textos en donde se mezclan géneros, nosotros nos movemos desde la teoría de la geometría plana a la teoría de la luz, donde la luz puede ser tanto onda como partícula. La cristalización, sin perder la

¹⁵ ATIENZA, M. Derecho y Argumentación. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1997. Las Razones del Derecho. México: Ediciones Universidad Autónoma de México, 2003. Argumentación Constitucional Teoría y Práctica. México: Editorial Porrúa, 2011.

estructura, que construye la idea tradicional de «validez» pues permite mostrar que no existe una verdad singular, la cristalización nos proporciona una comprensión de los temas, parcial, dependiente y compleja»¹⁶

1.8.8. Contexto:

El contexto es el lugar donde se realizó la investigación, que en este caso es la ciudad de Huaraz, pero resulta ser una investigación cualitativa que tiene que ver con apreciación del tema señalado.

¹⁶ Richardson, L. (1997). *Fields of play: Constructing an academic life*. New Brunswick NJ: Rutgers University Press, pp. 125

CAPÍTULO II

MARCO TEORICO

2.1 Antecedentes de la Investigación:

2.1.1 Antecedentes Internacionales:

Tesis Doctoral:

Título: El voto electrónico y por internet como refuerzo de la confiabilidad de los sistemas electorales.¹⁷

Universidad: Complutense de Madrid – España.

Autor: Guillermo Francisco Reyes González

Año: 2015

Para: Doctorado en Derecho

Resumen:

La Tesis Doctoral denominada “El voto electrónico y por internet como refuerzo de la confiabilidad de los sistemas electorales”, es una investigación que se ha realizado desde el método deductivo, llevando al lector desde la generalidad de los derechos electorales en Colombia y las conductas que atentan contra ellos a nivel latinoamericano, desarrollando teóricamente los aspectos más técnicos de aquellos modelos democráticos más avanzados como el Estonio a nivel Europeo y realizando un análisis profundo de los grandes avances generados en materia electoral por las legislaciones Española y Estadounidense hasta llegar al desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinal en Colombia donde sus premisas permiten evidenciar que se dan las condiciones necesarias para la implementación de un sistema de voto electrónico para esta República Latinoamericana.

¹⁷ Repositorio de la Universidad Complutense de Madrid - España, disponible en internet: http://static.iris.net.co/semana/upload/documents/Documento_444544_20151001.pdf

Esta tesis doctoral nace ante la necesidad de plantear soluciones concretas, válidas y legítimas, frente las conductas ilícitas e irregulares cometidas a través de la manipulación de los jurados de votación y los miembros de las comisiones escrutadoras, en los procesos electorales, y concretamente, para el caso colombiano, tan afectado en su confiabilidad, participación y transparencia, especialmente en las dos últimas décadas, como se buscará demostrar en este trabajo investigativo.

Tesis de Pre Grado:

Título: Nivel de Influencia que las Campañas Electorales de los Partidos FMLN y ARENA ejercen en la Intención de Voto entre Los Jóvenes de 18-23 Años del Departamento de San Salvador en los Comicios Presidenciales de 2009.¹⁸

Universidad: Dr. José Matías Delgado – San Salvador.

Autor: Rodríguez Hernández Vanessa

Año: 2009

Para: Licenciatura en Ciencias de la Comunicación

Resumen:

La presente investigación pretende indagar más a fondo este tema y revelar los motivos que llevan a los jóvenes a tener tanta empatía por los partidos políticos y lo que todo esto acarrea. Posiblemente si se les diera la atención oportuna, habría una fuerza pujante esperando por sobresalir y cambiar los pobres patrones que se han dado en elecciones anteriores. Esa cadena nos llevaría a una

¹⁸ Repositorio del Portal de la Universidad Dr. José Matías Delgado – San Salvador, disponible en internet: <http://webquery.ujmd.edu.sv/siab/bvirtual/BIBLIOTECA%20VIRTUAL/TESIS/03/COM/ADRN0000488.pdf>

sociedad más estable, tomando decisiones claras y conscientes sobre la persona que tome el control y gobierne el país.

Título: Análisis jurídico de la violación al derecho y al ejercicio del sufragio de las personas sujetas a prisión preventiva.¹⁹

Universidad: Universidad de San Carlos de Guatemala.

Autor: Wolfgang Virgilio Zúñiga Gómez

Año: 2008

Para: Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Resumen:

Uno de los modos más críticos que las personas individuales tienen para influir en la toma de decisiones de los gobiernos es votando. La votación es una expresión formal de preferencia por un candidato o por una resolución propuesta ante una cuestión.

La votación, generalmente, ocurre en el contexto de una elección a gran escala, nacional o regional. Al igual que en todas las sociedades modernas, el sufragio en Guatemala es universal, libre, secreto y directo.

La Constitución Política de la República y la legislación en materia electoral, misma que también tiene rango constitucional, regulan los requisitos del sufragio. El voto es un instrumento, con el que cuenta el “ciudadano demócrata”, para hacer valer su compromiso y responsabilidad con la sociedad a la que pertenece. ¿Qué pasa con los privados de libertad, podrán ellos emitir su sufragio

¹⁹ Repositorio del Congreso de la República del Perú, disponible en internet: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/EFDC82A8B40462A305257E9B0020EF0E/\\$FILE/04_7199.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/EFDC82A8B40462A305257E9B0020EF0E/$FILE/04_7199.pdf)

en el centro penitenciario, si son ciudadanos guatemaltecos inscritos en el Registro de Ciudadanos y debidamente empadronados?

La investigación en el primer capítulo desarrolla la democracia guatemalteca, sus generalidades, sus principios democráticos y características.

El segundo capítulo se escribe acerca del voto, del sufragio y los deberes y derechos de los ciudadanos en el proceso electoral, las generalidades de los anteriores conceptos, se define al sufragio, se hace la diferenciación entre el voto y el sufragio, se habla de la teoría del sufragio, de las clases de sufragio, de las características del sufragio y de los sujetos participantes en el proceso electoral.

El tercer capítulo aborda el tema de la prisión preventiva como medio de restricción al derecho constitucional del voto, se establece la naturaleza jurídica de la prisión preventiva, con lo cual se instituye que la misma no guarda ninguna relación con la suspensión de los derechos de los ciudadanos, también se escribe acerca de las características de la prisión preventiva, los criterios utilizados para imponerla, se habla de las personas detenidas y de la emisión del sufragio en proceso eleccionario.

El cuarto capítulo trata acerca de las formas de exclusión del sufragio y los instrumentos internacionales que protegen dicho derecho, se escribe acerca del sufragio en la actualidad.

El quinto capítulo se refiere a los fundamentos doctrinarios del derecho político electoral, se define al derecho político y al derecho electoral, se establecen las fuentes del derecho electoral y se hace una relación del derecho electoral con otras disciplinas jurídicas.

El sexto capítulo hace mención de las funciones de los partidos políticos en un proceso electoral y se escribe de los distintos actores sociales influyentes en un proceso electoral.

El séptimo y último capítulo, pero no por eso menos importante, desarrolla el padrón electoral y los inhabilitados para el sufragio en el proceso electoral de septiembre de 2007 y las propuestas para que las personas sujetas a prisión preventiva puedan emitir el voto.

Título: Análisis sobre el comportamiento electoral en el Departamento de Bolívar durante el periodo 1991- 2003, elección de alcaldes y Gobernadores.²⁰

Universidad: Universidad Javeriana de Colombia

Autor: Andrea Patricia Rodríguez Torres

Año: 2005

Para: Obtener el título de Politólogo

Resumen:

Dentro de los propósitos de esta investigación se propuso indagar el comportamiento electoral de los municipios del Departamento de Bolívar, teniendo en cuenta la realidad política y el contexto. A partir del análisis ecológico se buscó darle respuesta a las hipótesis planteadas y a algunas preguntas esbozadas al inicio de este estudio. A continuación, se presentarán los hallazgos arrojados en el proceso de investigación y de análisis:

Durante la investigación el Partido Liberal se muestra como la fuerza partidista que ha mantenido una mayor solidez política, posicionándose como

²⁰ Disponible en: <http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/politica/tesis35.pdf>

partido hegemónico en las elecciones de alcaldes; sin desconocer la presencia del Partido Conservador que se ha mantenido constante en algunos municipios. Sin embargo, pero con menor fuerza política.

Así mismo, se encontró la presencia de grupos o fuerzas políticas fuertes que ostentan el poder político en el Departamento. Son la mayoría facciones y movimientos de raíz Liberal, además de algunos Conservadores, que se han mantenido en el poder colocando candidatos en los diferentes cargos públicos.

Estas fuerzas partidistas han continuado funcionando sin alterar la tradición del Departamento, a pesar de las reformas introducidas con la descentralización política de 1991. Si bien, a partir de estas reformas se esperaban cambios significativos en la tradición política a nivel Nacional, en el Departamento se corroboró que no se han roto los viejos esquemas, aún permanece el dominio del liberalismo en gran parte del territorio.

De acuerdo con el análisis, esta tradición histórica se ha presentado por la fortaleza de estas fuerzas en el mantenimiento sus fortines o enclaves políticos a lo largo del tiempo, principalmente en las zonas urbanas donde hay mayor participación, es decir, más votos. Sin embargo, tanto en zonas urbanas como rurales se siguen encontrando un apego a las viejas estructuras, grandes redes clientelares y una leve modernización de la política. De igual forma, es necesario anotar que la mayoría de las facciones y fuerzas políticas del Departamento han tenido origen en la provincia, con excepción de unas pocas que tuvieron origen en la ciudad.

Se pudo notar la poca participación de los Movimientos Políticos independientes en las diferentes elecciones durante el periodo analizado. Sólo

hasta 2003 en las elecciones locales, se pudo ver realmente una mayor presencia de estos Movimientos, sin superar al partido hegemónico. En las elecciones de regionales de Gobernadores se mantuvo el bipartidismo, primando la fuerza Liberal. Se destacaron cambios en el mapa político durante las elecciones de Gobernadores de 1994 y 1997 donde la fuerza liberal se vio un poco mermada por la fuerza conservadora, a pesar de esto el liberalismo continúa siendo la fuerza mayoritaria en el Departamento. Sin embargo, no se puede decir que existió un partido hegemónico en las elecciones de gobernadores, ya que existieron gobiernos liberales y conservadores consecutivamente durante el periodo de estudio.

b) Antecedentes Nacionales:

Tesis de Pre Grado:

Título: ¡SOMOS CIUDADANAS! HISTORIA DEL SUFRAGIO FEMENINO EN EL PERÚ (1930-1950).²¹

Universidad: Pontificia Universidad Católica del Perú

Autor: karen fabiola poulsen gonzales

Autor: Andrea Patricia Rodríguez Torres

Año: 2014

Para: Obtener el título de Licenciada en Historia

Resumen:

En esta tesis estudia el otorgamiento del sufragio y de los derechos políticos a las mujeres en el Perú, ocurrido en el año 1955; acontecimiento que se

²¹ Disponible en el repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5835/POULSEN_GONZALES_KAREN_SOMOS_CIUADANAS.pdf?sequence=1

produjo dentro de un largo proceso de transformaciones paulatinas en el mundo occidental, materializado por la presencia femenina en el espacio público.

Para ello, relata algunos sucesos decisivos ocurridos en el arco temporal de la primera mitad del siglo XX y en particular durante el gobierno de Manuel A. Odría.

En este sentido, desde una perspectiva política, se da a conocer porqué un hecho de naturaleza democrática sobrevino dentro de un régimen de corte autoritario, represor de las libertades, que desoyó el mandato constitucional.

Desde una perspectiva social, observa la postergación de estos derechos fue un hecho imposible, pues las mujeres de distinta procedencia socioeconómica, habían logrado su empoderamiento y hecho suyos los lugares otrora masculinos, con la complicidad del sexo opuesto.

c) Antecedentes Locales:

Que, de la revisión de las investigaciones locales tanto en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM y de otras universidades no se ha podido ubicar tesis relacionadas con la presente investigación.

2.2 Bases Teóricas:

2.2.1 La teoría del Garantismo Penal:

El garantismo penal desarrolla un conjunto de conocimientos capaces de fundamentar la limitación al poder punitivo del Estado desde una óptica de primacía del individuo.

La teoría del garantismo penal representa la más consecuente realización de la Ilustración, el propio autor de esta teoría, Luigi Ferrajoli, señalaba que este enfoque es la más fecunda proyección a nuestros días, de la filosofía ilustrada.²²

Al respecto dice, Sanchis: “La aportación verdaderamente original de la Ilustración se centra en lo que Ferrajoli ha denominado estricta legalidad, que no significa sólo que la tipificación legal representa una condición indispensable para que el juez pueda castigar, sino que implica una exigencia que pesa sobre el propio legislador a fin de que las prescripciones penales sean claras, precisas y dotadas de una denotación empírica taxativa.

Esto es, en sentido amplio la legalidad. Constituye un límite que se alza frente a cualquier otro poder o fuente de creación jurídica, mientras que, en sentido estricto, es un límite al propio legislador, que ya no puede castigar de cualquier manera, sino sólo a través de un género de normas dotadas de unas cualidades formales que son garantía de la libertad y de la seguridad.

Ese límite al legislador se traduce también en una barrera frente al arbitrio judicial, ya que dichas cualidades formales están en condiciones de asegurar una aplicación neutral mecánica y uniforme del Derecho a los casos particulares”²³ Mientras los autores del iluminismo ponían el acento en la limitación al poder de los jueces a través de la ley, ahora se estructura una concepción mucho más compleja, donde no sólo la ley limita al juez sino que también el propio legislador está limitado sustancialmente por los principios y valores plasmados en las Constituciones modernas así como los jueces que aplican las leyes penales.

²² FERRAJOLI, Luigi (2001). Derecho y Razón Teoría del garantismo penal Editorial Trotta, Madrid.

²³ PRIETO SANCHÍS, Luis (2007). “La Filosofía Penal de la Ilustración” Palestra Editores. Lima, p 58-59

Si desde al Derecho penal se le identificaba normalmente con la simple máxima “nullum crimen, nulla poena sine lege” con el garantismo penal tiene una concepción mucho más amplia extendiendo su formulación a las normas jurídicas penales y sus prácticas operativas introduciendo Luigi Ferrajoli las siguientes fórmulas latinas: Nulla poena sine crimine, Nullum crimen sine lege, Nulla lex (poenalis) sine necessitate, Nulla necessitas sine injuria, Nulla injuria sine actione, Nulla actio sine culpa, Nulla culpa sine indicio, Nullum indicium sine accusatione Nulla accusatio sine probatione, Nulla probation sine defensione. Que significa que: No hay pena sin delito, No hay delito sin ley previa, No hay ley sin necesidad, No hay necesidad sin ofensa, No hay ofensa sin acción, No hay acción sin culpabilidad, No hay culpabilidad sin juicio, No hay juicio sin acusación, No hay acusación sin prueba, No haya prueba sin defensa.

Afirmándose, de esta manera, mayores límites a la persecución punitiva del Estado, a la ya antigua máxima de que no se podrá castigar desde el Estado si no se está frente a la comisión de un delito se tiene otros límites como el no recurrir a la instancia penal ante cualquier falta o inmoralidad, sino como último recurso ultima ratio; además de no afirmar la comisión de un delito si no hay un daño a un bien jurídico protegido; tampoco se podrán imponer tipos penales que correspondan a un Derecho penal de autor ni se castigarán meros pensamientos o actos sin consciencia; asimismo, no habrá posibilidad de castigo penal por mera responsabilidad objetiva, *versari in re illicita*, ni podrá ser utilizado el justiciable como un medio para satisfacer fines deseados por el Estado, no podrá arribarse a una condena mediante un sistema inquisitivo, no habrá acusaciones basadas en conjeturas o en meras sospechas, ni en la sola confesión, ni se podrá castigar sin

que el imputado tenga acceso a todas las pruebas y pueda ejercer su derecho a defensa.

El garantismo penal nos señala que sólo pueden ser delito los comportamientos empíricos, susceptibles de ser probados y determinado judicialmente su campo de aplicación de manera exhaustiva y exclusiva.

Un esquema que enmarca las principales garantías penales y procesales contenidas en nuestra Constitución, y que hacen a una teoría de la ley penal (las cuatro primeras fórmulas), a una teoría del delito (las dos siguientes) y a una teoría del proceso penal (las últimas cuatro). Es que las garantías penales y procesales penales no se pueden estudiar en forma aislada. Unas y otras son recíprocamente indispensables para su efectiva aplicación. No se puede hablar de estricta legalidad sin estricta jurisdiccionalidad, ni viceversa, porque si no, lo que se logra en un estadio, se lo puede desbaratar en el otro.

2.2.2 El Derecho al Voto como Derecho Fundamental:

Como es bien sabido, el sufragio ya fue incluido en las primeras declaraciones de derechos, desde el Bill of Rights, de 13 de febrero de 1689 (8. —la elección de los miembros del Parlamento debe ser librel), la Declaración de derechos hecha por los representantes del buen pueblo de Virginia, aprobada el 12 de junio de 1776 (VI. —todas las elecciones de representantes del pueblo en la asamblea deben ser libres; y que todos los hombres que hayan probado suficientemente su adhesión a la comunidad y un interés permanente con ella tienen derecho de sufragio, y no podrán ser gravados con impuestos o privados de su propiedad para uso público sin su propio consentimiento o el de sus representantes así elegidos, ni obligados por ninguna ley que no hayan consentido

para el bien público) hasta la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, de 26 de agosto de 1789 (artículo 6: —la Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente, o por medio de sus representantes, en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles en todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos).²⁴

El voto representa un ejemplo de derecho fundamental que no va a poder ser ejercido por el titular del mismo sin una previa intermediación del Legislador, lo que no impide afirmar que su incorporación al texto constitucional supone una disponibilidad potencialmente inmediata, que se concreta en la posibilidad de exigir que los poderes públicos arbitren la organización y los procedimientos necesarios para dar efectividad al derecho. La omisión o desatención de esta obligada intervención del Legislador hará emerger la eficacia directa de la norma iusfundamental, aunque sea en su contenido mínimo o esencial, lo que en la actualidad, como veremos con detalle más adelante, puede tener especial relevancia para determinados titulares del derecho de sufragio, como los ciegos o las personas que están en situación de detención policial.²⁵

²⁴ PRESNO LINERA, Miguel Ángel. El derecho de Voto: Un derecho político fundamental, 2011, p. 07. Disponible en: <http://presnolinera.wordpress.com/elderechodevotounderechopoliticofundamental.pdf>

²⁵ Idem, p. 10

2.2.3 La inducción al voto como delito y como infracción administrativa:

2.2.3.1 Concepción:

Desde la perspectiva histórica, podemos apreciar que desde el momento mismo en que las formas democráticas permiten a los ciudadanos intervenir y participar en la organización política de los pueblos a través del ejercicio del voto, aparecen también conductas punibles en materia electoral, que restan sinceridad al sufragio y corrompen el régimen representativo.

El sufragio es el punto de partida de todas las realizaciones democráticas, por medio de él se ejercita el derecho de los ciudadanos a participar en la vida del Estado. Es por ello que, como bien indica Luis Carlos Pérez, “el sufragio es hoy un atributo inherente a la soberanía popular.”²⁶

A decir de Víctor García Toma, el sufragio representa una técnica y un procedimiento institucionalizado que permite a la ciudadanía comunicar y expresar una decisión, opinión u opción, tratándose en puridad, de una acción a través de la cual se alcanza propósitos comunes y que se representa a la vez como una función y como un derecho²⁷. Así, desde una visión de agudo componente sociológico, Víctor Andrés Belaunde señalaba: “El sufragio es presentista, pues refleja la coincidencia de voluntad en un momento específico. La llamada voluntad popular engendra una soberanía que podría llamarse la soberanía al instante. Poco tiempo después de una elección, las corrientes de opinión empiezan

²⁶ PÉREZ, Luis Carlos. Derecho Penal colombiano. Parte especial. Temis, Bogotá, 1957, p. 169.

²⁷ GARCÍA TOMA, Víctor. “Sufragio y sistema electoral”. En: Sistema electoral del Perú. Primer seminario de coordinación interinstitucional del sistema electoral. Horizonte, Lima, 1999, pp. 19-22.

a variar, lo que es más notorio después, cuando el respaldo popular amengua o crece de modo visible; siendo más frecuente lo primero”.²⁸

Como función, el sufragio se cristaliza mediante el acto electoral, que a su vez obliga al Estado a dinamizar su actividad y ponerse en movimiento, creando para tal efecto un adecuado orden jurídico, que haga viable al ciudadano su intervención en la vida pública mediante el voto, reconociendo así su derecho inalienable.

Pero, modernamente concebido, el sufragio evidencia la naturaleza de derecho ciudadano, por lo que no es completamente cierto que cuando este sufraga “cumple una función”. El ciudadano al sufragar ejercita un derecho, por lo que a su vez tiene derecho a que esa función se le otorgue por parte del Estado. Se indica así que tal función no es una manifestación individual, sino una forma de acción del poder constituido.

El ciudadano no cumple, pues, en riguroso sentido, una mera función cuando vota en las elecciones, sino que hace uso de un derecho. Si fuera lo contrario, el fraude o la violencia delictivos no afectarían sino al Estado, que es el organismo titular de la función, cuando en realidad el perjuicio se vierte también contra el pueblo, en cuanto impide conocer su voluntad o en cuanto la perturba, y contra el individuo elector, en cuanto burla o coarta su facultad de intervenir en los asuntos públicos.

Así, nuestra Carta Magna establece como un derecho ciudadano el “derecho de participación política”, facultando al ciudadano a ser elegidos y elegir libremente a sus representantes y a participar en los asuntos públicos a través del

²⁸ Ídem.

referéndum, iniciativa legislativa, remoción de funcionarios públicos, revocación de autoridades elegidas, rendición de cuentas, cabildos abiertos y juntas vecinales, correspondiendo a la ley regular y promover los mecanismos directos e indirectos de participación (artículo 31 de la Constitución Política).

En tal sentido, señala García Toma²⁹, se trataría de la potestad o prerrogativa perteneciente al ciudadano, que le permitiría participar en la designación de las autoridades y formar parte de la decisión de algún asunto de interés político u opinión sobre aspectos sustantivos de carácter administrativo o político.

2.2.3.2 El bien jurídico protegido en la inducción al voto:

Conforme a lo ya fundamentado, resulta muy diferente y contrapuesta la situación del delito electoral con relación al delito político, en cuanto por medio de aquel se subvierte la democracia misma ya que la libertad política de carácter electoral es esencial para el funcionamiento del régimen representativo. El atentado al voto como expresión de la voluntad ciudadana, resulta así un atentado a la soberanía popular.

En tal sentido, el profesor argentino José Peco señala, sobre este particular, y en forma por demás vehemente, que: “sin la verdad del sufragio, el derecho es quimera, la libertad un mito, la democracia una ficción”. “Cualquier atentado a la libertad electoral es una herida a la democracia; cualquier violación del comicio, una lesión a la dignidad nacional, cualquier ataque al sufragio, un atentado contra la soberanía popular”.

²⁹ GARCÍA TOMA, Víctor. Ob. cit., p. 23.

De ahí, pues, que quienes incurren en el fraude electoral, busquen no el progreso y el cambio, sino, por el contrario, el retroceso, la retracción social, y sus móviles sean egoístas y execrables.³⁰

Resulta así, fundamental la tarea de identificar con precisión el bien jurídico a tutelar. Así, observamos que el bien jurídico común a las infracciones electorales, no es en puridad, la libertad política en cuanto bien jurídico individual, porque más que atentarse contra la libertad del elector (quien al fin de cuentas resulta ser el sujeto directamente ofendido), se agravia el principio mismo de soberanía sobre el que descansa la organización del Estado. En tal sentido, lo que se lesiona es el interés jurídico del Estado en mantener inviolable la libertad política en cuanto al sufragio, de suerte que quienes colocan estos delitos entre los que van contra el Estado, seguramente no andan mal encaminados.

“El problema penal aquí, expresa con acierto Bustillos, no se reduce a la simple tutela de la libertad del elector, sino que trasciende a valoraciones de contenido colectivo. En el ejercicio de los derechos cívicos, la ley penal protege al ciudadano no en razón de su individualidad, sino en virtud de su participación en una función pública”.³¹ Señala Sebastián Soler que en un Estado democráticamente constituido, la lesión está inferida al principio mismo de soberanía sobre el cual se asienta la organización del Estado.

En el caso nuestro, observamos que después de brindar protección jurídica al Estado como personalidad internacional y como organización soberana interna, el Código Penal se ocupa de los atentados que afectan los derechos de los ciudadanos previstos por la Constitución, como lo es el derecho al sufragio,

³⁰ FERNÁNDEZ DOBLADO, Luis. “La tutela penal del sufragio”. En: *Criminalia*. Año 39, N° 7-8, Caracas, 1973, p. 194.

³¹ *Ibíd.*, p. 195.

mediante la protección jurídica de la “voluntad popular” en el Título XVII (después de los delitos contra el Estado y el orden constitucional, lo que evidencia que el objeto jurídico de protección no radica en la defensa de bienes de naturaleza individual, sino colectivos). Se protege así la soberanía popular (traducida en el interés del Estado en la defensa de los derechos políticos), cuya concreta y máxima expresión es el sufragio electoral, que debe ser protegido en su libre determinación contra los atentados que pretendan afectarlo, distorsionarlo o frustrarlo. En igual sentido, la Ley Orgánica Electoral se ocupa de tales delitos bajo el membrete de delitos “contra el derecho de sufragio”.

2.2.3.3. Ámbito de protección:

Conforme a la naturaleza del bien jurídico protegido y de acuerdo con la acción lesiva, los delitos electorales pueden clasificarse en tres grupos:

a) Actos destinados a perturbar o impedir la constitución del registro nacional de electores, el registro de organizaciones políticas y su funcionamiento, es decir, que afectan la actividad del Estado encaminada al reconocimiento del derecho de votar y al aseguramiento de la autenticidad del voto. Pertenecen a esta categoría los actos de alteración, sustitución, falsificación o destrucción de un registro de inscripción electoral, el aporte de datos falsos para lograr la inscripción, la alteración del padrón electoral variando fraudulentamente de domicilio (voto golondrino). Incluso, los atentados contra la vida institucional de las agrupaciones o partidos políticos.

b) Actos destinados a distorsionar, perturbar o impedir el acto de sufragio. Pertenecen a esta categoría el empleo de violencia o fraude para que el elector no pueda depositar su voto, o para que lo deposite en favor de candidatos o partidos

que no son los de su simpatía; el hacer desaparecer o retener indebidamente una cédula o documento de ciudadanía (título de sufragio); y la publicidad indebida del contenido del voto (siendo este secreto). Pertenecen también a este grupo, los delitos que afectan la función del sufragio cuando vota el que no tiene derecho o cuando, teniéndolo, vota más de una vez; y los que afectan la libertad individual cuando se suplanta a otro elector, esto es, cuando se arrebató a este el derecho de sufragar. El fraude en la votación electrónica también sería considerado bajo esta modalidad (delito informático).

c) Actos destinados a impedir, perturbar o distorsionar el resultado electoral. Pertenecen a este tercer grupo los delitos que afectan el acto mismo de la verificación de los resultados, atentando contra el escrutinio o recuento de votos y su posterior formalización en el resultado final.

Ahora bien, dentro de estos tres grandes estadios o fases de la mecánica que sigue el proceso electoral desde su inicio hasta su terminación, la ley capta, junto a otras de menor gravedad, tres formas específicas de ataque a la pureza del sufragio, que vulneran otros tantos bienes o intereses específicamente protegidos. Tales formas o modos de comisión del delito son: la coacción, la corrupción y el fraude, con cuyo empleo resultan lesionados o puestos en peligro, respectivamente: la libertad, la honestidad y la sinceridad del sufragio.

2.2.4 El Principio del Ne bis in ídem:

2.2.4.1. Definiciones del non bis in ídem

El principio penal del non bis in ídem o ne bis in ídem, a la que hacen referencia varios autores como la imposibilidad o inadmisibilidad de la persecución penal múltiple, contiene como máxima conceptual abstracta del mismo.

Para López ³² el principio de ne bis in ídem es:

El que nadie debe ser juzgado o condenado dos veces por la misma infracción.

La justificación a este principio la encontramos en la necesidad de que la persecución penal, con todo lo que ella significa la intervención del aparato estatal en procura de una condena solo se puede poder en marcha una sola vez. Como hemos dicho insistentemente, el poder penal del Estado es tan fuerte, que un ciudadano no puede estar sometido a esa amenaza dentro de un Estado de Derecho”.

2.2.4.2 Las dos manifestaciones del ne bis in ídem

En efecto, en la actualidad claramente distinguimos dos vertientes del principio, una de carácter procesal y otra de carácter material, así al hacer referencia a un doble proceso nos estaremos refiriendo al aspecto procesal del principio, mientras que al referirnos a una pena, estaremos tratando su aspecto material o sustantivo.

Para definir las manifestaciones del ne bis in ídem se hace referencia a (Polaino 2004)³³

“... de un non bis in ídem procesal y de un non bis in ídem material o sustantivo. El primero impide que un sujeto sea procesado y juzgado dos veces por la misma acción y el segundo que sea condenado o sancionado dos veces por el mismo injusto”.

³² López Barja de Quiroga, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, (España: Aranzadi S.A, 2004), 400

³³ Miguel Polaino Navarrete, Derecho Penal, Modernas Bases Dogmáticas,(Lima: Grijley, E.I.R.L, 2004), 341

El Tribunal Constitucional Peruano³⁴, se ha referido al principio *ne bis in idem* manifestando que tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal:

“En su formulación material, el enunciado según el cual nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento”

Así mismo el TC respecto al aspecto procesal, ha expuesto:

“En su vertiente procesal, tal principio significa que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo)”

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 2050-2002-AA-TC sobre acción de amparo, interpuesta por Flor Milagros Ramos Colque, a favor de su hermano. emitida el 16 de abril del 2003, <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02050-2002-AA.htm>. (último acceso: 20 de febrero del 2016)

2.2.4.3.- Naturaleza jurídica del Ne bis in ídem

A decir sobre la naturaleza jurídica de este principio para Pérez³⁵ se refiere que.

El principio de ne bis in ídem impide que una persona sufra una doble condena o vuelva a afrontar un proceso por un mismo hecho; es por ello que se trata de una garantía personal que juega a favor de un sujeto. El alcance de esta garantía no solo comporta la posibilidad de que una persona no sea perseguida dos veces o más, en razón de una misma incriminación, sino que también importa la prohibición de una persecución paralela.

Siendo esto así se puede afirmar que el principio del ne bis in ídem no es un principio subsidiario de las demás garantías que protegen la libertad individual, no constituye un principio accesorio, en tanto y cuanto no nace del proceso, sino que existe antes de este, siendo como un regulador del proceso judicial o del procedimiento administrativo. De ahí su importancia en la estructura del ius puniendi o potestad sancionadora del Estado. El ne bis in ídem viene a ser entonces, una garantía política protectora de la libertad individual.

2.2.4.4.- Preeminencia del derecho procesal penal sobre el derecho administrativo sancionador

El nuevo Código Procesal Penal en el Art III del Título Preliminar reconoce la Primacía del Derecho Penal frente al Derecho Administrativo y el principio del non bis in ídem en su manifestación procesal “(...) Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones

³⁵ JORGE A. PÉREZ LÓPEZ, la aplicación del principio non is bis in ídem en el proceso penal, GACETA PENAL & Procesal Penal, (Perú:Gaceta Jurídica S.A., 2013), 115.

penales y administrativas. El Derecho Penal tiene preminencia sobre el Derecho Administrativo”.

En este contexto Pérez³⁶ señala:

En el ámbito del derecho procesal penal, la prohibición de sancionar dos veces una misma conducta es una garantía constitucional, por lo que su violación acarrea la invalidez del segundo proceso penal, por ser ilegal, sin embargo, el principio ne bis in ídem, también resulta exigible, cuando un mismo hecho es perseguido administrativamente y jurisdiccionalmente.

El Estado ejerce su ius puniendi a través de dos vías: el derecho penal (jurisdicción penal) y el derecho administrativo sancionador (autoridad administrativa). Por el primero se aplican las penas a los culpables del delito, previo juicio penal, mientras que en el segundo caso la administración y otros entes del Derecho Público imponen sanciones no privativas de libertad por la comisión de hechos ilícitos.

Siendo así, la justicia penal se erige como preeminente al contar con las mismas garantías para el ciudadano objeto de imputación, y al contar con las sanciones más graves, pues no tiene sentido someter al sujeto infractor a un procedimiento administrativo por una falta grave, cuando este hecho es constitutivo de delito y donde se necesita adquirir una fuente de prueba incriminatoria que puede perderse con el paso del tiempo. Ante tal estado constitucional la justicia administrativa, debe dar paso a la justicia penal a fin de

³⁶ JORGE A. PÉREZ LÓPEZ, la aplicación del principio non is bis in ídem en el proceso penal, 130.

colmar las exigencias sociales depositadas en la justicia distributiva del campo criminal.

Consideramos que el derecho penal sigue criterios de imputación personal de un injusto propio, aun cuando tales criterios puedan flexibilizarse en aras de mayor eficacia (delitos de peligro abstracto), mientras que el Derecho Administrativo Sancionador sigue criterios de afectación general, y el derecho disciplinario se basa fundamentalmente en la protección de la moral administrativa.

Según Peña³⁷:

La finalidad de la preeminencia del derecho penal sobre el derecho administrativo sería evitar la producción de resoluciones judiciales y administrativas contradictorias, que puedan redundar en actos arbitrarios para los justiciables.

Por último acerca de la Prevalencia de pronunciamiento penal en los casos de conflictos entre normas penales y normas sancionadoras administrativas.

Lizarraga³⁸ en su artículo cita a Reátegui Sánchez quien refiere sobre la prevalencia del derecho penal frente al procedimiento administrativo sancionador:

“(…) En este tema lo que hay que tener cuenta es que la actividad sancionatoria de la Administración debe subordinarse siempre a la de los Tribunales de justicia, luego que aquella no puede actuar mientras

³⁷ PEÑA CABRERA, Alonso Raúl. Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal, (Lima:Rhodas. 2006), 80.

³⁸ LIZÁRRAGA GUERRA, Víctor. Fundamento del ne bis in ídem en la Potestad Sancionadora de la Administración Pública – Derecho administrativo, http://gestionpublica.org.pe/plantilla/rxv5t4/1029474941/enl4ce/2013/mar/revges_1798.pdf, (2013), (último acceso: 05 de marzo del 2016)

no lo hayan hecho éstos, es decir, “pendencia le proceso penal constituye un óbice para la simultanea tramitación de un procedimiento administrativo sancionador por los mismos hechos”

Del mismo modo el autor líneas arriba citado hace referencia al maestro Alejandro Nieto quien dice al respecto:

“(…) La prevalencia de la resolución penal es aquí, por tanto bastante dudosa y responde más bien a un doble juego de ficciones tradicionales inerciales: por un lado, la de que la sanción procede siempre de la Administración, sin que tenga efectos jurídicos relevantes la intervención del Tribunal revisor; y, por otro lado, la de que el procedimiento judicial penal es el que mejor asegura los derechos individuales frente a la arbitrariedad del Poder Ejecutivo. Un perjuicio que carece por completo en la actualidad de razón de ser, dado que los tribunales contenciosos-administrativos ofrecen las mismas garantías de independencia institucional y de defensa de los ciudadanos (…).

2.2.3.5.- Requisitos del ne bis in ídem

Los requisitos son los siguientes para Pérez³⁹:

2.2.3.5.1 Triple identidad

Para que se pueda hablar de violación de la garantía de interdicción de la persecución múltiple se tiene que dar una triple identidad:

a. Identidad de la persona perseguida (*eadem persona*)

Teniendo en cuenta que este principio constituye una garantía de seguridad individual, a lo que apunta es que sólo aquella persona natural frente a la cual el

³⁹ PÉREZ LÓPEZ, JORGE A. La aplicación del principio non is bis in ídem en el proceso penal 2014, 119.

Estado desplegó su actividad sancionadora pueda ser objeto de una nueva o paralela acción estatal, se entiende por el mismo hecho; en este sentido, es que esta correspondencia, no se trata sino de un problema fáctico, de identificación, para ver si se trata o no del mismo sujeto, excluyéndose consecuentemente la posibilidad que otro individuo se beneficie con esta garantía, no obstante, por ejemplo, ser partícipe del mismo hecho criminoso, respecto del cual, el primer sujeto ya tuvo un pronunciamiento estatal.

b. Identidad de los hechos (*eadem res*)

A este respecto debemos anotar que con esta correspondencia se está refiriendo a un hecho igualmente fáctico, y no a una identidad de calificación jurídica, no obstante ello su delimitación conceptual presenta innumerables problemas, por lo que la doctrina refiere que la semejanza de hechos debe darse en cuanto a la estructura básica de la hipótesis fáctica, es decir que en términos generales el hecho sea el mismo, pues como anota Binder, “...*caso contrario, sería muy fácil burlar esta garantía mediante la inclusión de cualquier detalle o circunstancia que ofreciera una pequeña variación en la hipótesis delictiva*”.

En último caso y dado la complejidad de esta identidad, la misma debe estar orientada a que su interpretación sea aquella que permita la más amplia operatividad del principio *ne bis in idem*, lo que nos indica que, contrario sensu, la admisión de un doble procesamiento deberá producirse sólo cuando clara o manifiestamente se trate de hechos diferentes.

c. Identidad de fundamentos o causa petendi⁴⁰

La causa petendi no es otra que la razón de la persecución, la pretensión que tiene el Estado tras la verificación de un hecho. La identidad reside en la motivación que tiene el ius puniendi de perseguir el delito o la infracción. Dos tipos de proceso que responden a diferentes diseños de la acción no se pueden acumular; por ejemplo: no se podría tramitar en vía civil un proceso que también se está tramitando en la vía penal simultáneamente sobre los mismos hechos. La identidad de fundamento señala Maier, debe tratarse del mismo motivo de persecución, de la misma razón jurídica y política de persecución penal, el mismo objetivo final de proceso.

Igualmente, esta identidad, está referida a la presencia de bienes o intereses jurídicos de naturaleza distinta, que cada esfera normativa protege por su cuenta.

d. Ser procesado o sancionado más de una vez⁴¹

El individuo debe haber sido sometido formalmente a una persecución penal por parte de los órganos predispuestos. Ser procesado significa una relación jurídico – procesal que se inicia según las previsiones del artículo 336 del NCPP, con la formalización de la investigación preparatoria. La persecución penal que se realiza en la etapa pre- procesal, investigación preliminar o diligencias preliminares son actos puros de investigación, mas no de orden jurisdiccional, por lo que en dicha etapa estamos un imputado. Mientras que es un condenado o penado, a partir de una sentencia judicial consentida y/o ejecutoriada.

⁴⁰ JIMENEZ, Luis (2005), Principios de Derecho Penal, Editorial Marcial Pons, Argentina, p. 59.

⁴¹ JIMENEZ, Luis (2005), Principios de Derecho Penal, Editorial Marcial Pons, Argentina, p. 62.

La garantía de ne bis in ídem será infringida desde la primera actuación del nuevo procedimiento, entendiéndose por tal cualquier diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realice por o ante un órgano jurisdiccional penal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible por el cual ya fue juzgado con anterioridad.

2.2.4 Ubicación constitucional y jurisprudencia del Principio *non bis in idem* en el ámbito interno

2.2.4.1 Ubicación normativa.- Si bien es cierto, nuestra Carta Magna no describe taxativamente dentro de los derechos de la persona o dentro de los principios y derechos de la función jurisdiccional éste principio, lo que estando a su naturaleza no habría sido óbice para considerarlo dentro de aquellos derechos no enumerados pero que por su naturaleza análoga, podrían considerarse implícito en la Carta Magna⁴², el Tribunal Constitucional con ilustrado parecer a considerado este principio como parte del derecho al debido proceso reconocido, si, taxativamente, en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución, afirmando:

“Sobre el particular, este Tribunal ha señalado, en diversas ocasiones, que el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o de no ser procesado dos veces (non bis in idem), constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución”

En adición a lo anteriormente expuesto el Tribunal Constitucional, siguiendo en este sentido en alguna medida al menos - a su similar español, vincula el principio

⁴² JIMENEZ, Luis (2005), Principios de Derecho Penal, Editorial Marcial Pons, Argentina, p. 59.

non bis in idem, además con los de legalidad y proporcionalidad, ello en razón, según refieren, porque se requiere previsibilidad en la conducta sancionadora del Estado (STC, del 16 de abril del 2003 Exp. 2050-2002-AA-TC). En efecto, resulta importante anotar que el Tribunal Constitucional Español considera que dicho principio forma parte del principio de legalidad y de tipicidad, ambos principios expresados en el artículo 25° de la Constitución Española; así por ejemplo en la STC 159/1985, del 27 de noviembre (RTC 1985, 159), el fundamento tercero señala:

“el principio de “non bis in idem”, al que el recurrente apela también para fundamentar su pretensión, no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa. Esta omisión textual no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento, porque el principio en cuestión, como ha señalado este tribunal desde su sentencia 2/1981, de 30 de enero, fundamento jurídico cuarto, está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el artículo 25 de la norma fundamental”

Es en este sentido que el Tribunal Constitucional nos conduce a determinar, conforme a sus pronunciamientos, que el principio del non bis in idem, está plasmado en la Constitución, al ser una manifestación del Derecho al debido proceso, con íntima relación con los principios de legalidad y proporcionalidad, el mismo que corresponderá aplicar, en el caso que exista una dualidad de persecución administrativa y penal, siempre que se presente la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, y no este referida la primera de ellas, a un

procedimiento administrativo disciplinario, o que la sanción no haya provenido de ella.

No obstante lo expuesto, realizando un análisis más detallado del mismo, podemos observar que en los casos de sujeción especial que permita un doble reproche estatal lo que ocurre es que los fundamentos de la sanción y la pena son diferentes (Ejemplo, funcionario que comete un hurto, le corresponde la sanción penal consecuencia del delito por lesionar bien jurídico patrimonio y le corresponde la sanción administrativa por haber quebrado la relación de confianza existente con la administración, o en su caso la correcta marcha de ésta), por lo que entonces, siguiendo a nuestro Tribunal Constitucional, lo importante y trascendental en estos casos, será determinar el fundamento de la sanción (administrativa y penal)

2.3 Definición de términos:

- **Inducción al Voto⁴³**: El delito de inducción al voto es un delito contra el derecho al sufragio, de pura actividad, de peligro concreto y solo puede cometerse, una vez que existan candidatos elegibles.
- **Principio Ne bis in ídem⁴⁴**: Denominado también Non bis in idem, escrito en español (No dos veces por lo mismo), también conocido como autfois acquitté ("ya absuelto o ya saldado" en francés) o double jeopardy ("doble riesgo" en inglés), es una defensa en procedimientos legales, se prohíbe que un acusado sea enjuiciado dos veces por un mismo delito. En otro sentido implica que no pueda valorarse dos veces un mismo hecho o

⁴³ Casación 760-2016-La Libertad.

⁴⁴ JIMENEZ, Luis (2005), Principios de Derecho Penal, Editorial Marcial Pons, Argentina, p. 67.

fenómeno para calificar la tipicidad de un delito o evaluar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

- **Principio de última ratio⁴⁵**: A diferencia del principio de legalidad, el principio de ultima ratio se proyecta en especial hacia el legislador y al resto de operadores jurídicos; no opera tanto como una garantía del ciudadano. Este principio exige que debe recurrirse a la vía penal en último término.

⁴⁵ JIMENEZ, Luis (2005), Principios de Derecho Penal, Editorial Marcial Pons, Argentina, p. 69.

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Resultados doctrinarios:

3.3.1.1 Teoría del Garantismo Penal:

El garantismo penal se desarrolla un conjunto de conocimientos capaces de fundamentar la limitación al poder punitivo del Estado desde una óptica de primacía del individuo.

La teoría del garantismo penal representa la más consecuente realización de la Ilustración, el propio autor de esta teoría, Luigi Ferrajoli, señalaba que este enfoque es la más fecunda proyección a nuestros días, de la filosofía ilustrada.⁴⁶

Al respecto dice, Sanchis: “La aportación verdaderamente original de la Ilustración se centra en lo que Ferrajoli ha denominado estricta legalidad, que no significa sólo que la tipificación legal representa una condición indispensable para que el juez pueda castigar, sino que implica una exigencia que pesa sobre el propio legislador a fin de que las prescripciones penales sean claras, precisas y dotadas de una denotación empírica taxativa. Esto es, en sentido amplio la legalidad. Constituye un límite que se alza frente a cualquier otro poder o fuente de creación jurídica, mientras que en sentido estricto, es un límite al propio legislador, que ya no puede castigar de cualquier manera, sino sólo a través de un género de normas dotadas de unas cualidades formales que son garantía de la libertad y de la seguridad. Ese límite al legislador se traduce también en una barrera frente al arbitrio judicial, ya que dichas cualidades formales están en

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi (2001). Derecho y Razón Teoría del garantismo penal Editorial Trotta, Madrid.

condiciones de asegurar una aplicación neutral mecánica y uniforme del Derecho a los casos particulares”⁴⁷

Mientras los autores del iluminismo ponían el acento en la limitación al poder de los jueces a través de la ley, ahora se estructura una concepción mucho más compleja, donde no sólo la ley limita al juez sino que también el propio legislador está limitado sustancialmente por los principios y valores plasmados en las Constituciones modernas así como los jueces que aplican las leyes penales.

3.3.1.2.- Características de Garantismo Penal

Si desde al Derecho penal se le identificaba normalmente con la simple máxima “nullum crimen, nulla poena sine lege” con el garantismo penal tiene una concepción mucho mas amplia extendiendo su formulación a las normas jurídicas penales y sus prácticas operativas introduciendo Luigi Ferrajoli las siguientes fórmulas latinas: Nulla poena sine crimine, Nullum crimen sine lege, Nulla lex (poenalis) sine necesitate, Nulla necessitas sine injuria, Nulla injuria sine accione, Nulla actio sine culpa, Nulla culpa sine indicio, Nullum indicium sine accusatione Nulla accusatio sine probatione, Nulla probation sine defensione.

Que significa que: No hay pena sin delito, No hay delito sin ley previa, No hay ley sin necesidad; No hay necesidad sin ofensa; No hay ofensa sin acción; No hay acción sin culpabilidad; No hay culpabilidad sin juicio; No hay juicio sin acusación;

No hay acusación sin prueba; No haya prueba sin defensa.

Afirmándose, de esta manera, mayores límites a la persecución punitiva del Estado, a la ya antigua máxima de que no se podrá castigar desde el Estado si

⁴⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis(2007). “La Filosofía Penal de la Ilustración” Palestra Editores. Lima, p 58-59

no se esta frente a la comisión de un delito se tiene otros límites como el no recurrir a la instancia penal ante cualquier falta o inmoralidad, sino como último recurso ultima ratio; además de no afirmar la comisión de un delito si no hay un daño a un bien jurídico protegido; tampoco se podrán imponer tipos penales que correspondan a un Derecho penal de autor ni se castigarán meros pensamientos o actos sin consciencia; asimismo, no habrá posibilidad de castigo penal por mera responsabilidad objetiva, *versari in re illicita*, ni podrá ser utilizado el justiciable como un medio para satisfacer fines deseados por el Estado, no podrá arribarse a una condena mediante un sistema inquisitivo, no habrá acusaciones basadas en conjeturas o en meras sospechas, ni en la sola confesión, ni se podrá castigar sin que el imputado tenga acceso a todas las pruebas y pueda ejercer su derecho a defensa.

El garantismo penal nos señala que sólo pueden ser delito los comportamientos empíricos, susceptibles de ser probados y determinado judicialmente su campo de aplicación de manera exhaustiva y exclusiva. Un esquema que enmarca las principales garantías penales y procesales contenidas en nuestra Constitución, y que hacen a una teoría de la ley penal (las cuatro primeras fórmulas), a una teoría del delito (las dos siguientes) y a una teoría del proceso penal (las últimas cuatro). Es que las garantías penales y procesales penales no se pueden estudiar en forma aislada. Unas y otras son recíprocamente indispensables para su efectiva aplicación. No se puede hablar de estricta legalidad sin estricta jurisdiccionalidad, ni viceversa, porque si no, lo que se logra en un estadio, se lo puede desbaratar en el otro.

3.3.1.3.- El surgimiento del garantismo penal

El garantismo penal nació en el Derecho como una respuesta a la separación del derecho penal y del proyecto político plasmado en las Constituciones modernas, en el caso peruano, en el Título I “De la persona y la Sociedad” fundamentalmente; en el Perú a consecuencia de la participación del pueblo peruano en la política se había avanzado con la Constitución de 1979 en plasmar derechos fundamentales, sin embargo el sistema penal no internalizaba estos principios y valores desarrollándose el derecho penal totalmente separado de lo plasmado en la Constitución, el garantismo surge como una respuesta al gran desarrollo de normas y principios que garantizan la libertad, la igualdad y demás derechos ya desarrollados por el jusnaturalismo racionalista que, sin embargo, todas ellas consagradas en las constituciones y demás normas superiores de los ordenamientos jurídicos, como derechos y garantías ideales para los ciudadanos, confrontados con la realidad se verificaba que muchas veces no se cumplían ni se cumplen actualmente.

Desde los inicios de la ilustración, y hasta las primeras décadas del siglo XX, los esfuerzos se concentraron por plasmar los ideales de libertad e igualdad en las normas jurídicas, pero se advirtió pronto que esto no era suficiente, que juristas y ciudadanos debían trasladar sus esfuerzos de interpretación los primeros y de control los segundos a las prácticas de los gobernantes, al plano de la realidad social a la que dichas normas se dirigían. Pronto se tuvo una época en que la ciencia del Derecho que se dedicaba pura y exclusivamente al análisis descriptivo y avalorado de las normas, en donde “validez” equivalía a “vigencia” o mera existencia de las normas en el ordenamiento.

Con la vigencia del Estado legislativo de Derecho, dedicado más que nada a vincular legalmente el poder del juez, quien no debía apartarse, según reclamaba la teoría jus naturalista de su papel de ser “la boca de la ley”⁴⁸; paradigma que quedó totalmente desplazado a partir de la irrupción del Estado Constitucional de Derecho por medio del cual se consagraron los derechos fundamentales en la norma superior del sistema normativo, y de este modo, se reorientó su finalidad a fijar límites y condicionamientos al poder estatal.

A partir de entonces, a la antigua “dimensión formal” trillada hasta el cansancio por el positivismo formalista, se le sumó una “dimensión sustancial” que no formaba parte del ideario del jurista de aquel entonces, según la cual condición de validez de toda norma que pretenda integrarse a un ordenamiento dado, deberá cumplir no sólo con las formalidades preestablecidas, sino además -y lo más importante- su contenido deberá guardar estricta coherencia con dichos imperativos de orden sustancial, es decir que la legitimación del sistema político que está detrás de ese orden jurídico estará condicionado a la tutela y efectividad de los derechos fundamentales.

3.3.1.4.- “Validez” “eficacia” y “vigencia” de la norma penal

La norma jurídica penal puede estar válidamente emitida por los representantes del pueblo, pero ello no garantiza que esta tenga vigencia, el garantismo penal le pone énfasis en estos dos términos de “validez” y “vigencia” para evidenciar lo irreal de la concepción penal; Luigi Ferrajoli señalaba que es

⁴⁸ MONTESQUIEU (1748), “Del espíritu de las leyes”. Tecnos Madrid 1972 Libro I, Cap. III, p 54

fundamental diferenciar no sólo entre “validez” y “eficacia” de las normas, sino también entre “validez” y “vigencia” o “mera existencia” de las normas.

El garantismo penal, mediante el principio de estricta legalidad reviste una función garantista consistente en que los delitos estén predeterminados por la ley de manera taxativa, sin reenvío, a fin de que sean determinados por el juez mediante aserciones refutables y no mediante juicios de valor autónomos. Este principio es una regla metalegal de formación del lenguaje penal que a tal fin prescribe al legislador el uso de términos de extensión determinada en la definición de las figuras delictivas, para que sea posible su aplicación en el lenguaje judicial como predicados "verdaderos" de los hechos procesalmente comprobados.

Únicamente la ley penal, en cuanto puede afectar la libertad personal de los ciudadanos, está obligada a vincular a sí misma no sólo las formas, sino también, a través de la verdad jurídica exigida a las motivaciones judiciales, la sustancia o los contenidos de los actos que la aplican. Ésta es la garantía estructural que diferencia al derecho penal en el estado “de derecho”, del derecho penal en los estados simplemente “legales” en los que el legislador es omnipotente y por tanto son válidas todas las leyes vigentes sin ningún límite sustancial a la primacía de la ley. De este principio se sigue, en términos más generales, el deber de interpretación restrictiva y la prohibición de interpretación extensiva de las leyes penales. Así, Ferrajoli expresa conjuntamente el principio de mera legalidad y de estricta legalidad a través de la máxima “**nulla poena, nullum crimen sine lege valida**”.⁴⁹

⁴⁹ FERRAJOLI, Derecho y razón, cit., p. 703

A través de la crítica simultánea de las normas penales ineficaces y de las prácticas penales inválidas, tiende a reducir la brecha entre el plano normativo y lo que acontece en la realidad, entre el “deber ser” y el “ser” en el ámbito de la penalidad.

Es así que “derecho penal vigente” no coincide con “derecho penal válido”, está vigente, aunque sea inválida, una norma penal efectiva que no cumple con el ámbito de validez sustancial, es decir, cuyo contenido contradice o es contrario al contenido de una norma o principios constitucionales. “Derecho penal vigente”, a su vez, no coincide con “derecho penal efectivo”; está vigente, aunque sea inefectiva, una norma penal válida no observada por las normas de rango inferior que la contradicen en su contenido, por ejemplo los reglamentos.

Tampoco es efectiva pese a ser vigente y además, válida, la cláusula constitucional que consagra el principio de inocencia, ni la que establece la igualdad ante la ley, así como tampoco aquella que consagra la abolición de todo tipo de discriminación, ya que hoy en día aún subsisten muchas normas de rango inferior reglamentos, ordenanzas, incluso leyes que las contradicen en su contenido.

Una teoría garantista del Derecho penal parte entonces de la distinción de la vigencia de las normas penales tanto de su validez como de su efectividad. Una ley penal existe o está vigente cuando sólo está contenida en un texto legislativo no anulado. Pero esto no quita que la misma pueda también no ser aplicada cuando el juez la considere inválida. Puesto que los jueces tienen el poder de interpretar las leyes y de suspender su aplicación si las consideran inválidas por contradecir el contenido de la Constitución, no se puede decir, en rigor, que

tengan la obligación jurídica de aplicarlas. Que una ley penal se haya aplicado siempre sólo quiere decir que es efectiva y no que también es válida. Es bien cierto que la invalidez de una ley penal debe ser reconocida y declarada por el juez, ya que todas las normas gozan de una presunción de validez, por razones obvias de certeza y de funcionalidad, pero esta presunción es sólo relativa.

Por eso es que nada le impide al Juez o al estudioso del Derecho la valoración y la crítica del Derecho penal vigente, desde el punto de vista de la validez de sus normas, precisamente porque es su tarea valorar la validez o invalidez de las normas penales, conforme a parámetros de validez, tanto formales como substanciales, fijados a tal efecto por las normas jurídicas de rango superior, en especial, los principios y valores que emanan de la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a ella incorporados. Sólo una ley penal válida comporta para el Juez, la obligación de aplicarla.

3.3.1.5.- Aplicación del Garantismo en el Derecho penal peruano

Veamos un ejemplo de aplicación de este enfoque en el caso peruano por ejemplo la aplicación del artículo 77° del Código de Procedimientos Penales sobre los presupuestos que debe contener el auto de apertura del proceso penal el Tribunal Constitucional formula control respecto a una resolución judicial que no da por terminado el proceso sino que le da inicio como es el auto apertorio, caso inédito para el Perú en la fecha en que se emitió la Sentencia del Tribunal, se cuestiona la “validez” del artículo 77° del Código de Procedimientos Penales al no precisar los requisitos que debe contener el auto de apertura del proceso penal.

En el **Expediente N° 9727-2005-PHC/TC de fecha 6 de octubre de 2006**, el solicitante reclama que el Juez dictó el auto apertorio de instrucción

contra los recurrentes por la supuesta comisión del delito contra la fe Pública, en la modalidad de falsificación de documentos y uso de documentos falsificados. Alegando no haber precisado, al momento de tipificar el delito, si se trata de una presunta falsificación de documentos públicos o privados.

El Tribunal primero establece su competencia en poder revisar la calificación del tipo penal, señalando que siendo un criterio uniforme, que el Tribunal Constitucional, prima facie, no es instancia en la que se pueda establecer la responsabilidad penal o no de un inculpado, o **calificar el tipo penal** en el que se subsume la conducta del imputado - al ser estos de exclusiva competencia de la jurisdicción penal ordinaria - , también lo es, que dicha premisa tiene como única y obligada excepción la **tutela de los derechos fundamentales**, pues es evidente que allí donde el ejercicio de una atribución exclusiva vulnera o amenaza un derecho reconocido por la Constitución, se tiene, porque el ordenamiento lo justifica, la posibilidad de reclamar protección especializada en tanto es ese el propósito por el que se legitima el proceso constitucional dentro del Estado Constitucional de Derecho, mas aún que las vulneraciones aducidas no sólo implican la observancia del derecho al debido proceso sino que inciden en el ejercicio de la libertad individual de los beneficiarios, por lo tanto el Tribunal Constitucional tiene competencia *ratione materiae*, para evaluar la legitimidad constitucional del acto considerado lesivo (validez de la norma penal).

Luego hace un análisis del caso concreto señalando que del estudio de autos se advierte que se procesa a los recurrentes por la supuesta comisión de los delitos contra la fe pública en su modalidad de falsificación de documentos y uso

de documentos falsificados. El artículo 427° del Código Penal, respecto al delito de falsificación de documentos en general, establece que:

“El que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años (...) si se trata de un documento público, registro público, título auténtico o cualquier otro transmisible por endoso o al portador y con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años (...) si se trata de un documento privado”

Se aprecia de ello que la norma penal material para dicho tipo penal, prevé dos modalidades delictivas y, consecuentemente, dos penalidades distintas. En el caso de autos, el Juez Penal cuando instaura instrucción por el delito de falsificación de documentos, omitiendo precisar si la presunta falsificación de documentos que se imputa a los procesados está referida a instrumentos públicos o privados, lesiona su derecho a la defensa, toda vez que, **al no estar informado con certeza de los cargos imputados, se le restringe la posibilidad de defenderse sobre hechos concretos**, o sobre una modalidad delictiva determinada y, con ello, la posibilidad de aportar pruebas concretas que acrediten la inocencia que aduce. Así también lo ha establecido este Tribunal en sentencia anterior (Exp. N. ° 3390-2005-HC/TC, FJ 14).

Esta omisión, sigue señalando, ha generado un estado de indefensión que incidirá en la pena a imponerse y, de hecho, en la condición jurídica de los procesados; lo cual demuestra que el proceso se ha tornado en irregular por

haberse transgredido los derechos fundamentales que conforman el debido proceso; esto es, el derecho de defensa; ello, a su vez, ha determinado la afectación de la tutela jurisdiccional, ambos garantizados por la Constitución, amparando el proceso constitucional de Habeas Corpus y declarando nulo el auto de apertura.

3.3.2 Teorías de la Intervención del Derecho en las conductas humanas:

3.3.2.1.- Teorías de intervención del Derecho en las conductas humana:

A.- Teoría del Control social mediante el Derecho Penal.

Como es sabido y sin entrar en mayores detalles, la misión fundamental del Derecho penal es la protección de aquellos intereses que son estimados esenciales para la sociedad y que permiten mantener la paz social⁵⁰. Sin embargo, la cuestión es de qué forma el Estado orienta dicha misión, de manera que pueda sostenerse en pilares que le brinden legitimidad a su actuación. Generalmente se afirma que el fin del Derecho penal se identifica con el fin de la pena, es decir, que los fines del Derecho penal deben vincularse con sus consecuencias jurídicas, a saber, las penas y las medidas de seguridad⁵¹. Aquello es discutible, pues, como se verá a continuación, *el Derecho penal también interviene cuando no se imponen ni penas ni medidas de seguridad*⁵². En efecto, también le corresponde al Derecho penal resolver en qué casos no debe intervenir "así, no imponer una

⁵⁰ CEREZO MIR, José. Curso de Derecho penal español. T. I. 5º ed. Madrid: Tecnos, 1996, p. 13

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, p. 180:

⁵² CURY, Derecho Penal, p. 37-38 de las distintas nociones de Derecho penal que surgen de la doctrina.

pena", como también, precisar cuándo debe reducir la violencia estatal que va implícita en su ejercicio⁵³.

La propia naturaleza del sistema procesal acusatorio, que introduce mecanismos de solución de conflictos que no suponen la imposición de una pena "así, acuerdos reparatorios, suspensión condicional del procedimiento", lo pone de manifiesto. Mientras el sistema inquisitivo se dirige esencialmente a la búsqueda de la verdad histórica, cierta y por tanto, a cumplir a ultranza el principio de legalidad "al menos formalmente, pues la práctica dice otra cosa", sancionando si el hecho se subsume en algún tipo penal⁵⁴, el sistema acusatorio en cambio, apunta más bien a la solución del conflicto, procurando la verdad procesal y no tanto descubrir la verdad histórica⁵⁵. Lo que no quiere decir que el sistema acusatorio no se dirija en ese sentido "se exige una verdad que permita verificar la imputación a fin de destruir la presunción de inocencia", lo que se pretende significar es que no es su único objetivo⁵⁶. Es decir, el sistema acusatorio alcanza su pretensión, aun cuando no logre dilucidar la verdad absoluta, si se soluciona el conflicto y de esta forma se mantiene la paz social. Solución que, incluso, puede pasar por la no imposición de una pena, aunque el hecho *históricamente* sí sea un delito.

Pues bien, el fin esencial, primario que justifica la presencia del Derecho penal dentro de una sociedad es su eficacia instrumental para prevenir o, mejor

⁵³ SCHÜNEMANN, Bernd. Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre, Göttingen, 1971, p. 365

⁵⁴ ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Traducido por CÓRDOBA, Gabriela/PASTOR, Daniel, 25° ed. alemana, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 558.

⁵⁵ HORVITZ LENNON, María Inés/LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho procesal penal chileno. T. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 27

⁵⁶ BOVINO, Alberto. Principios políticos del procedimiento penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 60-63.

dicho, reducir la violencia que tiene lugar dentro de ella. Es decir, el Derecho penal como medio de control social *formalizado* inhibe la comisión de delitos, así como también limita, dada la respuesta que procede del Estado, la reacción informal que puede provenir de las propias víctimas frente a los autores de delitos⁵⁷.

Por tanto, el Derecho penal se legitima en la medida que, por una parte, previene la comisión de delitos y por la otra, impide la llamada "justicia de propia mano"⁵⁸. Ahora bien, para dicho cometido no basta pues, emplear instrumentos que apuntan a la pura intimidación, por el contrario, es preciso que dichos mecanismos correspondan a lo que la ciudadanía espera de *su* Derecho penal. *El ejercicio del instrumento punitivo debe hallar su basamento en el consenso social*⁵⁹. En este sentido, la función motivadora de las sentencias también cumple un importante papel de legitimación del Derecho penal. En efecto, la obligación de motivación de las sentencias resulta primordial dentro de un Estado de Derecho, dado que el control último de la actividad jurisdiccional lo tiene el pueblo. Aun cuando la exigencia de controlabilidad constituye una función burocrática, a través de los recursos, el más importante es el control democrático, pues es ejercido por la propia ciudadanía, que puede conocer de qué forma fue resuelto un determinado conflicto penal⁶⁰.

⁵⁷ El Derecho penal como instrumento de control social altamente formalizado, HASSEMER, Fundamentos, p. 390-391

⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, p. 181.

⁵⁹ HULSMAN, Louk/BERNAT DE CELIS, Jacqueline. Sistema penal y seguridad ciudadana: hacías una alternativa. Traducido por POLITOFF, Sergio. Barcelona: Ariel, 1984; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En busca de las penas perdidas. Bogotá: Temis, 1990, p. 75 y ss.

⁶⁰ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares. Madrid: Trotta, 1999, p. 13 y ss.

En este contexto, y entendiendo que el empleo de dichos instrumentos supone el ejercicio de violencia, aun cuando sea institucionalizada, también se plantea como uno de los fines que debe perseguir el Derecho penal la reducción de ésta. En este orden, el Estado debe apreciar y valorar si el *quantum* de violencia que emplea "así, policía, actuación de órganos de persecución como Ministerio Público, los tribunales y las medidas que pueden decretar para hacer cumplir sus resoluciones, las penas" se relaciona con la necesaria eficacia disuasiva en su actuación. Por tanto, si conforme a este *autoanálisis* se aprecia que se puede ser igualmente eficiente en la prevención de los delitos y de las reacciones informales reduciendo o eliminando el *exceso* de violencia, entonces debe hacerse⁶¹. Por lo demás, la historia del Derecho penal nos ilustra cómo el Estado se ha sometido a revisiones constantes y se ha autolimitado en sus intervenciones punitivas. Así, la menor aplicación de la pena de muerte, la reducción de las penas privativas de libertad, procesos de descriminalización o despenalización⁶².

Tenemos pues, por un lado, el interés de reducir aquella violencia que proviene de la sociedad ya sea a través de la comisión de delitos o de reacciones informales y por otro lado, el propósito de disminuir la que proviene del Estado y que está dirigida a enfrentar, precisamente, dicha violencia. Es decir, la propia sociedad de donde surge la violencia que se quiere limitar cede a su vez al Estado el uso de otra violencia, para que, legítimamente, la enfrente. Es en este ejercicio

⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, y. 181 y ss., p. 242 y ss.; EL MISMO. "Eficiencia y Derecho penal". Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales. 1996, p. 121

⁶² PALAZZO, Francesco. "Principio de Ultima Ratio e hipertrofia del Derecho penal". En: ARROYO ZAPATERO, Luis/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Dir). Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. Vol. I. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2001, p. 435

dialéctico, como muy bien expone Silva Sánchez⁶³, donde se *formaliza* tal medio de control social, disponiendo de ciertos principios formales y materiales, para cuya estructuración se han dedicado los últimos dos siglos.

Principios de carácter formal que permiten fundamentar la legitimidad del Estado para emplear el Derecho penal, son los principios de legalidad "*nullum crimen nullapoena sine lege*" y del debido proceso "*nullapoena sine iudicio*"⁶⁴. Entre los principios de carácter material pueden citarse, entre otros, los de proporcionalidad, humanidad, culpabilidad e igualdad⁶⁵.

Nuestras reflexiones se dirigirán a los de estructura formal, y particularmente al de legalidad, considerando, como se expuso *supra*, la dimensión política que contiene el principio de *ultima ratio*, que sirve de orientación al legislador. Y es que si bien el principio de legalidad nos indica la forma, el instrumento a través del cual *legítimamente puede actuar el Estado*, a través del principio de *ultima ratio* es posible darle un contenido a dicho instrumento. Con ello no se quiere significar que este principio no tenga un papel que desempeñar respecto de aquellos de carácter material, pero al menos resulta más lejano.

B.- Derecho Penal democrático: Principios de legalidad y del debido proceso

El principio de legalidad constituye el pilar esencial de todo Derecho penal que se precie de garantista, el que, como se expuso al inicio de este trabajo, se va

⁶³ SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, p. 186.

⁶⁴ PINA, "Algunas consideraciones", p. 523.

⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, p. 259

conformando con el triunfo de las ideas de la Ilustración⁶⁶, atribuyéndose a Feuerbach la formulación latina con que se lo conoce universalmente⁶⁷.

De él resulta esencial destacar su *fundamento político constitucional*, por cuanto al emanar la ley de un Parlamento democráticamente elegido conforma una garantía de certeza y seguridad para los ciudadanos. Precisamente, el talante democrático del que deben estar dotadas las leyes penales favorece su eficacia preventivo general, tanto positivo como negativo⁶⁸, es decir, la imposición de éstas y la eventual pena que lleva consigo cuenta con el consentimiento ciudadano⁶⁹. Es por este motivo, que los llamados Decretos leyes, que surgen dentro de gobiernos *de facto* sin respaldo de un Parlamento democráticamente elegido, en estricto rigor no son leyes. Otra cosa es, sin embargo, que se apliquen por consideraciones prácticas, sobre todo, si el quiebre constitucional se ha prolongado en el tiempo, lo que no impide, claro está, una vez restablecido dicho orden su revisión e interpretación conforme a tales valores⁷⁰.

Como destacan Marinucci y Dolcini: "Para comprender y precisar el alcance del principio de legalidad; es siempre necesario remontar a su **matriz político-institucional**. La matriz original, como se ha visto, se deriva de los principios del **Estado liberal de Derecho**, en particular con la idea que, en el cuadro de la separación de los poderes estatales, el monopolio de la potestad punitiva corresponde al Parlamento, que es el único poder representativo de la

⁶⁶ Art. 8 de la Declaración francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789

⁶⁷ FEUERBACH, Anselm von, Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania. Traducción de la 14^o ed, ZAFFARONI, Eugenio/HAGEMEI, Irma. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 55.

⁶⁸ LUZON PENA, Curso, p. 81.

⁶⁹ COBO/VIVES, Derecho penal, p. 73, CARBONELL, Derecho penal, p. 106.

⁷⁰ CURY, Derecho Penal, p. 171-172; POLITOFF, Sergio/MATUS, Jean Pierre/RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General. 2^o ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 95-96

voluntad popular, siendo el Poder Ejecutivo expresión sólo de la mayoría parlamentaria y el Poder Judicial está privado de cualquier investidura por parte de los ciudadanos. Con la afirmación del **Estado democrático** y por tanto, con la introducción del sufragio universal, el Parlamento llega a ser expresión de la voluntad de todo el pueblo: se afirma que atribuirles el monopolio de la producción de las normas penales significa asegurar "garantía de la libertad de los ciudadanos" una más fuerte legitimación política de las decisiones políticas del Estado, y una todavía más acentuada exclusión de las intervenciones del Poder ejecutivo y del Poder judicial"⁷¹.

Por otro lado, suele destacarse del principio de legalidad su *vertiente formal*, esto es, que la norma debe tener rango de ley "*lexscripta*" que surge del Poder Legislativo. Empero, lo que puede resultar claro desde la perspectiva del Derecho continental en que estamos insertos, puede no serlo si se examina desde la esfera del *Common Law*. En efecto, la cuestión es si la exigencia de que la conducta que se castiga deba ser clara y precisa y regulada con anterioridad a su comisión supone una exigencia de reserva de ley. Estas consideraciones tienen hoy particular relevancia en el ámbito del Derecho comunitario europeo, pues para su construcción confluye un conjunto de sistemas jurídicos diversos, lo que genera tensión en no pocas materias⁷². Asimismo, en el Derecho penal internacional, donde el derecho consuetudinario mantiene un papel fundamental en la generación de normas⁷³.

⁷¹ MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale*, p. 29, CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. *Derecho penal y Derecho sancionador de la Unión Europea*. Granada: Comares, 2001, p. 150 y ss.

⁷² CARNEVALI, *Derecho penal*, p. 185 y ss.

⁷³ WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho penal internacional*. Traducido por CÁRDENAS, Claudia/DÍAZ, María del Mar/GUTIÉRREZ, María/MUÑOZ, Antonio. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 107-109

Supra se puso en evidencia las diferencias que se presentan con el sistema del *CommonLaw* para entender el mandato de *nullum crimen sine lege*. Y es que aquí se apunta más bien al *nullum crimen sine iure*. Para Pagliaro, sin embargo, las diferencias entre ambos sistemas no tienen mayor importancia, pues, en definitiva, el fin último en los ordenamientos del *Commonlaw* es asegurar la certeza del derecho y la garantía del ciudadano que se consigue igualmente con otros medios técnicos. Para el autor, esta concepción como la del Derecho continental se inspiran en el *ius naturalismo*. Esta última antepone la tutela del hombre y del ciudadano frente a los posibles abusos del poder político, la del *Commonlaw* en la exigencia de justicia material para el caso concreto. Incluso, asevera Pagliaro, los sistemas jurídicos continentales en casos de fuerte tensión política "Italia los vive permanentemente" se aplican soluciones similares a las que tendrían lugar conforme al *commonlaw*⁷⁴.

En la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *TheSunday Times*⁷⁵, se examina el alcance de la voz *ley*. En el fundamento 47 señala: "El Tribunal constata que la palabra 'ley' en la expresión 'prevista por la ley' engloba, a la vez, tanto el Derecho escrito como el no escrito (consuetudinario). Así no da importancia al hecho de que el 'contempt of court' sea una creación del Common Law y no de la legislación. Se iría manifiestamente contra la intención de los autores del Convenio si se dijese que una restricción impuesta por el Common Law no está 'prevista por la ley' con el único motivo de

⁷⁴ PAGLIARO, Antonio. "Límites a la unificación del Derecho penal europeo". Traducido por SUÁREZ, Carlos. En: VVAA. Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann. Madrid: BOE, 1995, p. 690-691

⁷⁵ Sentencia de 26 de abril de 1979, caso *The Sunday Times*. En: Boletín de Jurisprudencia Constitucional. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años de jurisprudencia 1959-1983, p. 518.

que no está enunciada en ningún texto legislativo: se privaría así a un Estado de Common Law, que forma parte del Convenio, de la protección del artículo 10.2 y se rompería la base de su sistema jurídico". En el fundamento 49 se establecen cuáles son las condiciones que debe reunir la expresión 'prevista por la ley': "La primera hace referencia a que la ley tiene que ser lo suficientemente accesible: el ciudadano tiene que disponer de patrones suficientes que se adecúen a las circunstancias de las normas legales aplicables al caso. La segunda condición se refiere a que una norma no puede considerarse ley a menos que se formule con la suficiente precisión que permita al ciudadano adecuar su conducta; debe poder prever, rodeándose para ello de consejos clarificadores, las consecuencias de un acto determinado. Estas consecuencias no tienen necesidad de conocerse con una certidumbre absoluta: la experiencia lo revela fuera de su alcance. Además, la certeza, aunque sea muy deseable, va acompañada muy a menudo de una rigidez excesiva: el Derecho debe saber adaptarse a los cambios de situación.

Así, muchas leyes sirven, por las fuerzas de las cosas, de fórmulas más o menos vagas cuya interpretación y aplicación depende de la práctica".

Hoy también se presentan interrogantes desde la *vertiente material* del principio de legalidad, es decir, en cuanto al mandato de determinación "principio de taxatividad". En términos muy esenciales dicho mandato apunta a que las conductas y sus penas se encuentren suficientemente precisas como para brindar seguridad al ciudadano de conocer qué es lo que incrimina y cuál es su consecuencia "exigencia de tipicidad"⁷⁶.

⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, p. 254

No obstante tratarse de una exigencia mínima de garantía de seguridad para el ciudadano es posible apreciar en ciertas esferas la presencia de tipos penales que pondrían en entredicho tal pretensión. Suele citarse como campo paradigmático de esta "mayor imprecisión" el *Derecho penal económico*. Que así suceda, en todo caso, no debe extrañar, pues el dinamismo con que actúan los agentes económicos, de alguna manera exige al legislador una suerte de mayor flexibilidad al momento de precisar los tipos penales, único camino que permitiría incriminar ciertos comportamientos. A ello debe unirse, el recurso de la técnica legislativa "no sólo en el Derecho penal económico" de las leyes penales en blanco, que implica, en algunos casos, recurrir para complementar la norma penal, a disposiciones de otros sectores e incluso, a normas de rango inferior a la ley⁷⁷. Sin entrar a discutir las implicancias de esta técnica, no se puede negar que su demanda obedece a necesidades de orden político criminal, que se modifican constantemente, más aún en un mundo globalizado que es particularmente complejo⁷⁸.

En general, pretender exigir que todo hecho sea subsumido por la ley, es decir, taxatividad absoluta, paralizaría el sistema penal, pues muchos conflictos penales no podrían ser abarcados, lo que terminaría por afectar la función preventiva que está llamado a cumplir. Por ello, que a un Derecho penal respetuoso de las garantías sólo podría exigírsele que sea lo suficientemente determinado como para comunicar al ciudadano qué es lo que castiga y limitar al juez el marco de su decisión, evitando así, la arbitrariedad judicial, ya que, en

⁷⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 120 y ss

⁷⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 120 y ss

definitiva, es el juez el llamado a "precisar" la norma. Como afirma Hassemer, si bien el postulado de la *lex certa* conforma la clásica expresión de un sistema jurídico orientado *input*, por el cual se pretende abarcar y controlar la realidad a través del lenguaje. Si llega a producirse una reconversión hacia una orientación *output*, esto es, que el legislador considere cuáles son las consecuencias de sus actos y valore los efectos empíricos de éstos, la exigencia de *lex certa* se vería seriamente amenazada, pues impondría al legislador que adopte una postura antes de que pueda valorar las consecuencias de su decisión normativa. Según Hassemer, se debe buscar un equilibrio entre flexibilidad y precisión y para ello, *el legislador debe contar con la lealtad de la jurisprudencia a fin de que ésta le otorgue a la norma la dirección querida por el legislador*. Mediante el *método ejemplificativo* se procura evitar los excesos de la precisión, ya que el juez contaría con ejemplos del que puede deducir un caso. Por otro lado, impide los defectos de la flexibilidad, formulando los elementos de un modo preciso, vinculándolos a consecuencias jurídicas descritas con precisión⁷⁹.

Conforme a lo señalado precedentemente, una menor taxatividad, no implica un Derecho penal de menor exigencia garantista. Por el contrario, partiendo de la premisa acerca de la imposibilidad de que la ley lo "comprenda todo", son, tanto los tribunales como la ciencia los que deben cumplir una importante función de *desarrollo* de Derecho. Para ello, es esencial una *jurisprudencia motivada y profunda* conforme a una interpretación

⁷⁹ HASSEMER, Fundamentos, p. 314-319.

teleológica, y construcciones dogmáticas bien asentadas, que aporten una necesaria seguridad jurídica⁸⁰.

En este orden de ideas se dirige la sentencia del Tribunal Constitucional Colombiano de 30 de marzo de 2007, que se pronunció sobre el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Art. 434 del Código penal⁸¹. Según los requirentes esta norma es incompatible con la exigencia del artículo 19 N° 3 de la Constitución, pues su tenor es vago, genérico, impreciso, ambiguo, y no contiene la descripción de la conducta concreta. Además, señalan que el tenor del artículo 434 no describe expresamente ninguna conducta, puesto que el concepto "actos de piratería" no lo hace. El Tribunal rechaza el requerimiento y afirma: "Décimo segundo: Que la disposición cuestionada sanciona expresamente "actos", descartando la punición de un estado o condición. Tales actos son de piratería, por lo que se concentra en este término el quid del problema. El precepto a que nos referimos no deriva la descripción de la conducta incriminada a otra norma de similar o inferior rango, sino que la contiene en su propio texto. La función de garantía ciudadana del principio de tipicidad el conocimiento anticipado de las personas del comportamiento que la ley sancionase cumple a plenitud mientras más precisa y pormenorizada sea la descripción directa e inmediata contenida en la norma. *Empero, ésta también puede consignar términos que, a través de la función hermenéutica del juez, permitan igualmente obtener la representación cabal de la conducta. El magistrado siempre debe desentrañar el sentido de la*

⁸⁰ BALDÓ LAVILLA, Francisco. "Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito". En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (ed). Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1997, p. 357 y ss., p. 369, p. 371-372

⁸¹ Sentencia de 30 de marzo de 2007. Rol N° 549.
En: www.tribunalconstitucional.cl (consultado el 26 de Febrero de 2008).

norma, recurriendo a operaciones intelectuales que ordinariamente conducen a la utilización de más de un elemento de interpretación. No debe, pues, confundirse la labor del juez de la causa en cuanto discierne los supuestos fácticos derivados de la norma, con la de creación de supuestos que no emerjan inequívocamente de la descripción legal. En tal sentido, el Tribunal Constitucional Español, en sentencia N° 89, de 12 de marzo de 1993, ha precisado lo siguiente: "Es claro que el legislador penal no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo. Si se tiene presente lo que queda dicho en el fundamento que antecede esto es, la inserción de toda norma en el sistema que es el ordenamiento, una tal labor definatoria sólo resultaría inexcusable cuando el legislador se sirviera de expresiones que por su falta de arraigo en la propia cultura jurídica carecieran de toda virtualidad justificante y deparasen, por lo mismo, una indeterminación sobre la conducta delimitada mediante tales expresiones". Décimo tercero: Que la descripción típica del acto de piratería puede ser aprehendida mediante los métodos de interpretación que corresponde al juez de la causa utilizar, particularmente si la sanción criminal se relaciona con un bien jurídicamente protegido en forma explícita en el Código Penal (Título IX. Crímenes y simples delitos contra la propiedad; párrafo 2. Del robo con violencia e intimidación en las personas). A su vez, el término piratería tiene pleno arraigo en la cultura jurídica universal; en especial, en su acepción básica de "abordaje de barcos en el mar para robar", es de comprensión común".

Precisamente, la exigencia de fundamentación de las sentencias a que se hace referencia se vincula con el segundo principio a examinar, a saber, el del

debido proceso "*nulla poena sine iudicio*". En efecto, la exigencia de motivación debe comprenderse dentro de la garantía constitucional del debido proceso, pues toda sentencia judicial es expresión indiscutible del ejercicio del *ius puniendi* estatal⁸². Es por ello que toda sentencia sólo puede legitimarse en la medida en que se hayan respetado las garantías fundamentales, reconocidas tanto en nuestra Constitución como en los tratados internacionales⁸³. Por tanto, que el Código Procesal Penal haya establecido como exigencia la fundamentación de la sentencia "Art. 342 letra c): *exposición clara, lógica y completa*" autoriza, en caso de omisión de tales presupuestos, su anulación, pues no se cumplen las expectativas impuestas por el legislador, ya que la motivación dota a la sentencia de legitimidad, tanto para los justiciables como para la sociedad⁸⁴.

En términos generales, puede decirse que toda persona tiene derecho a que su causa sea conducida de manera justa "*fair trial* anglosajón", y para ello se debe garantizar a todo ciudadano imputado de un delito de los medios necesarios como para que pueda defenderse en condiciones de relativa igualdad frente al Estado, que de por sí ya está en posición de superioridad⁸⁵. En efecto, si se examinan las diversas garantías dispuestas frente a la persecución penal y del procedimiento éstas apuntan a resguardar al imputado frente al enorme poder que tiene aquél

⁸² CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. "Acerca de la valoración de la prueba y la fundamentación. Comentario a la sentencia de la Excma. Corte Suprema que acoge Recurso de Nulidad". Boletín Centro de Estudios del Derecho Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo, N° 5, enero 2004, p. 3.

⁸³ Sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 8 de agosto de 2001, considerando sexto. Rol N° 1660-01.

⁸⁴ BOFILL GEENZCH, Jorge. "Sentencias relacionadas con el nuevo sistema procesal penal, pronunciadas por la Excma. Corte Suprema durante el año 2001". Revista de Estudios de la Justicia, N° 1, 2002, p. 183.

⁸⁵ ROXIN, Derecho procesal penal, p. 80.

cuando ejerce el *iuspuniendi*⁸⁶. Todas estas garantías, que pueden comprenderse dentro de la noción del debido proceso, se dirigen fundamentalmente a que el Estado pueda imponer *legítimamente* una pena⁸⁷.

3.3.2.2 Las nuevas orientaciones de orden político-criminal.

En las primeras páginas de este trabajo se indicó que una particularidades de las llamadas sociedades postindustriales es el empleo especialmente intenso del instrumento punitivo, lo que ha conducido a una suerte de cuestionamiento de aquellos principios de corte garantístico a los que se ha hecho alusión, a saber, legalidad, culpabilidad, proporcionalidad. En este orden de ideas, se afirma que ya no es posible siquiera hablar de *última ratio* sino que, derechamente, el Derecho penal es *prima ratio*, esto es, se emplea el recurso punitivo para prevenir ciertos comportamientos sin examinar siquiera cuan eficiente y necesario pueda ser éste. Se afirma pues, que estamos insertos en un período de expansión del Derecho penal⁸⁸.

Sin pretender ser exhaustivo, se aprecia sin duda en la praxis político criminal del Estado un aumento en el intervencionismo penal, ya sea a través de agravación de las penas, ampliación del tenor de los tipos o la inclusión de nuevos delitos al catálogo penal⁸⁹. Evolución, que comienza a apreciarse ya de manera

⁸⁶ HORVITZ LENNON, María Inés/LÓPEZ MASLE, Julián. Derecho procesal penal chileno. T. II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 410

⁸⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano. Santiago: Librotecnia, 2007, *passim*; CENTRO DE DOCUMENTACIÓN, DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA

⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales. 2º ed. Madrid: Civitas, 2001.

⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, La expansión, p. 25 y ss.; MENDOZA BUERGO, Blanca. El derecho penal en la sociedad del riesgo. Madrid: Civitas, 2001, p. 44 y ss.

notoria en los años ochenta⁹⁰, cuando puede observarse un mayor acento en políticas asegurativas "prevención general asegurativa" y que estaría dando lugar a una especie de oscurantismo a diversas garantías, ya sean formales "principio de legalidad" o materiales "así, la proporcionalidad, culpabilidad". En definitiva, se aprecia una tendencia de "huida *al* Derecho penal", a diferencia de lo ocurrido en la década del sesenta⁹¹.

La pregunta es ¿por qué ha ocurrido aquello? Si bien existen diversas razones que permitirían fundamentar tal *huida*" no todas ellas vinculadas directamente", sí puede afirmarse que responden a un fenómeno común: el énfasis en el valor "seguridad"⁹².

No obstante existir cierto consenso en cuanto a dicha aseveración, también surge la pregunta, ¿deben rechazarse estas manifestaciones de expansión? Soy del parecer que no. Ahora bien, es indudable que debe tenerse en consideración y valorarse cuan eficiente puede ser el Derecho penal en nuevas áreas, es decir, precisar si responden a necesidades sociales. Por de pronto, hoy parece difícil de sostener que atentados contra el medio ambiente⁹³ o en general, delitos de peligro común puedan quedar fuera del Derecho penal por no responder a los criterios

⁹⁰ ROXIN, Claus. La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal. Traducido por GÓMEZ, Carmen/GARCIA, María del Carmen. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 25 y ss.

⁹¹ ROXIN, La evolución, p. 20 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo". Actualidad penal, 1996-1, p. 247-251

⁹² ROXIN, Derecho Penal, p. 60-62; BARATTA, "La política criminal y el Derecho penal de la Constitución. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales". Nueva Doctrina Penal, 1999/B, p. 402-405

⁹³ MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, "Ensayo para la abolición del Derecho penal del medioambiente". Traducido por IÑIGO, Elena/PASTOR, Nuria/ RAGÚES, Ramón. En: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ED)/ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA, La insostenible situación del Derecho Penal. Granada: Comares, 2000, p. 507 y ss.

propios del llamado *Derecho penal clásico*, al que tanto se alude por *la Escuela de Frankfurt*⁹⁴.

Las sociedades actuales son particularmente complejas, por ello se llega a hablar de *sociedad de riesgos* como veremos *infra*. Precisamente, la posible ocurrencia de tales riesgos ha determinado la generación de tipos penales que suponen adelantar la barrera punitiva a casos donde no puede apreciarse una víctima o esta se torna difusa "*delitos de peligro abstracto*"⁹⁵.

Es cierto que el Derecho penal debe hacer frente a tales peligros, pero también se corre el riesgo de que dicha barrera protectora se adelante de tal manera que termine castigando conductas que perfectamente pueden ser comprendidas en otra esfera sancionatoria, como puede ser el Derecho administrativo sancionador. Es preciso pues, tener cuidado ante la creciente tendencia de incriminar los llamados *delitos de víctima difusa*, ya que ponen de manifiesto más bien objetivos de organización política, económica y social, y sólo de forma lejana se afecta al individuo⁹⁶. Es pues, tarea del teórico destacar cuándo se está frente a tendencias político-criminales irracionales, para evitar que éstas se constituyan en una constante. Es decir, el camino incorrecto sería desconocer, sin más, estas tendencias. Por el contrario, su deber es enfrentarlas para así indicar criterios de racionalización. Lo que no puede hacer la ciencia penal es alejarse de la praxis, sosteniendo, simplemente, que se trata de manifestaciones legislativas irreflexivas, que no merecen la atención⁹⁷.

⁹⁴ ROXIN, La evolución, p. 90-94

⁹⁵ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coor.). El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al profesor GüntherJakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 110-113.

⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, p. 291.

⁹⁷ SCHÜNEMANN, Consideraciones críticas, p. 54

3.3.2.3.- Nuevos riesgos para la intervención del Derecho Penal:

Es un lugar común hablar hoy de la "sociedad del riesgo"⁹⁸. Se suele afirmar para explicar su configuración, que si bien tenemos un mejor estándar de vida nos vemos expuestos a riesgos, que, en su mayoría, *resulta difícil controlar sus cursos causales* "así, energía nuclear, productos defectuosos y en general, todos aquellos riesgos que provienen de las nuevas tecnologías"⁹⁹. Ello, por cierto, influye para que el valor *seguridad* adquiera una particular relevancia dentro del actual contexto social, exigiéndose al Estado que procure adoptar medidas que minimicen dichos riesgos, entre ellas, las penales¹⁰⁰. La cuestión es, sin embargo, como lo destaca Roxin¹⁰¹, hasta dónde puede el Derecho penal hacer frente a tales riesgos, con sus instrumentos liberales y ajustados al Estado de Derecho, dentro del que se comprende la noción del bien jurídico. En efecto, los bienes jurídicos involucrados en esta esfera tienen un carácter supraindividual, con lo cual se plantea el problema de precisar cuándo un acto individual puede poner en peligro un bien jurídico colectivo o supraindividual. Justamente aquí surge la tesis de los delitos de acumulación¹⁰² "*Kumulationsdelikte*" para la cual el delito se configura cuando por una repetición de actos aislados, aun cuando sean inocuos, en su

⁹⁸ BECK Ulrich. La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Traducido por NAVARRO, Jorge/JIMÉNEZ, Daniel/BORRÁS, María Rosa. Barcelona: Paidós, 1998.

⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, La expansión, p. 26-28.

¹⁰⁰ PRITTWITZ, Cornelius. "Sociedad del riesgo y Derecho penal". Traducido por NIETO, Adán/DEMETRIO, Eduardo. En: DE FIGUEREDO DÍAS, Jorge/SERRANO GÓMEZ, Alfonso/POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio et al (Dir.).El penalista liberal. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 245

¹⁰¹ ROXIN, Derecho Penal, p. 61.

¹⁰² KUHLEN, Lothar. "Unweltstrafrecht -auf der Suche nacheinerneuenDogmatik". Zeitschriftfür die gesamt-e Strafrechtswissenschaft (105) 1993, p. 697 y ss.

conjunto sí pueden afectar al bien, en la medida en que esta *generalización de actos supone un serio riesgo de afectación del funcionamiento del sistema*¹⁰³.

El peligro que representan categorías como las expuestas es que infringirían el principio de culpabilidad, pues para poder imputar se deben comprender otras contribuciones, las que son ajenas al hecho del autor. Asimismo, se trata de estructuras que se construyen sobre presupuestos similares al Derecho administrativo sancionador, que por esencia es un derecho de daño acumulativo¹⁰⁴, es decir, el injusto se configura por la repetición de actos "efecto sumativo", pues, lo que persigue son objetivos de organización, en que lo esencial es el peligro que para el funcionamiento de un sistema puede tener la repetición de actos¹⁰⁵. Lo determinante no es pues, el grado de lesividad de la conducta individual "sí Derecho penal" sino su acumulación y generalización. Lo expuesto pone en evidencia entonces, la propensión a una especie de "administrativización" del Derecho penal, pues se comprenden en esta esfera los mismos fundamentos de imputación que son propios del Derecho administrativo sancionador¹⁰⁶.

¹⁰³ KINDHÁUSER, Urs. "Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico". Traducido por MOLINA, Fernando. En: VVAA, Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann. Madrid: BOE, 1995, p. 446.

¹⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, La expansión, p. 126.

¹⁰⁵ CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. "Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos individuales". Revista Chilena de Derecho. Vol. 27 N° 1, 2000, p. 147-150.

¹⁰⁶ FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. "Sobre la 'administrativización' del derecho penal en la 'sociedad del riesgo'. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI". Revista de Derecho penal contemporáneo. N° 19, 2007, p. 101 y ss.; SILVASÁNCHEZ

3.3.2.4.- El mayor protagonismo de la víctima y de otros grupos sociales

Otra de las características de la sociedad actual y que también ha motivado un fenómeno expansivo, es la creciente presencia de la víctima en la solución del conflicto, fundamentalmente, por la mayor identificación de ésta con la sociedad¹⁰⁷. Lo anterior pone de manifiesto un cambio de paradigma dentro de la sociedad.

Mientras en los años sesenta primaba la idea de la corresponsabilidad social en la generación de la delincuencia, hoy, de la mano, tanto de la desconfianza en el fin resocializador de la pena como de la consolidación de la ética de la responsabilidad personal, la colectividad presta toda su atención e identificación, cuando está frente a un conflicto penal, a la situación de la víctima, "dirigiendo" toda la responsabilidad en el autor del delito, sobre el cual debe recaer el rigor de la pena¹⁰⁸. Esta clase de consideraciones ha hecho que, de una u otra forma, el sistema penal tienda a ser más riguroso y menos flexible.

Otra interesante manifestación de nuestra actual configuración social, es la cada vez más importante intervención de los llamados *gestores de la moral colectiva*¹⁰⁹. Entre los que pueden comprenderse, los grupos medioambientalistas, feministas, homosexuales, antidiscriminación, entre otros. Cabe señalar, que las manifestaciones de estos grupos de presión también se vinculan, pues no se está frente a compartimentos estancos, con la tendencia, expuesta precedentemente, de

¹⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, La expansión, p. 52 y ss

¹⁰⁸ GARLAND, David. La cultura del control. Traducido por Máximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 143 y ss.

¹⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, La expansión, p. 66-69

mayor identificación con la víctima¹¹⁰. Lo curioso es, sin embargo, que a estos grupos en el pasado se los relacionaba con movimientos despenalizadores, o cercanos a la Criminología crítica, tradicionalmente ligados a la izquierda política, que asociaban el recurso punitivo con los sectores más conservadores de la sociedad¹¹¹. En cambio, hoy son fuertes impulsores de políticas de criminalización o de endurecimiento de las penas, cuyas ideas se difunden con mayor rapidez gracias a las facilidades tecnológicas¹¹².

Un ejemplo de cómo a veces las presiones sociales lideradas por determinados grupos, pueden dar lugar a decisiones político criminales discutibles, tiene lugar en materia de Violencia de género¹¹³. Sin dejar de afirmar la relevancia del tema, que ha motivado por lo demás, que se dicten importantes cuerpos normativos¹¹⁴, la cuestión es, cuan necesarias son varias de estas disposiciones, pues es evidente el riesgo que supone tratar fenómenos de esta naturaleza con leyes penales. Los casos que se subsumen en esta esfera, propia de la violencia de género, tienen una especial complejidad como para pretender tratarlas sólo con leyes sancionatorias, más si éstas son penales. No sólo porque una política contra la violencia de género demanda la adopción de medidas que se dirijan a un cambio de valores en la sociedad, sino porque muchas veces los sujetos involucrados en el conflicto, y en particular las víctimas, no desean sólo una solución punitiva, sino también que se apliquen efectivas medidas de

110 DÍAZ GUDE, Alejandra. "La influencia del 'movimiento pro víctimas' en la justicia restaurativa". Crea, Universidad Católica de Temuco, N° 4, 2004, p. 199 y ss

111 POLAINO, "La controvertida legitimación", p. 724.

112 BRANDARE GARCÍA, José Ángel. Política criminal de la exclusión. Granada: Comares, 2007, p. 65 y ss.

113 POLAINO, "La controvertida legitimación", p. 726 y ss.

114 FARALDO CABANA, Patricia. "Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género". Revista Penal. N° 17, 2006, p. 72 y ss.

rehabilitación. Por otra parte, se presenta el riesgo que el Derecho penal asuma funciones eminentemente simbólicas, con escasa repercusión, al atribuírsele propósitos de pedagogía social, que no le corresponden de manera exclusiva¹¹⁵. Asimismo, puede generar importantes repercusiones de desaprobación, al valorar la sociedad que no está cumpliendo su propósito preventivo.

3.3.2.5.- Derecho penal de la peligrosidad

Otra manifestación de mayor punitivismo en nuestra sociedad, discutiéndose su real necesidad dados los eventuales riesgos de mayor intervencionismo, guarda relación con los imputables peligrosos y la adopción de medidas inoquizadoras¹¹⁶.

Éste es, probablemente, el tema que mayores discusiones está generando dentro de la doctrina: el Derecho penal de la peligrosidad.

Como destaca Silva Sánchez: "El nada sospechoso profesor alemán *Winfried Hassemer* ha advertido que tenemos un problema y que si las teorías críticas y liberales del Derecho penal no lo han percibido es porque partían de la estrategia de eliminar el pensamiento asegurativo del Derecho penal. Esta estrategia es ya anacrónica. Por tanto, y de nuevo con *Hassemer*, es preciso concluir que, tras dos siglos de trabajo sobre el Derecho penal de la culpabilidad, ahora es el turno del Derecho penal de la seguridad. Que sea también una "ultima ratio" y que respete los derechos y libertades del afectado depende, en buena medida, del trabajo académico"¹¹⁷.

¹¹⁵ HERZOG, Felix. "Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo". Traducido por AN ARTE BORRALLO. Revista Penal, N° 4,1999, p. 55

¹¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, La expansión, p. 163 y ss.

¹¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Editorial "Peligrosidad". InDret, 4/2007.

Precisamente, la discusión acerca de la inseguridad ciudadana, la criminalidad reiterada, en la que participan *multireincidentes*, ha generado especial intranquilidad a la ciudadanía, independientemente de si tal preocupación descansa o no en un sustento empírico. ¿Qué hacer con aquellos sujetos que siendo imputables y encontrándose cumpliendo una condena, existe el riesgo de que vuelvan a delinquir una vez cumplida ésta? ¿Debe la sociedad asumir ese riesgo o es lícito que adopte medidas al respecto? Son preguntas que generan particular temor. Para la sociedad es difícil de admitir que la respuesta penal sólo puede medirse sobre la base de la culpabilidad por el hecho y que debe asumir los riesgos que puede representar un sujeto peligroso que ha cumplido su pena. Para el conjunto social constituye un momento particularmente relevante el reingreso del condenado a la vida social, sobre todo, si ha cometido un delito particularmente grave¹¹⁸.

En todo caso, no estamos frente a temas nuevos, pues ya en su momento los positivistas de fines del siglo XIX y principios del XX pusieron el acento en la peligrosidad¹¹⁹.

No cabe duda de que se está frente a un tema especialmente sensible para la doctrina, sobre todo, desde que Jakobs introdujo en la discusión la noción del *Derecho penal del enemigo*¹²⁰.

Pero creo, compartiendo la postura de Feijoo, que mucho se ganaría en el debate si ésta se reconduce desde el nuevo y difuso concepto de enemigo, que tanta discrepancia genera "en no pocos casos fundados sólo en prejuicios

¹¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, "El retorno de la inocuización", p. 186-187.

¹¹⁹ FIANDACA/MUSCO, *Diritto pénale*, p. XXV.

¹²⁰ JAKOBS, Günther. "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico". Traducido por PEÑARANDA, Enrique. En: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 293 y ss.

ideológicos", hacia un tema más viejo y conocido por todos, cómo es: qué hacer con aquellos ciudadanos culpables, que son peligrosos¹²¹.

Al respecto, existen dos posturas antagónicas: por un lado, la de quienes abogan por un Derecho penal, de apego irrestricto a los principios fundamentales que limitan el *iuspuniendi* "Derecho penal mínimo de corte liberal" y por tanto, todos aquellos modelos que van más allá de la culpabilidad son ilegítimos¹²² y, por otro lado, la de quienes consideran que existen ciertas realidades que deben ser enfrentadas, queramos o no, y que se comprenden dentro del Derecho de las medidas de seguridad¹²³. Quizás el concepto mismo de peligrosidad y medidas tendientes a su neutralización no ayuda, pues, de alguna forma evoca a concepciones autoritarias de la sociedad o a las persecuciones durante las dictaduras "concepción de la seguridad nacional", en donde la disidencia era tratada como enemigo interno. Empero, la cuestión es, y allí se plantea el desafío, cuan válidas pueden ser consideraciones de esta naturaleza en un régimen democrático, cuya estructura central radica en valores como la tolerancia y la libertad. Es decir, cuan legítimas pueden ser medidas que se dirijan a controlar a un individuo, incluso después de cumplida su pena. Y es que, no me cabe la menor duda de que autores como Jakobs o Silva Sánchez cuando exponen acerca de un derecho penal de la tercera velocidad o un derecho penal de la seguridad, no lo hacen pensando que éste sólo puede aplicarse en regímenes totalitarios. Por el contrario, lo que se preguntan es bajo qué circunstancias se *puede justificar* dentro de un Estado de Derecho. Debe tenerse en consideración, que estos temas ya están

¹²¹ FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. "El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho". Revista de Derecho penal contemporáneo. N° 16, 2006, p. 156-157.

¹²² FERRAJOLI, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Traducido por ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto et al, Madrid: Trotta, 1995.

¹²³ FEIJOÓ, "El derecho penal", p. 135.

insertos en la política criminal norteamericana y lo están siendo en la europea"¹²⁴. En los Estados Unidos, políticas de esta naturaleza obedecen esencialmente a que el enfoque científico, ya no se centra en descripciones clínicas de sujetos, sino más bien en cálculos de probabilidades, estadísticamente fundados. Se trabaja sobre la pregunta: *Cuánto riesgo como sociedad estamos dispuestos a tolerar y cómo debe ser la intervención penal para controlar ciertos riesgos*. Qué intensidad es la necesaria para manejar los riesgos. De manera que también la neutralización puede comprender, no sólo el encierro, sino también la vigilancia electrónica, libertad vigilada e, incluso, la participación en entrenamientos militares¹²⁵. Con respecto a los delitos sexuales violentos, tanto en Estado Unidos como en Europa, se contemplan medidas que claramente se inclinan por la vía inocuizadora¹²⁶. Si después de cumplida la pena se estima que mantiene su peligrosidad "pronóstico de reincidencia" se impone una medida de seguridad. En consecuencia, para aplicarse no requiere ni habitualidad ni reincidencia. Se parte de la imposición de una pena impuesta sobre la base de la culpabilidad y proporcionalidad, a la que se puede sumar medidas orientadas por principios inocuizadores.

3.3.2.6 Eficiencia y racionalidad

Examinadas algunas de las causas que han dado lugar a un incremento punitivo "a veces irreflexivo", y que ponen en entredicho el carácter de *última ratio* que se espera del instrumento penal, cabe preguntarse cómo

¹²⁴ OTTAVIANO, Santiago. "Selectiveincapacitation'. El retorno de la inocuización al pensamiento penal norteamericano contemporáneo". Prudentia Inris. N° 49, 1999, p. 137 y ss.

¹²⁵ OTTAVIANO, "Selective", p. 148.

¹²⁶ LIEB, Roxanne/QUINSEY, Vernon/BERLINER, Lucy."Sexual Predators and Social Policy". Crime and Justice. N° 23, November, 1998, p. 43 y ss.

podemos racionalizar su empleo. Conforme lo expuesto *supra*, se le ha *atribuido* a las leyes penales funciones que no le corresponden o al menos, no de manera exclusiva. Es así, que frente al descrédito de otras instancias de control social le atribuyen el rol de sostenedor de los valores éticos de la sociedad, con el riesgo cierto de confundir el contenido del Derecho penal con determinadas proposiciones valorativas. Es decir, para la sociedad éstas se sostienen y reafirman en la medida que el Derecho penal así lo exige. Convirtiéndose así, en una especie de *orientador moral*, en desmedro de otras instancias a las que sí les corresponden tales funciones¹²⁷.

La cuestión no es pues, sólo destacar el papel de *última ratio* que le corresponde al Derecho penal, sino darle un contenido que autorice precisar cuándo su recurso es necesario, amén de legítimo. Cuándo pueden estimarse ya eficientes otros medios de solución de conflictos, como es el caso del Derecho Administrativo Sancionador¹²⁸.

En este contexto, resulta esencial determinar criterios que permitan jerarquizar los medios y con ello, racionalizar los recursos de manera que la respuesta frente al delito sea eficaz. En este orden, me parece que teorías como la del bien jurídico y los fines de la pena, se dirigen en ese sentido¹²⁹. En efecto, el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* supone, como criterio legitimador de intervención, que el Derecho penal actúa sólo para proteger los bienes jurídicos más relevantes para una sociedad¹³⁰. La pregunta es cómo fundamentar

¹²⁷ Gaceta Jurídica. N° 242, 2000, p. 12.

¹²⁸ POZUELO, "De nuevo sobre", p. 117

¹²⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, "La racionalidad legislativa", p. 288.

¹³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, p. 276

dicho principio de manera que cumpla con su cometido limitador¹³¹. Para poder resolver cuándo se está frente a un bien jurídico protegible penalmente, es esencial tener en consideración cuestiones referidas al *merecimiento de pena* y a la *necesidad de pena*¹³². Tales valoraciones deben ser tenidas en consideración, si se pretende resolver cuándo se está frente a un bien jurídico penal y cómo estando frente a un bien de esta naturaleza debe ser este protegido.

En cuanto a consideraciones de *merecimiento*, éstas hallan su basamento en razones de justicia, las que llaman a individualizar y considerar como realidades de especial significación, las que tienen un importante arraigo en la conciencia social. En consecuencia, estimarse que su puesta en peligro o su afectación pueden generar especiales repercusiones de fuerte intensidad dentro del contexto social, y con ello autorizar la intervención de los instrumentos punitivos¹³³. Ahora bien, tales consideraciones deben apreciarse atendiendo el contexto histórico-cultural en el que se manifiestan, por lo que, debido a su basamento axiológico, pueden presentarse dificultades a la hora de señalar criterios claros, lo que da lugar a una cierta imprecisión¹³⁴. En lo que dice relación a la *necesidad de pena*, puede llegar a considerarse que se está frente a un bien merecedor de pena, pero que, por razones de utilidad, debe ser protegido por otros medios, con un menor contenido de lesividad que el Derecho penal, o cuando se estime que el recurso punitivo puede dar lugar a mayores consecuencias

¹³¹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos". Cuadernos de Política Criminal. 1989, p. 735.

¹³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (ed). Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1995, p. 139 y ss.

¹³³ SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, p. 287-289; MIR PUIG, El Derecho penal en el Estado, p. 162.

¹³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, p. 289

negativas¹³⁵. En definitiva, aun cuando los criterios expuestos "-justicia y utilidad" no se le pueden *imponer* al legislador, pues éste dispone de un espacio de libertad en sus decisiones político criminales, tampoco se puede dejar de reconocer que éstos, en la medida que respondan a un determinado horizonte jurídico, político y cultural común, sí deberían serle *exigible* o al menos vincularlo¹³⁶.

Si bien es cierto, el legislador dispone de cierto arbitrio, ello no supone, claro está, arbitrariedad en sus decisiones, por cuanto éstas, como se dicho, deben enmarcarse dentro de un determinado contexto jurídico y político, que se ve plasmado en la Constitución. En este sentido, me parece esencial el control de racionalidad legislativa penal que debe ejercer el Tribunal Constitucional¹³⁷, por medio de la declaración de inconstitucionalidad de ciertas leyes. No cabe duda que una acuciosa labor, extrayendo los valores y principios constitucionales, permitirá establecer los parámetros sobre los cuales habrá de actuar el legislador. Si bien, se trata de una materia que va más allá de lo que se pretende a través de este trabajo, creo que el Tribunal Constitucional no puede eludir esta tarea, escudándose en el *legalismo de las mayorías*. Y es que también las sociedades democráticas a través de las mayorías han creado injustos¹³⁸.

El Tribunal Constitucional español en sentencia de 20 de julio de 1999, estimó inconstitucional el art. 174 bis a) del Código penal anterior al de 1995, que castigaba el delito de colaboración con banda armada por infracción del principio

¹³⁵ HASSEMER, /MUÑOZ CONDE, Introducción, p. 73

¹³⁶ ROXIN, Derecho Penal, p. 64; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, Introducción, p. 77.

¹³⁷ DIEZ RIPOLLÉS, "La racionalidad legislativa", p. 295 y ss.

¹³⁸ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad de las leyes penales. Madrid: Trotta, 2005, p. 183 y ss.

de proporcionalidad¹³⁹. Señala: "En conclusión, cabe reiterar que se ha producido una vulneración del principio de legalidad penal en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas, como directa consecuencia de la aplicación del art. 174 bis a) C.P. 1973. El precepto resulta, en efecto, inconstitucional únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes. Expresado, en otros términos, no es la apertura de la conducta típica de colaboración con banda armada la que resulta constitucionalmente objetable, sino la ausencia en el precepto de la correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo. A partir, por tanto, de la apreciación por parte de la Sala sentenciadora de que nos encontramos ante uno de los mencionados "actos de colaboración" con banda armada, el precepto legal en cuestión hubiera debido permitir la imposición de una pena proporcionada a las circunstancias del caso: no habiéndolo hecho así, el reiterado precepto incurre en inconstitucionalidad en el sentido que se acaba de indicar".

Por lo anterior, no puedo compartir el razonamiento expuesto por nuestro Tribunal Constitucional en sentencia de 13 de junio de 2007, por el que rechazó declarar inconstitucional la norma del proyecto modificatorio de la Ley N° 20.084, que establecía como única sanción posible, para el tramo de penalidad superior a 5 años, la de internación en régimen cerrado, argumentando, entre otras

¹³⁹ RADBRUCH, Gustav. El hombre en el derecho. Traducido por DEL CAMPO, Aníbal. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1980, p. 127 y ss., p. 134.

razones, que, tanto la determinación de la pena como las modalidades de cumplimiento son de competencia exclusiva del legislador (considerandos 28° y 29°). Como bien se expone en el voto disidente del ministro Hernán Vodanovic, nadie duda de tal atribución del legislador, la cuestión es cómo se materializa. En este caso en particular, resolviendo la conformidad o no de la ley que regula materias de esta clase con los derechos que emanan de la naturaleza humana y que se encuentran contemplados en los tratados internacionales¹⁴⁰.

No quisiera terminar este trabajo sin referirme, aunque brevemente, a la propuesta metodológica que constituye *el Análisis Económico del Derecho*, como instrumento de medición de eficiencia de determinados instrumentos, en este caso el punitivo. Aunque frecuentemente estudiado en el mundo anglosajón, nuestra cultura jurídico penal ve con cierta reticencia el recurso a mecanismos que apelen a la eficiencia económica, sobre una supuesta antinomia entre eficiencia y respeto a las garantías¹⁴¹.

A pesar del escepticismo que en algunos genera el Análisis Económico del Derecho¹⁴², si se concuerda que el Derecho penal debe intervenir sólo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general, no se puede prescindir, precisamente, de instrumentos que permiten medir su eficiencia: *cómo podemos prevenir delitos con el menor costo social* "por lo demás, como se afirmó *supra*, el principio de *ultima ratio* se debe cimentar sobre consideraciones

¹⁴⁰ Sentencia de 13 de junio de 2007. Rol N° 786. En: www.tribunalconstitucional.cl.

¹⁴¹ BECKER, Gary. "Crime and Punishment: An Economic Approach". *Journal of Political Economy*. N° 76, 1968, p. 169 y ss.

¹⁴² Charles R. "Los desarrollos teóricos de la criminología". Traducido por CANDIOTI, Magdalena. En: BARBERET, Rosemary/BARQUIN, Jesús (Ed.). *Justicia Penal siglo XXI. Un selección de Criminal Justice 2000*. Granada: Comares: 2006, p. 13-16

de eficiencia"¹⁴³. En este sentido, si la finalidad del Derecho penal es la prevención de delitos, así como la reducción de las reacciones informales y la propia violencia estatal, ello impone recurrir a instrumentos "ya sea, entre otros, la amenaza de la pena, como la actuación de la policía", que signifiquen un menor costo social que lo que puede representar el delito o el recurso de la venganza particular. Es decir, en el constante autoanálisis al que debe someterse el Derecho penal, debe revisar cuan eficiente es con el menor costo posible¹⁴⁴.

Ahora bien, es indudable que valoraciones de este carácter, deben tomar en cuenta el respeto a la persona y su dignidad¹⁴⁵. Es decir, el Derecho penal perdería legitimidad si se construye sólo sobre bases puramente eficientistas de carácter económico. Por ejemplo, pretender reducir drásticamente las tasas de criminalidad imponiendo masivamente la pena de muerte o castigos corporales¹⁴⁶.

Algunas de las variables más importantes que deben ser tomadas en consideración, dicen relación con *la probabilidad de la aprehensión* y *la severidad del castigo*. Es decir, el delincuente, como sujeto racional, "*homo oeconomicus*, que es modelo de hombre que sirve de base a este análisis " toma en cuenta estos elementos como costos de oportunidad a la hora de resolver la comisión de un delito¹⁴⁷. Pues bien, de estas dos variables, y en esto no hay mayor discusión, la que tiene mayor fuerza disuasiva para el posible delincuente, es la primera de ellas, a saber, la probabilidad de ser detenido, más que la sanción en sí misma. Por tanto, el mayor costo, como indica Silva Sánchez, debe presentarse en

¹⁴³ SILVA SÁNCHEZ, "Eficiencia", p. 121-122, p. 94

¹⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, "Eficiencia", p. 121.

¹⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, "Eficiencia", p. 127; EL MISMO, "Reflexiones sobre la base de la Política Criminal". Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Sede Coquimbo. N° 8, 2001, p. 197

¹⁴⁶ RAGÚES, "Tres grandes dilemas", p. 540.

¹⁴⁷ POSNER, Richard. El análisis económico del Derecho. Traducido por SUÁREZ, Eduardo. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 215

la esfera policial, judicial e incluso, social¹⁴⁸. Es por ello, a mi modo de ver, que un sistema que enfatiza en la sanción y en su gravedad, por sobre otros mecanismos, es indicio de ineficiencia¹⁴⁹.

Está de más afirmar que la propuesta metodológica que se examina es bastante más compleja de lo que aquí se ha sugerido. Pero sí quisiera al menos resaltar que ésta no debe ser entendida como una manifestación de la cultura neoliberal que nos invade y, por tanto, un producto de exportación norteamericano para generar mayores mecanismos de control punitivo¹⁵⁰. Por el contrario, sobre la base de investigaciones científicas y empíricas entrega herramientas para precisar el real funcionamiento de determinadas instituciones, entre ellas, las penales. Lo anterior no quiere decir, claro está, dejar de lado el estudio *teórico* "law in the books", pero tampoco se debe prescindir del estudio *práctico* "law in action", como lamentablemente ocurre por estos lados, donde rara vez las propuestas legislativas van acompañadas de estudios empíricos, que demuestren su eficiencia¹⁵¹

3.2. Resultados Normativos

3.2.1. Derecho Interno: la Inducción al voto como delito e infracción electoral:

La consolidación del principio democrático, mediante la participación igualitaria y libre de los ciudadanos, el Estado ha estimado fundamental recurrir al derecho penal, como máximo y más severo instrumento de control social. Así, se ha previsto en el Código Penal, Título XVII, una serie de delitos contra la

¹⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, "Eficiencia", p. 114. Para MATUS ACUÑA, Jean Pierre. "El Ministerio Público y la política criminal en una sociedad democrática". Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Vol. XIX, N° 2, 2006, p. 194

¹⁴⁹ BENTHAM, Tratados, p. 298

¹⁵⁰ ORTIZ DE URBINA, "El análisis", p. 321 y ss.

¹⁵¹ ORTIZ DE URBINA, "El análisis", p. 345-346.

Voluntad Popular y en un Capítulo Único, Delitos contra el Derecho al Sufragio. Uno de los tipos penales es el referido a la inducción al voto, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 356.- Inducción a no votar o a hacerlo en sentido determinado

El que, mediante dádivas, ventajas o promesas trata de Inducir a un elector a no votar o a votar en un sentido determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

El tipo penal mencionado presenta las siguientes características típicas:

- a) El *sujeto activo* es designado mediante la locución pronominal “El que” por lo que puede ser cualquiera, Se trata de un delito común y de organización. No se requiere por tanto ninguna cualidad particular.
- b) El *sujeto pasivo* es la sociedad que, en el ámbito electoral, está representada por toda la comunidad política de ciudadanos. Estos tienen la expectativa que la elección de sus autoridades, locales, regionales, municipales o sus representantes dentro de organizaciones políticas, sean la directa, transparente, igual y e expresión de la voluntad popular;
- c) La *acción típica* está constituida por los verbos conjugados “trata de inducir”. Inducir, en el sentido común del lenguaje es instigar o incitar. El tratar de inducir es procurar incitar al elector hacia un resultado. Al respecto caben dos aclaraciones. El sentido común del término instigación no puede confundirse con su sentido jurídico. La instigación que pretende generar el sujeto activo es con

relación a la voluntad de elector de no votar o de hacerlo, en el sentido deseado por el inductor. Ello nada tiene que ver con la instigación, en sentido penal, que hace nacer la voluntad en el instigado, de cometer un delito. En el mismo sentido se ha pronunciado anteriormente esta Corte Suprema señalando que “No rigen las reglas de la instigación como forma de participación delictiva (artículo 24 del Código Penal), el verbo *inducir* debe considerarse como un verbo rector, pues está descrito en la Parte Especial del Código Penal como una forma de autoría, que no se rige por el principio de accesoriedad. Si el elector es inducido -instigado- su conducta es impune, pues el no votar solo merece una multa administrativa y el votar en un determinado sentido u otro, es una conducta neutra.

d) La *finalidad del inductor* es la de buscar que el elector, como destinatario del acto inductor, no vote o vote en el sentido que desea el sujeto activo. Pero estos fines alternativos son en realidad elementos subjetivos distintos al dolo; se trata de un delito de tendencia interna trascendente. Es irrelevante para fines típicos que el elector haya efectivamente sido inducido a no votar o a hacerlo en determinado sentido. El delito en cuestión es de pura actividad. Se agota con la entrega de los medios calificados, señalados expresamente en el tipo penal.

e) Los *medios* que puede utilizar el sujeto activo pueden ser: i) La entrega de dádivas; esto es, donativos o bienes que se dan gratuitamente; ii) El otorgamiento de ventajas; vale decir, cualquier utilidad o beneficio que se reciba de carácter inmaterial (empleos, tratos preferentes, becas) y, c) La promesa o el ofrecimiento de recibir beneficios, bienes o cualquier utilidad.

f) El sujeto sobre el que recae físicamente la acción debe necesariamente ser un elector.

g) El tipo subjetivo es exclusivamente doloso. El agente debe tener conocimiento que pretende desviar la voluntad de un elector, mediante la entrega de dádivas, ventajas o promesas, con la finalidad de inducirlo a no votar o a hacerlo en determinado sentido.

Ahora bien, a efecto de precisar los alcances típicos del presente delito, es menester desarrollar puntualmente tres aspectos interrelacionados. i) La cuestión del bien jurídico protegido; ii) Los criterios de imputación objetiva; iii) El concepto de elector, como objeto del delito.

Estos tres elementos están imbricados dado que debe considerarse que el bien jurídico protegido debe ser afectado de algún modo, a través de conductas cuya entidad y fin han de traducirse en un aumento del riesgo a dicho bien jurídico relevante, y ello con injerencia sobre las personas a quienes se quiere influenciar con la conducta inductora.

El bien jurídico protegido se expresa en dos niveles. Como criterio axiológico general se tiene que el delito de inducción al (no)voto atenta contra la voluntad popular; como expresión de la soberanía del pueblo en la elección de sus representantes en los diversos estamentos de 'una sociedad democrático representativa. La voluntad popular se forma con la conjunción de la libre elección de los ciudadanos. Pero al mismo tiempo, un segundo nivel de protección, se relaciona con el derecho que tiene todo ciudadano a sufragar - objeto jurídico específico de protección-, sin presión, coacción o inducción alguna.

Precisados los alcances del bien jurídico, la cuestión que surge a continuación es ¿cuál es el ámbito de afectación que debe exigirse para que se

entienda que estamos ante un riesgo intolerable y, por ende prohibido, al bien jurídico? Para su delimitación se han aportado dos criterios extremos con relación al comienzo de afectación del bien jurídico. Una primera posición que sostiene que en realidad el delito en cuestión solo puede cometerse, el día convocado para la elección misma; esto es, solo podría afectarse al bien jurídico tutelado, durante el proceso de votación, y durante las horas en que es posible sufragar. Una segunda posición, que considera que la condición de ciudadano y, por ende, de elector es permanente, por lo que se puede inducir al voto en cualquier fomento.

Ambas posturas son extremas y, por tanto, no delimitan racionalmente el ámbito de intervención del derecho penal. La primera postura interpretativa reduce a la nada o torna en inoperativo el tipo penal. Supone que el delito se pueda cometer solo mediante la repartición de medios inductores, ad portas del local de votación, el día en que está prohibido todo tipo de propaganda electoral, y cuando estadísticamente se sabe que el elector ya ha decidido su voto. En realidad, los actos evidentes y destinados a viciar la voluntad del elector tienen expresiones típicas más graves, como las previstas en el delito de impedimento, por violencia o amenaza, del derecho al sufragio (art. 355) o los atentados al derecho al sufragio (art. 359). Por el contrario, el delito cuyos alcances estamos analizando es de características más sutiles y más extendido en su ámbito temporal de realización.

Pero tampoco puede ser un delito que sea realizable en cualquier momento de la vida social. Primero, porque tal postura convertiría al derecho penal es un instrumento omnicomprensivo en la defensa de los bienes jurídicos. Sería incluso una expresión expansiva del derecho penal de riesgo, que deja de lado el principio

de fragmentariedad y subsidiaridad. No se ocuparía en efecto de las conductas más graves, y la gravedad tiene que ver ciertamente con la proximidad del acto electoral. Sería el primer instrumento de control social, dejando sin objeto al derecho electoral sancionatorio o al control social informal. Por lo demás, tal visión maximalista en el fondo subestima la capacidad misma de los ciudadanos, y de su madurez cívica, porque deja trasuntar la idea que los ciudadanos son personas manipulables. Por lo que debe ser desestimada.

Descartadas ambas opciones interpretativas ha de buscarse un referente más adecuado a los fines y límites del control penal y a las concretas posibilidades que este delito se produzca en la realidad. Estimamos que el criterio objetivo más adecuado, en este ámbito, es el proceso electoral, tal como está regulado en nuestro país. El proceso electoral peruano puede ser diferenciado en las siguientes etapas: a) Convocatoria a elecciones; b) Inscripción de candidatos; c) Sufragio; d) Escrutinio; y, e) Resultado de las elecciones. En el marco del proceso electoral el ciudadano activa su condición de elector y es capaz de ejercer su Derecho al sufragio.

Si vemos secuencialmente el proceso electoral y lo vinculamos con las características típicas del delito en estudio, podríamos descartar que la convocatoria a elecciones, fija un momento aun muy lejano para que prospere una conducta inductora. En este periodo no se tiene aún idea de quiénes participarán en la misma. En realidad, la etapa en la que ya podría tener sentido la conducta típica, es la de inscripción de candidatos y se extiende hasta el sufragio. El Derecho a la libre determinación del voto comienza a configurarse, de un modo tácticamente posible, desde el momento en que se tiene una relación certera de los

posibles candidatos a elegir, esto es, desde el momento en que estos se inscriben, pudiendo verse afectada hasta el momento en que se lleva a cabo el sufragio, el cual es la culminación del proceso de determinación del voto.

Es dentro de este contexto que adquiere sentido el concepto de elector. Esta categoría no pertenece al ámbito penal sino que es de origen y concepción del Derecho Electoral. La Ley Orgánica de Elecciones al referirse al elector lo hace únicamente en términos de la persona que asiste a votar, sin embargo ello no implica que dicha concepción sea transferible sin más al Derecho Penal. Esta noción restrictiva de elector es concebible en la medida que durante el proceso electoral los principales intervinientes son las pertinentes entidades del Estado – Organismo Nacional de Procesos Electorales, Jurado Nacional de Elecciones y Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – y los candidatos, por lo que la Ley Orgánica de Elecciones regula su participación durante el proceso electoral; empero, el elector únicamente participa durante el escrutinio por lo que la Ley Orgánica de Elecciones lo concibe en dicho ámbito.

El concepto de elector, desde una perspectiva social, está vinculado al concepto de ciudadano. La adquisición de la mayoría de edad conlleva consigo Deberes y Derechos, entre ellos está la adquisición de la ciudadanía, esta última no solo puede ser adquirida con el nacimiento en un ámbito territorial sino también puede ser solicitada y otorgada por el Estado. Por ello, desde una perspectiva constitucional toda persona no es un ciudadano, pero el adquirir la categoría de ciudadano conlleva consigo el Derecho al voto. Así también, el hecho de ser ciudadano no habilita a desempeñar este derecho Indistintamente, sino que este solo puede ser desempeñado en un ámbito territorial específico. En ese

sentido el concepto de elector se encuentra vinculado al concepto de ciudadano antes que al concepto de sufragio. Empero el concepto de elector contenido en el tipo penal nos permite ubicar su Interpretación en el marco del proceso electoral, lo cual es una primera delimitación del momento en que es factible vulnerar o poner en peligro el bien jurídico del tipo penal.

Delimitado el ámbito temporal en el que puede cometerse el delito, es de determinar el ámbito de aplicación del control penal y si hay traslapes o ámbitos sancionatorios similares de parte del derecho penal y el electoral sancionatorio. En efecto, en el ámbito del derecho público hay conductas similares, como es el caso del artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas en el que se sanciona administrativamente la siguiente conducta: “Las organizaciones políticas, en el marco de un proceso electoral están prohibidas de efectuar la entrega, promesa u ofrecimiento de dinero, regalos, dádivas u otros obsequios de naturaleza económica, de manera directa o a través de terceros, salvo aquéllos que constituyan propaganda electoral, en cuyo caso no deberán exceder del 0.5% de la UIT por cada bien entregado como propaganda electoral”.

Si bien ambas normas guardan similitud, el ámbito de protección es distinto. La sanción administrativa se encuentra en la Ley de organizaciones políticas, específicamente como parte del Título VI, respecto del Financiamiento de Partidos Políticos. En ese sentido, dicha norma administrativa se encuentra orientada a regular la interacción de los partidos políticos en el marco de un proceso electoral con el objetivo de “que, indistintamente de la capacidad económica que independientemente ostente cada partido, esta no se tradujera en una competencia no igualitaria en razón de la capacidad de gasto que tiene, lo cual

a su vez distorsionaría los objetivos democráticos del proceso electoral. Puntualmente, dicha norma administrativa tiene la finalidad de salvaguardar que la propaganda electoral sea realizada conforme a los principios de igualdad, equidad y competitividad. Situación distinta es el caso del tipo penal de inducción al voto. Si bien se tutela el Derecho al sufragio, esta protección significa que se desea salvaguardar la capacidad del elector de determinar libremente su voto. Mientras que la sanción administrativa está orientada a proteger el proceso electoral -específicamente la igualdad de condiciones en la justa electoral- el tipo penal está orientado a proteger el derecho del elector. Ergo, si bien ambas A vertientes forman, en sentido amplio, parte del derecho al sufragio, son, en sentido estricto, bienes jurídicos particularmente diferentes.

El delito de inducción al voto es un delito de peligro. Bastaría para su configuración el peligro de que se limite el derecho al sufragio de las personas sobre las que se ejerce la conducta inductora o que solo suponga una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción. Ahora bien, corresponde determinar si se trataría de un delito de peligro concreto o de peligro abstracto.

En los delitos de peligro abstracto, la sola peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro, mientras que en los delitos de peligro concreto la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual, o sea que, si no se produce la afectación, la conducta sea irrelevante desde el punto de vista penal.

En el tipo penal, motivo de análisis, considerando que el bien jurídico tutelado es de carácter general, cualquier nivel de interacción podría, de modo

abstracto, afectarlo, lo cual en virtud del principio de lesividad no es admisible. En ese sentido, se requiere que la conducta desempeñada por el autor no solo ponga en peligro el bien jurídico, sino que, en el caso individual, la propuesta de ventaja, dádiva o promesa tenga la entidad suficiente de modo que sea idónea para inducir la determinación del voto en un sentido estipulado.

3.2.2. Derecho Internacional

3.2.2.1. Tratado de derecho electoral comparado de américa latina

El trabajo que se presenta pretende como objetivo principal actualizar, bajo la sistemática de estudio planteada en una primera versión, el contexto de 19 países latinoamericanos¹⁵² en cuanto al tema de los delitos y las faltas electorales. Desde esta óptica o pretensión, la actualización a que nos referimos atiende a un proceso de cambios, principalmente cronológicos y de contenido teórico-doctrinal, que toma como referencia el marco normativo electoral vigente de estos países. De este modo, el elevado número de casos que son objeto de estudio y la heterogeneidad de los modelos normativos analizados conforman una realidad compleja, difícil de ser tratada de manera unitaria. Para superar esa dificultad, pero manteniendo el enfoque comparativo, hemos optado por estructurar el trabajo en dos partes, la primera dedicada a los delitos electorales y la segunda a las faltas. Delitos y faltas en materia electoral son aquellas acciones u omisiones que, de una forma u otra, entrañan la puesta en peligro del proceso electoral, vulnerando la normativa que intenta garantizar la transparencia y la limpieza de este. Por una parte puede considerarse al delito electoral como el acto u omisión que contraviene las disposiciones legales y que atentan contra la certeza y

¹⁵² Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Colombia, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela.

efectividad del sufragio, mismo que realizan los ciudadanos, los funcionarios electorales, funcionarios públicos, representantes de partido y ministros de culto religioso, y por otra parte, los delitos electorales son conductas o acciones que vulneran las disposiciones constitucionales y legales, poniendo en riesgo la función electoral y el sufragio en cualquiera de sus modalidades. Ahora bien, si una conducta es constitutiva de delito o falta electoral es algo que decide el legislador, atendiendo a los criterios que estima oportunos y que, como se aprecia en este trabajo, varían de un país a otro. Esto supone que un mismo hecho puede ser penado como delito en unos países y como falta en otros. Así, por ejemplo, votar sin tener derecho a ello supone, en la mayoría de los casos estudiados, la comisión de un delito, mientras que en Paraguay ese mismo hecho es castigado como falta (art. 331, primer párrafo en relación al diverso 91 del CE). De otro lado, por definición, la comisión de un delito lleva aparejada la imposición de una pena más grave que aquella que corresponde a una falta dentro de un mismo ordenamiento, pero no siempre es así, si se comparan las sanciones de delitos y faltas en distintos países. Por ejemplo: el delito de negarse a admitir el voto está castigado en Brasil con una pena pecuniaria de 30 a 60 días de salario mínimo, mientras que las faltas electorales en Guatemala pueden ser sancionadas con penas de privación de libertad de 10 a 60 días (art. 255 de la LEPP).

A pesar de esas dificultades para establecer una distinción nítida entre delitos y faltas en un estudio comparado de 19 legislaciones distintas, existen razones que justifican esta división para efectos de análisis. Por un lado, determinadas acciones son consideradas como delitos en casi la totalidad de las legislaciones estudiadas, siendo sancionadas con penas más graves que las faltas.

Existen, además, diferencias relevantes en determinados aspectos procesales, ya que, partiendo de la distinta importancia que se concede a delitos y a faltas, en algunos países son competentes órganos diferentes para enjuiciar unos u otras, o varía el procedimiento que se debe seguir en la sustanciación del proceso, los recursos que cabe interponer, etcétera. La división expositiva entre delitos y faltas se ha mantenido a la hora de elaborar los cuadros sinópticos.

Son pocos los casos en que la propia Constitución regula directamente aspectos relacionados con los delitos y las faltas electorales. Así, el artículo 57 de la Constitución hondureña establece que la “acción penal por delitos electorales es pública y prescribe a los cuatro años”, de igual manera, en el capítulo IV, del título V, se protege penalmente al sufragio universal al establecer en su numeral 45 que “se declara punible todo acto por el cual se prohíba o limite la participación del ciudadano en la vida política del país”, para finalmente incardinarlo en el artículo 210 de la LEOP, y para su competencia el artículo 58 señala que “de los delitos y faltas electorales conoce la justicia ordinaria”. Por su parte, la Constitución panameña en sus artículos 137.4 y 138.3 habla de la competencia del Tribunal Electoral para “sancionar las faltas y delitos contra la libertad y pureza del sufragio”, ya que el artículo 138.3 regula las funciones del fiscal electoral, incluyendo “la persecución de los delitos y contravenciones electorales”.

El artículo 9.2 de la Constitución de Uruguay dice Los magistrados judiciales, los miembros del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y del Tribunal de Cuentas, los directores de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados, los militares en actividad, cualquiera sea su grado, y los

funcionarios policiales de cualquier categoría, deberán abstenerse, bajo pena de destitución e inhabilitación de dos a diez años para ocupar cualquier empleo público, de formar parte de comisiones o clubes políticos, de suscribir manifiestos de partido, autorizar el uso de su nombre y, en general, ejecutar cualquier otro acto público o privado de carácter político, salvo el voto; además de que la participación de estos funcionarios en actos políticos está prohibida, desde la constitución de 1830 (art. 25.1), cuyo principio sobrevivió en las constituciones de 1934 (art. 57), de 1942 (art. 57), de 1952 (art. 77), hasta la vigente de 1967, pasando por todas las reformas de 1989, 1994 y de 1996, subsistiendo la prohibición de que los funcionarios públicos referidos en el artículo 91 constitucional no podrán ser elegibles para ser integrantes de la Cámara de Representantes, con las excepciones previstas en dicho numeral, principio que se observa en los artículos 181, 188 y 189, en relación con los numerales 191 y 192 de la LE; otro aspecto de relevancia sobre los delitos electorales en Uruguay se observa en la actividad de la Honorable Asamblea Nacional, que emitió 10 leyes entre 1936 y 1955, que decretaron “amnistía a todos los incursos en delitos electorales”, lo que conlleva a establecer que los procesos electorales de ese periodo fueron empañados con la comisión de ilícitos electorales, situación que ya no se refleja de los años de 1960 a la fecha, al no emitirse leyes de amnistía por el legislador. En otros casos, la Constitución se limita a exigir determinado rango legal para las normas que regulan la materia electoral, dentro de la cual se incluyen los delitos electorales. En Chile, el artículo 18 de la Constitución reserva la materia a ley orgánica, excluyendo expresamente la posibilidad de delegación legislativa en el presidente de la República. Por su parte, el artículo 184 de la

Constitución de Nicaragua establece que la ley electoral tendrá el rango de ley constitucional, lo que supone que su reforma debe realizarse de acuerdo con el procedimiento establecido para la reforma parcial de la Constitución. Los delitos electorales se regulan en normas para cuya aprobación se exige una mayoría parlamentaria reforzada, como en los casos de Nicaragua (Ley Electoral del 18 de octubre de 1988), Chile (Ley Orgánica Constitucional 18.556, sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral del 11 de septiembre de 1986, actualizada a mayo de 2000, y Ley Orgánica Constitucional 18.700, sobre Votaciones Populares y Escrutinios, con modificaciones a octubre de 2001) y Venezuela (Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, del 13 de diciembre de 1997 con reforma al 28 de mayo de 1998). Sin embargo, en la mayoría de los países el rango normativo es el de ley ordinaria del Parlamento, tales son los casos de Guatemala (Ley Electoral y de Partidos Políticos del 3 de diciembre de 1985 con actualización a 1990 y reglamento de la Ley del 7 de diciembre de 1987), Honduras (Ley Electoral y de las Organizaciones Políticas del 19 de mayo de 1981, actualizada hasta el DL 180-92 del 30 de octubre de 1992), República Dominicana (Ley Electoral 275-97 con modificaciones al 10 de diciembre de 2002), Cuba, Ley Electoral, 72 del 29 de octubre de 1992), Uruguay (Ley de Elecciones del 16 de enero de 1925 con modificaciones de la Ley 17.113 del 18 de junio de 1999, Bolivia, Ley Electoral 2.282 del 4 de diciembre de 2001), Ecuador (Ley de Elecciones del 12 de diciembre de 1986 con reformas al 13 de agosto de 2002), Brasil (Código Electoral 4737 del 15 de julio de 1965), Costa Rica (Código Electoral 1536 del 10 de diciembre 1952 con reformas por Ley 8.123 del 22 de agosto de 2001), El Salvador (Código Penal con reformas por

decreto legislativo 210 del 25 de noviembre de 2003 y Código Electoral del 14 de diciembre de 1992, con reformas por decreto legislativo 55 del 29 de junio de 2000), Panamá (Código Electoral publicado el 22 de febrero de 2003), Paraguay (Código Electoral paraguayo, expedido con la Ley 834, del 17 de abril de 1996), Argentina (Código Electoral Nacional del 18 de agosto de 1983 con reforma por la Ley 25.610 del 5 de julio de 2002), Perú (Ley Orgánica de Elecciones promulgada por el Decreto ley 26.859 del 29 de septiembre de 1997, con modificaciones del Decreto-ley 27.163 del 5 de agosto de 1999), y México (con el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, publicado el 15 de agosto de 1990, con reformas al 31 de diciembre de 2003 y Código Penal Federal adicionado el 15 de agosto de 1990 con el título vigésimo cuarto de los delitos electorales y en materia de Registro Nacional de Ciudadanos, modificado el 22 de noviembre de 1996). Hay que señalar que en algunos de estos casos, concretamente en Guatemala y Ecuador, las normas mencionadas se desarrollan por un reglamento que contiene disposiciones sobre el procedimiento que debe seguirse en estos supuestos.

Como puede verse, en la mayoría de los ordenamientos los delitos electorales se recogen en legislación especial, es decir, leyes y códigos electorales que regulan de manera específica toda la materia electoral. Sólo en algunos casos —Colombia y México— los delitos electorales se regulan, junto con el resto de los delitos, en el Código Penal. En otros países, como en Honduras, República Dominicana, El Salvador y Perú, algunos tipos de delitos electorales se vinculan concurrentemente en la legislación electoral y penal. Cabe destacar que Nicaragua, Perú, República Dominicana y Uruguay sólo tipifican delitos

electorales en sus respectivas leyes, omitiendo toda referencia a las faltas. El caso contrario es el de México donde, por una parte, el Código Penal tipifica los delitos electorales cometidos por servidores públicos, funcionarios electorales, partidistas, candidatos, ciudadanos, ministros de culto religioso y candidatos electos, mientras que el Cofipe regula en su libro V, título V, capítulo único (arts. 264 a 272) las “faltas administrativas y de las sanciones” por infracciones al citado texto legal, que sólo pueden ser cometidas por autoridades federales, estatales y municipales, funcionarios electorales, notarios públicos, extranjeros, partidos políticos y agrupaciones políticas. En el caso de Cuba se establece el ilícito electoral en el título XI de la Ley Electoral de 1992.

3.2.3. Derecho comparado

3.2.3.1 En México

Las sanciones que se imponen por la comisión de delitos electorales son congruentes con la persona que las comete y la trascendencia de sus actos. En síntesis las penas son las siguientes: pena privativa de la libertad, destitución de cargos públicos, inhabilitación, multas y suspensión de derechos políticos.

Los delitos electorales federales no se consideran graves, ello implica que desde el mismo acto de radicación a un juez de un presunto delincuente se le pueda fijar fianza. Existen pocos supuestos en los con delitos acumulados, el presunto responsable se le pueda negar la fianza. Los delitos señalados en el Título Vigésimocuarto, Capítulo Único del Código Penal Federal, tienen una pena de prisión, en el rango de 6 meses a 9 años, salvo los que se refieren a las conductas desplegadas por los ministros de cultos religiosos, a quienes sólo se les impondrá multa. A los que habiendo sido electos diputados o senadores no se

presentaran a desempeñar su cargo, se les impondrá como sanción, únicamente la suspensión de sus derechos políticos y a los funcionarios públicos se les puede inhabilitar para ejercer la función pública federal.

Un problema serio que tienen los delitos electorales es su insuficiente sanción, por tal motivo, no existen condiciones que inhiban su comisión. A la fecha no existe una pena ejemplar derivado de un ilícito penal electoral. Las sanciones más fuertes impuestas se han derivado de actos de obtención de credencial de elector con documentos apócrifos. En consecuencia, no existe temor por cometer un delito electoral, eso quedó en evidencia en el estudio sobre delitos electorales que la FEPADE realizó con el apoyo del PNUD en el año 2006. En unos grupos de enfoque que se desarrollaron quedó en evidencia una falta absoluta de temor sanción “por delitos electorales nadie se va a la cárcel (grupo de enfoque realizado en Ixmiquilpan, Hidalgo).¹⁵³

Los factores que inciden en la comisión de delitos electorales:

Como resultado de diversos estudios realizados desde 2001 a la fecha, podemos afirmar que existen cuatro componentes que inciden directamente en la comisión de delitos electorales. Los factores a que hacemos alusión están encaminados a los aspectos culturales, éticos, políticos y económicos que son aprovechados por los transgresores de la norma con relación a la situación en la que se encuentran los sujetos pasivos o víctimas del delito.

Sobre todo, referimos a zonas rurales, de alta marginalidad social y con problemas de analfabetismo. En estos lugares algunas personas se aprovechan de

¹⁵³ BARREIRO PEREDA, Francisco, Los delitos electorales en la legislación penal mexicana, en *Justicia Electoral*, vol. II, núm. 3, Tribunal Electoral, México, 1993, p. 21.

la condición de esos individuos para alterar su libre voto. Es oportuno exponer que también pueden existir comunidades en las cuales ellas mismas acuden a los actores políticos para ofrecer al mejor postor los votos en bloque de una comunidad. Un fenómeno adicional son las redes clientelares que existen en todo el país y que se trasladan de una opción política a otra. El clientelismo político está regresando a sus orígenes con excelentes resultados electorales.

A continuación, señalaremos algunos de los elementos que inciden en la comisión de delitos electorales:

Condiciones culturales. - Uno de los principales factores que aprovechan los delincuentes electorales para transgredir las normas que tutelan a los procesos democráticos, es sin duda alguna, el escaso nivel educativo de sus “víctimas”, quienes por desconocimiento, ignorancia o conveniencia aceptan canjear su voto por dinero, apoyos en especie, o programas sociales.

Asimismo, debe tomarse en cuenta que las principales víctimas de los delitos electorales son en su mayoría personas que viven en comunidades rurales o en las periferias de las ciudades, quienes no están dispuestos a desafiar a los actores políticos, ni mucho menos a denunciarlos, ello por temor a sanciones o por evitarse tener problemas con algunos miembros de su comunidad.

Condiciones éticas. - Otro factor condicionante que coadyuva a la comisión de delitos electorales, tiene que ver con los valores y principios que subyacen en el entorno social. Como sabemos, cada pueblo posee un mínimo de ética social, es decir, un conjunto de valores que le imprime cierta homogeneidad a su comunidad. Algunos segmentos de la sociedad mexicana tienen poco interés en la política¹⁸, lo que beneficia en gran medida la comisión de delitos

electorales, ya que su falta de participación ciudadana está directamente relacionada con los ilícitos contra la democracia. Así, cuando la comunidad tiene poco o nulo interés en los valores de la democracia no existen diques de contención que respalden sus derechos políticos electorales. En síntesis, los ciudadanos se sienten solos en una competencia política que saben de antemano que no pueden opinar.

Condiciones políticas. - El proceso de transición democrática del país transformó los hábitos del comportamiento político. Las elecciones cada día se caracterizan por tener resultados con diferencias mínimas entre ganador y perdedor. En los últimos procesos electorales locales, en muchas elecciones municipales la diferencia fue del 1%. Por tal motivo, los actores políticos se disputan voto por voto. En este proceso se han detectado que las condiciones de la competencia operan prácticas de clientelismo y manipulación del voto¹⁵⁴.

3.2.3.2. Uruguay

El artículo 9.2 de la Constitución de Uruguay dice Los magistrados judiciales, los miembros del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y del Tribunal de Cuentas, los directores de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados, los militares en actividad, cualquiera sea su grado, y los funcionarios policiales de cualquier categoría, deberán abstenerse, bajo pena de destitución e inhabilitación de dos a diez años para ocupar cualquier empleo público, de formar parte de comisiones o clubes políticos, de suscribir manifiestos de partido, autorizar el uso de su nombre y, en general, ejecutar cualquier otro acto público o privado de carácter político, salvo el voto; además de que la

¹⁵⁴ LUCAS VERDÚ, Pablo, “Constitución”, *Prontuario de Derecho Constitucional*, Comares, Granada, 1997.

participación de estos funcionarios en actos políticos está prohibida, desde la constitución de 1830 (art. 25.1), cuyo principio sobrevivió en las constituciones de 1934 (art. 57), de 1942 (art. 57), de 1952 (art. 77), hasta la vigente de 1967, pasando por todas las reformas de 1989, 1994 y de 1996, subsistiendo la prohibición de que los funcionarios públicos referidos en el artículo 91 constitucional no podrán ser elegibles para ser integrantes de la Cámara de Representantes, con las excepciones previstas en dicho numeral, principio que se observa en los artículos 181, 188 y 189, en relación con los numerales 191 y 192 de la LE; otro aspecto de relevancia sobre los delitos electorales en Uruguay se observa en la actividad de la Honorable Asamblea Nacional, que emitió 10 leyes entre 1936 y 1955, que decretaron “amnistía a todos los incursos en delitos electorales”, lo que conlleva a establecer que los procesos electorales de ese periodo fueron empañados con la comisión de ilícitos electorales, situación que ya no se refleja de los años de 1960 a la fecha, al no emitirse leyes de amnistía por el legislador. En otros casos, la Constitución se limita a exigir determinado rango legal para las normas que regulan la materia electoral, dentro de la cual se incluyen los delitos electorales.

3.3. Resultados jurisprudenciales

3.3.1. Tribunal Constitucional

En reiterada jurisprudencia (STC N.^{os} 2366-2003-AA/TC, 5854-2005-AA/TC, 2730-2006-PA/TC, entre otras) el Tribunal Constitucional ha establecido que resultan procedentes las demandas de amparo interpuestas contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones cuando éstas vulneren derechos fundamentales. Así, se ha enfatizado que ningún poder público puede, mediante

acto u omisión, apartarse del contenido normativo de los derechos fundamentales ni se encuentra exento del control constitucional ejercido por el poder jurisdiccional del Estado, en cuya cúspide –en lo que a la materia constitucional se refiere– se ubica este Tribunal. Desde luego, el referido órgano electoral no se halla al margen de este imperativo constitucional.

En efecto, debe recordarse lo expuesto en el fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 02366-2003-AA/TC: (...) aun cuando de los artículos 142.º y 181.º de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última instancia en tal asunto, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución. Como es evidente, si la función electoral se ejerce de una forma que resulte intolerable para la vigencia de los derechos fundamentales o quebrante los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional, no sólo resulta legítimo sino plenamente necesario el control constitucional, especialmente cuando éste resulta viable en mecanismos como el amparo.

Esta reiterada doctrina fue complementada y fortalecida en la sentencia que con calidad de precedente vinculante recayó en el Expediente N.º 5854-2005-PA/TC, oportunidad en la que este Tribunal Constitucional ha continuado el desarrollo de los principales fundamentos que sustentan no sólo la viabilidad, sino la absoluta necesidad de que las resoluciones del JNE sean sometidas a un escrutinio de validez constitucional a través del proceso de amparo.

Conviene recordar, además, que el inciso 8) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional que prescribía la improcedencia del proceso de amparo cuando se cuestionen las resoluciones del JNE en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva, fue declarado inconstitucional por este Colegiado mediante la sentencia recaída en el Expediente N.º 0007-2007-PI/TC, con lo cual el Tribunal es competente para realizar el control constitucional de las resoluciones que emita el JNE.

3.3.2. Poder Judicial

En la sentencia recaída de la sala penal permanente casación N°760-2016, la libertad, se establece la Estructura típica del delito de inducción al voto conforme a lo siguiente:

Vigésimo segundo.- El segundo motivo casacional tiene relación con la interpretación del tipo penal de inducción al voto, en particular, respecto del elemento temporal que aparece en el delito en cuestión, de cara a la puesta en peligro del bien jurídico tutelado; esto es, salvaguarda del principio de afectación al bien jurídico protegido, contenido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal.

La libre elección de los representantes es la máxima expresión de libertad del ciudadano y uno de los pilares del sistema democrático. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional: La democracia se fundamenta pues, en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo Iº de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad

político-estatal es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales.

Consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo (artículo 45° de la Constitución) y del principio de separación de poderes (artículo 43° de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31° de la Constitución), de organizaciones políticas (artículo 35° de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de ésta. Entre éstos se encuentran los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2°, inciso 17 y 30° a 35° (entre ellos destaco, de modo singular, el derecho de los ciudadanos a ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica), los derechos a las libertades de Información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen (artículo 2°, Inciso 4), de acceso a la Información pública (artículo 2°, Inciso 5), de reunión (artículo 2°, inciso 12) y de asociación (artículo 2°, inciso 13).

Una sociedad en la que no se encuentren plenamente garantizados estos derechos, sencillamente, o no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, se encuentra, por así decirlo, “herida de muerte”.

Así pues, el principio democrático se materializa a través de la participación directa, Individual o colectiva, de la persona como titular de una suma de derechos de dimensión tanto subjetiva como Institucional (derecho de

voto, referéndum, iniciativa legislativa, remoción, o revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas, expresión, reunión, etc.), así como en su participación asociada, a través de organizaciones orientadas a canalizar el pluralismo político. Tales organizaciones son los partidos y movimientos políticos, reconocidos en el artículo 35° de la Constitución.

Asimismo, el referido principio se materializa en la participación política indirecta de la ciudadanía; es decir, a través de sus representantes libremente elegidos. La democracia representativa es —como quedó dicho— el rasgo prevalente en nuestra Constitución. [Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 2016. Exp. N° 0030-2005-PI/TC. Fundamentos jurídicos 22-23].

Vigésimo tercero. - Ahora bien, para la consolidación del principio democrático, mediante la participación igualitaria y libre de los ciudadanos, el Estado ha estimado fundamental recurrir al derecho penal, como máximo y más severo instrumento de control social. Así, se ha previsto en el Código Penal, Título XVII, una serie de delitos contra la Voluntad Popular y en un Capítulo Único, Delitos contra el Derecho al Sufragio. Uno de los tipos penales es el referido a la inducción al voto, cuyo texto es el siguiente: Artículo 356.- Inducción a no votar o a hacerlo en sentido determinado. El que, mediante dádivas, ventajas o promesas trata de Inducir a un elector a no votar o a votar en un sentido determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Vigésimo cuarto. - El tipo penal mencionado presenta las siguientes características típicas:

a) El *sujeto activo* es designado mediante la locución pronominal “El que” por lo que puede ser cualquiera, Se trata de un delito común y de organización. No se requiere por tanto ninguna cualidad particular.

b) El *sujeto pasivo* es la sociedad que, en el ámbito electoral, está representada por toda la comunidad política de ciudadanos. Estos tienen la expectativa que la elección de sus autoridades, locales, regionales, municipales o sus representantes dentro de organizaciones políticas, sean la directa, transparente, igual y e expresión de la voluntad popular;

c) La *acción típica* está constituida por los verbos conjugados “trata de inducir”. Inducir, en el sentido común del lenguaje es instigar o incitar. El tratar de inducir es procurar incitar al elector hacia un resultado. Al respecto caben dos aclaraciones. El sentido común del término instigación no puede confundirse con su sentido jurídico. La instigación que pretende generar el sujeto activo es con relación a la voluntad de elector de no votar o de hacerlo, en el sentido deseado por el inductor. Ello nada tiene que ver con la instigación, en sentido penal, que hace nacer la voluntad en el instigado, de cometer un delito. En el mismo sentido se ha pronunciado anteriormente esta Corte Suprema señalando que “No rigen las reglas de la instigación como forma de participación delictiva (artículo 24 del Código Penal), el verbo *inducir* debe considerarse como un verbo rector, pues está descrito en la Parte Especial del Código Penal como una forma de autoría, que no se rige por el principio de accesoriedad. Si el elector es inducido -instigado- su conducta es impune, pues el no votar solo merece una multa administrativa y el votar en un determinado sentido u otro, es una conducta neutra.

d) La *finalidad del inductor* es la de buscar que el elector, como destinatario del acto inductor, no vote o vote en el sentido que desea el sujeto activo. Pero estos fines alternativos son en realidad elementos subjetivos distintos al dolo; se trata de un delito de tendencia interna trascendente. Es irrelevante para fines típicos que el elector haya efectivamente sido inducido a no votar o a hacerlo en determinado sentido. El delito en cuestión es de pura actividad. Se agota con la entrega de los medios calificados, señalados expresamente en el tipo penal.

e) Los *medios* que puede utilizar el sujeto activo pueden ser: i) La entrega de dádivas; esto es, donativos o bienes que se dan gratuitamente; ii) El otorgamiento de ventajas; vale decir, cualquier utilidad o beneficio que se reciba de carácter inmaterial (empleos, tratos preferentes, becas) y, c) La promesa o el ofrecimiento de recibir beneficios, bienes o cualquier utilidad.

f) El sujeto sobre el que recae físicamente la acción debe necesariamente ser un elector.

g) El tipo subjetivo es exclusivamente doloso. El agente debe tener conocimiento que pretende desviar la voluntad de un elector, mediante la entrega de dádivas, ventajas o promesas, con la finalidad de inducirlo a no votar o a hacerlo en determinado sentido.

Vigésimo quinto.- Ahora bien, a efecto de precisar los alcances típicos del presente delito, es menester desarrollar puntualmente tres aspectos interrelacionados. i) La cuestión del bien jurídico protegido; ii) Los criterios de imputación objetiva; iii) El concepto de elector, como objeto del delito.

Estos tres elementos están imbricados dado que debe considerarse que el bien jurídico protegido debe ser afectado de algún modo, a través de conductas cuya

entidad y fin han de traducirse en un aumento del riesgo a dicho bien jurídico relevante, y ello con injerencia sobre las personas a quienes se quiere influenciar con la conducta inductora.

Vigésimo sexto.- El bien jurídico protegido se expresa en dos niveles. Como criterio axiológico general se tiene que el delito de inducción al (no)voto atenta contra la voluntad popular; como expresión de la soberanía del pueblo en la elección de sus representantes en los diversos estamentos de ‘una sociedad democrática representativa. La voluntad popular se forma con la conjunción de la libre elección de los ciudadanos. Pero al mismo tiempo, un segundo nivel de protección, se relaciona con el derecho que tiene todo ciudadano a sufragar - objeto jurídico específico de protección-, sin presión, coacción o inducción alguna.

Vigésimo séptimo.- Precisados los alcances del bien jurídico, la cuestión que surge a continuación es ¿cuál es el ámbito de afectación que debe exigirse para que se entienda que estamos ante un riesgo intolerable y, por ende prohibido, al bien jurídico? Para su delimitación se han aportado dos criterios extremos con relación al comienzo de afectación del bien jurídico. Una primera posición que sostiene que en realidad el delito en cuestión solo puede cometerse, el día convocado para la elección misma; esto es, solo podría afectarse al bien jurídico tutelado, durante el proceso de votación, y durante las horas en que es posible sufragar. Una segunda posición, que considera que la condición de ciudadano y, por ende, de elector es permanente, por lo que se puede inducir al voto en cualquier fomento.

Vigésimo octavo.- Ambas posturas son extremas y, por tanto, no delimitan racionalmente el ámbito de intervención del derecho penal. La primera postura interpretativa reduce a la nada o torna en inoperativo el tipo penal. Supone que el delito se pueda cometer solo mediante la repartición de medios inductores, ad portas del local de votación, el día en que está prohibido todo tipo de propaganda electoral, y cuando estadísticamente se sabe que el elector ya ha decidido su voto. En realidad, los actos evidentes y destinados a viciar la voluntad del elector tienen expresiones típicas más graves, como las previstas en el delito de impedimento, por violencia o amenaza, del derecho al sufragio (art. 355) o los atentados al derecho al sufragio (art. 359). Por el contrario, el delito cuyos alcances estamos analizando es de características más sutiles y más extendido en su ámbito temporal de realización.

Vigésimo noveno.- Pero tampoco puede ser un delito que sea realizable en cualquier momento de la vida social. Primero, porque tal postura convertiría al derecho penal es un instrumento omnicomprensivo en la defensa de los bienes jurídicos. Sería incluso una expresión expansiva del derecho penal de riesgo, que deja de lado el principio de fragmentariedad y subsidiaridad. No se ocuparía en efecto de las conductas más graves, y la gravedad tiene que ver ciertamente con la proximidad del acto electoral. Sería el primer instrumento de control social, dejando sin objeto al derecho electoral sancionatorio o al control social informal. Por lo demás, tal visión maximalista en el fondo subestima la capacidad misma de los ciudadanos, y de su madurez cívica, porque deja trasuntar la idea que los ciudadanos son personas manipulables. Por lo que debe ser desestimada.

Trigésimo.- Descartadas ambas opciones interpretativas ha de buscarse un referente más adecuado a los fines y límites del control penal y a las concretas posibilidades que este delito se produzca en la realidad. Estimamos que el criterio objetivo más adecuado, en este ámbito, es el proceso electoral, tal como está regulado en nuestro país. El proceso electoral peruano puede ser diferenciado en las siguientes etapas: a) Convocatoria a elecciones; b) Inscripción de candidatos; c) Sufragio; d) Escrutinio; y, e) Resultado de las elecciones. En el marco del proceso electoral el ciudadano activa su condición de elector y es capaz de ejercer su Derecho al sufragio.

Si vemos secuencialmente el proceso electoral y lo vinculamos con las características típicas del delito en estudio, podríamos descartar que la convocatoria a elecciones fija un momento aun muy lejano para que prospere una conducta inductora. En este periodo no se tiene aún idea de quiénes participarán en la misma. En realidad, la etapa en la que ya podría tener sentido la conducta típica, es la de inscripción de candidatos y se extiende hasta el sufragio. El Derecho a la libre determinación del voto comienza a configurarse, de un modo tácticamente posible, desde el momento en que se tiene una relación certera de los posibles candidatos a elegir, esto es, desde el momento en que estos se inscriben, pudiendo verse afectada hasta el momento en que se lleva a cabo el sufragio, el cual es la culminación del proceso de determinación del voto.

Trigésimo primero.- Es dentro de este contexto que adquiere sentido el concepto de elector. Esta categoría no pertenece al ámbito penal sino que es de origen y concepción del Derecho Electoral. La Ley Orgánica de Elecciones al referirse al elector lo hace únicamente en términos de la persona que asiste a

votar, sin embargo ello no Implica que dicha concepción sea transferible sin más al Derecho Penal. Esta noción restrictiva de elector es concebible en la medida que durante el proceso electoral los principales intervinientes son las pertinentes entidades del Estado – Organismo Nacional de Procesos Electorales, Jurado Nacional de Elecciones y Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – y los candidatos, por lo que la Ley Orgánica de Elecciones regula su participación durante el proceso electoral; empero, el elector únicamente participa durante el escrutinio por lo que la Ley Orgánica de Elecciones lo concibe en dicho ámbito.

Vigésimo segundo.- El concepto de elector, desde una perspectiva social, está vinculado al concepto de ciudadano. La adquisición de la mayoría de edad conlleva consigo Deberes y Derechos, entre ellos está la adquisición de la ciudadanía, esta última no solo puede ser adquirida con el nacimiento en un ámbito territorial sino también puede ser solicitada y otorgada por el Estado. Por ello, desde una perspectiva constitucional toda persona no es un ciudadano, pero el adquirir la categoría de ciudadano conlleva consigo el Derecho al voto. Así también, el hecho de ser ciudadano no habilita a desempeñar este derecho Indistintamente, sino que este solo puede ser desempeñado en un ámbito territorial específico. En ese sentido el concepto de elector se encuentra vinculado al concepto de ciudadano antes que al concepto de sufragio. Empero el concepto de elector contenido en el tipo penal nos permite ubicar su Interpretación en el marco del proceso electoral, lo cual es una primera delimitación del momento en que es factible vulnerar o poner en peligro el bien jurídico del tipo penal.

Trigésimo tercero.- Delimitado el ámbito temporal en el que puede cometerse el delito, es de determinar el ámbito de aplicación del control penal y si

hay traslapes o ámbitos sancionatorios similares de parte del derecho penal y el electoral sancionatorio. En efecto, en el ámbito del derecho público hay conductas similares, como es el caso del artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas en el que se sanciona administrativamente la siguiente conducta: “Las organizaciones políticas, en el marco de un proceso electoral están prohibidas de efectuar la entrega, promesa u ofrecimiento de dinero, regalos, dádivas u otros obsequios de naturaleza económica, de manera directa o a través de terceros, salvo aquéllos que constituyan propaganda electoral, en cuyo caso no deberán exceder del 0.5% de la UIT por cada bien entregado como propaganda electoral”.

Trigésimo cuarto. - Si bien ambas normas guardan similitud, el ámbito de protección es distinto. La sanción administrativa se encuentra en la Ley de organizaciones políticas, específicamente como parte del Título VI, respecto del Financiamiento de Partidos Políticos. En ese sentido, dicha norma administrativa se encuentra orientada a regular la interacción de los partidos políticos en el marco de un proceso electoral con el objetivo de “que, indistintamente de la capacidad económica que independientemente ostente cada partido, esta no se tradujera en una competencia no igualitaria en razón de la capacidad de gasto que tiene, lo cual a su vez distorsionaría los objetivos democráticos del proceso electoral. Puntualmente, dicha norma administrativa tiene la finalidad de salvaguardar que la propaganda electoral sea realizada conforme a los principios de igualdad, equidad y competitividad. Situación distinta es el caso del tipo penal de inducción al voto. Si bien se tutela el Derecho al sufragio, esta protección significa que se desea salvaguardar la capacidad del elector de determinar libremente su voto. Mientras que la sanción administrativa está orientada a

proteger el proceso electoral -específicamente la igualdad de condiciones en la justa electoral- el tipo penal está orientado a proteger el derecho del elector. Ergo, si bien ambas A vertientes forman, en sentido amplio, parte del derecho al sufragio, son, en sentido estricto, bienes jurídicos particularmente diferente.

Trigésimo quinto. - El delito de inducción al voto es un delito de peligro. Bastaría para su configuración el peligro de que se limite el derecho al sufragio de las personas sobre las que se ejerce la conducta inductora o que solo suponga una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción. Ahora bien, corresponde determinar si se trataría de un delito de peligro concreto o de peligro abstracto.

En los delitos de peligro abstracto, la sola peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro, mientras que en los delitos de peligro concreto la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual, o sea que, si no se produce la afectación, la conducta sea irrelevante desde el punto de vista penal.

En el tipo penal, motivo de análisis, considerando que el bien jurídico tutelado es de carácter general, cualquier nivel de interacción podría, de modo abstracto, afectarlo, lo cual en virtud del principio de lesividad no es admisible. En ese sentido, se requiere que la conducta desempeñada por el autor no solo ponga en peligro el bien jurídico, sino que en el caso individual, la propuesta de ventaja, dádiva o promesa tenga la entidad suficiente de modo que sea idónea para inducir la determinación del voto en un sentido estipulado.

CAPITULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Discusión doctrinaria:

4.1.1. Posturas o argumentos a favor:

La postura del neoconstitucionalismo que también se entrelaza con el garantismo penal o denominado también constitucionalismo principalista, es la misma que respalda este derecho penal democrático, que respalda la posición del derecho penal fragmentario o de última ratio, la misma que es útil para tomar posición frente al problema del delito de inducción al voto que tiene connotación administrativa y penal.

La doble persecución administrativa y penal para sancionar y prevenir la inducción al voto, genera problemas sobre el principio del ne bis in ídem, pues desde el punto de vista material se prohíbe toda doble persecución del derecho por un mismo hecho, evitando el exceso del ius puniendi, según López “Nadie debe ser juzgado o condenado dos veces por la misma infracción”.

En otro sentido, desde el punto de vista del derecho penal, se puede advertir la afectación al principio de última ratio penal, pues si al existir ya una persecución administrativa frente a la inducción al voto, entonces no todas las conductas deben ser perseguidas a nivel del derecho penal, solo aquellas que sean graven o causen gran agravio al bien jurídico protegido penalmente.

Es así, que bajo un derecho penal democrático o garantista no se puede justificar la doble persecución o múltiple persecución del derecho a una sola conducta sin la justificación racional o bajo el principio de proporcionalidad abstracta en la estructuración de las normas legales.

Es en este sentido que se busca negar toda intervención irracional del estado ante cualquier conducta típica como el caso de la inducción al voto, más aun si ya se encuentra debidamente regulado en el derecho administrativo.

4.1.2. Posturas o argumentos en contra:

El nuevo Código Procesal Penal en el Art III del Título Preliminar reconoce la Primacía del Derecho Penal frente al Derecho Administrativo y el principio del non bis in ídem en su manifestación procesal “(...) Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El Derecho Penal tiene preminencia sobre el Derecho Administrativo”.

En este contexto Pérez¹⁵⁵ señala: En el ámbito del derecho procesal penal, la prohibición de sancionar dos veces una misma conducta es una garantía constitucional, por lo que su violación acarrea la invalidez del segundo proceso penal, por ser ilegal, sin embargo, el principio ne bis in ídem, también resulta exigible, cuando un mismo hecho es perseguido administrativamente y jurisdiccionalmente. El Estado ejerce su ius puniendi a través de dos vías: el derecho penal (jurisdicción penal) y el derecho administrativo sancionador (autoridad administrativa). Por el primero se aplican las penas a los culpables del delito, previo juicio penal, mientras que en el segundo caso la administración y otros entes del Derecho Público imponen sanciones no privativas de libertad por la comisión de hechos ilícitos.

¹⁵⁵ JORGE A. PÉREZ LÓPEZ, la aplicación del principio non is bis in ídem en el proceso penal, 130.

Siendo así, la justicia penal se erige como preeminente al contar con las mismas garantías para el ciudadano objeto de imputación, y al contar con las sanciones más graves, pues no tiene sentido someter al sujeto infractor a un procedimiento administrativo por una falta grave, cuando este hecho es constitutivo de delito y donde se necesita adquirir una fuente de prueba incriminatoria que puede perderse con el paso del tiempo. Ante tal estado constitucional la justicia administrativa, debe dar paso a la justicia penal a fin de colmar las exigencias sociales depositadas en la justicia distributiva del campo criminal.

Consideramos que el derecho penal sigue criterios de imputación personal de un injusto propio, aun cuando tales criterios puedan flexibilizarse en aras de mayor eficacia (delitos de peligro abstracto), mientras que el Derecho Administrativo Sancionador sigue criterios de afectación general, y el derecho disciplinario se basa fundamentalmente en la protección de la moral administrativa.

Según Peña¹⁵⁶: La finalidad de la preeminencia del derecho penal sobre el derecho administrativo sería evitar la producción de resoluciones judiciales y administrativas contradictorias, que puedan redundar en actos arbitrarios para los justiciables.

Por último, acerca de la Prevalencia de pronunciamiento penal en los caso de conflictos entre normas penales y normas sancionadoras administrativas. Lizarraga¹⁵⁷ en su artículo cita a Reátegui Sánchez quien refiere sobre la

¹⁵⁶ PEÑA CABRERA, Alonso Raúl. Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal, (Lima:Rhodas. 2006), 80.

¹⁵⁷ LIZÁRRAGA GUERRA, Víctor. Fundamento del ne bis in ídem en la Potestad Sancionadora de la Administración Pública – Derecho administrativo,

prevalencia del derecho penal frente al procedimiento administrativo sancionador: “(...) En este tema lo que hay que tener cuenta es que la actividad sancionatoria de la Administración debe subordinarse siempre a la de los Tribunales de justicia, luego que aquella no puede actuar mientras no lo hayan hecho éstos, es decir, “pendencia le proceso penal constituye un óbice para la simultanea tramitación de un procedimiento administrativo sancionador por los mismos hechos”

Del mismo modo el autor líneas arriba citado hace referencia al maestro Alejandro Nieto quien dice al respecto: “(...) La prevalencia de la resolución penal es aquí, por tanto bastante dudosa y responde más bien a un doble juego de ficciones tradicionales inerciales: por un lado, la de que la sanción procede siempre de la Administración, sin que tenga efectos jurídicos relevantes la intervención del Tribunal revisor; y, por otro lado, la de que el procedimiento judicial penal es el que mejor asegura los derechos individuales frente a la arbitrariedad del Poder Ejecutivo. Un perjuicio que carece por completo en la actualidad de razón de ser, dado que los tribunales contenciosos-administrativos ofrecen las mismas garantías de independencia institucional y de defensa de los ciudadanos (...).

4.1.3. Posición o argumentos personales:

La inducción al voto se ha regulado en el Perú tanto como infracción administrativa regulada y sancionada por el Jurado Nacional de Elecciones, tiene como bien jurídico la protección de la voluntad popular de manera preventiva y que buscará reprimir las conductas menos gravosas y que pueden ser leves a fin de

http://gestionpublica.org.pe/plantilla/rxv5t4/1029474941/enl4ce/2013/mar/revges_1798.pdf, (2013), (ultimo acceso: 05 de marzo del 2016)

que la elección continúe; en cambio la inducción al voto recogido como delito, buscará reprimir conductas graves, por la magnitud del daño causado al elector, encontrándose la disposición penal dentro del alcance del principio de ultima ratio o mínima intervención del derecho penal, por lo cual no se vulneraría el principio del ne bis in ídem.

4.2. Discusión normativa

4.2.1. Análisis o discusión de la normatividad interna:

El Artículo 356 del Código Penal, prescribe el delito de Inducción a no votar o a hacerlo en sentido determinado, pues dicho texto señala: “El que, mediante dádivas, ventajas o promesas trata de Inducir a un elector a no votar o a votar en un sentido determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

El *sujeto activo* es designado mediante la locución pronominal “El que” por lo que puede ser cualquiera, Se trata de un delito común y de organización. No se requiere por tanto ninguna cualidad particular. El *sujeto pasivo* es la sociedad que, en el ámbito electoral, está representada por toda la comunidad política de ciudadanos. Estos tienen la expectativa que la elección de sus autoridades, locales, regionales, municipales o sus representantes dentro de organizaciones políticas, sean la directa, transparente, igual y e expresión de la voluntad popular; la *acción típica* está constituida por los verbos conjugados “trata de inducir”. Inducir, en el sentido común del lenguaje es instigar o incitar. El tratar de inducir es procurar incitar al elector hacia un resultado. Al respecto caben dos aclaraciones. El sentido común del término instigación no puede confundirse con su sentido jurídico. La instigación que pretende generar el sujeto

activo es con relación a la voluntad de elector de no votar o de hacerlo, en el sentido deseado por el inductor. Ello nada tiene que ver con la instigación, en sentido penal, que hace nacer la voluntad en el instigado, de cometer un delito. En el mismo sentido se ha pronunciado anteriormente esta Corte Suprema señalando que “No rigen las reglas de la instigación como forma de participación delictiva (artículo 24 del Código Penal), el verbo *inducir* debe considerarse como un verbo rector, pues está descrito en la Parte Especial del Código Penal como una forma de autoría, que no se rige por el principio de accesoriidad. Si el elector es inducido -instigado- su conducta es impune, pues el no votar solo merece una multa administrativa y el votar en un determinado sentido u otro, es una conducta neutra. La *finalidad del inductor* es la de buscar que el elector, como destinatario del acto inductor, no vote o vote en el sentido que desea el sujeto activo. Pero estos fines alternativos son en realidad elementos subjetivos distintos al dolo; se trata de un delito de tendencia interna trascendente. Es irrelevante para fines típicos que el elector haya efectivamente sido inducido a no votar o a hacerlo en determinado sentido. El delito en cuestión es de pura actividad. Se agota con la entrega de los medios calificados, señalados expresamente en el tipo penal. Los *medios* que puede utilizar el sujeto activo pueden ser: i) La entrega de dádivas; esto es, donativos o bienes que se dan gratuitamente; ii) El otorgamiento de ventajas; vale decir, cualquier utilidad o beneficio que se reciba de carácter inmaterial (empleos, tratos preferentes, becas) y, c) La promesa o el ofrecimiento de recibir beneficios, bienes o cualquier utilidad.

f) El sujeto sobre el que recae físicamente la acción debe necesariamente ser un elector. El tipo subjetivo es exclusivamente doloso. El agente debe tener

conocimiento que pretende desviar la voluntad de un elector, mediante la entrega de dádivas, ventajas o promesas, con la finalidad de inducirlo a no votar o a hacerlo en determinado sentido.

Ahora bien, a efecto de precisar los alcances típicos del presente delito, es menester desarrollar puntualmente tres aspectos interrelacionados. i) La cuestión del bien jurídico protegido; ii) Los criterios de imputación objetiva; iii) El concepto de elector, como objeto del delito.

Estos tres elementos están imbricados dado que debe considerarse que el bien jurídico protegido debe ser afectado de algún modo, a través de conductas cuya entidad y fin han de traducirse en un aumento del riesgo a dicho bien jurídico relevante, y ello con injerencia sobre las personas a quienes se quiere influenciar con la conducta inductora.

El bien jurídico protegido se expresa en dos niveles. Como criterio axiológico general se tiene que el delito de inducción al (no)voto atenta contra la voluntad popular; como expresión de la soberanía del pueblo en la elección de sus representantes en los diversos estamentos de ‘una sociedad democrático representativa. La voluntad popular se forma con la conjunción de la libre elección de los ciudadanos. Pero al mismo tiempo, un segundo nivel de protección, se relaciona con el derecho que tiene todo ciudadano a sufragar - objeto jurídico específico de protección-, sin presión, coacción o inducción alguna.

Precisados los alcances del bien jurídico, la cuestión que surge a continuación es ¿cuál es el ámbito de afectación que debe exigirse para que se entienda que estamos ante un riesgo intolerable y, por ende prohibido, al bien

jurídico? Para su delimitación se han aportado dos criterios extremos con relación al comienzo de afectación del bien jurídico. Una primera posición que sostiene que en realidad el delito en cuestión solo puede cometerse, el día convocado para la elección misma; esto es, solo podría afectarse al bien jurídico tutelado, durante el proceso de votación, y durante las horas en que es posible sufragar. Una segunda posición, que considera que la condición de ciudadano y, por ende, de elector es permanente, por lo que se puede inducir al voto en cualquier fomento.

Ambas posturas son extremas y, por tanto, no delimitan racionalmente el ámbito de intervención del derecho penal. La primera postura interpretativa reduce a la nada o torna en inoperativo el tipo penal. Supone que el delito se pueda cometer solo mediante la repartición de medios inductores, ad portas del local de votación, el día en que está prohibido todo tipo de propaganda electoral, y cuando estadísticamente se sabe que el elector ya ha decidido su voto. En realidad, los actos evidentes y destinados a viciar la voluntad del elector tienen expresiones típicas más graves, como las previstas en el delito de impedimento, por violencia o amenaza, del derecho al sufragio (art. 355) o los atentados al derecho al sufragio (art. 359). Por el contrario, el delito cuyos alcances estamos analizando es de características más sutiles y más extendido en su ámbito temporal de realización.

Pero tampoco puede ser un delito que sea realizable en cualquier momento de la vida social. Primero, porque tal postura convertiría al derecho penal es un instrumento omnicompreensivo en la defensa de los bienes jurídicos. Sería incluso una expresión expansiva del derecho penal de riesgo, que deja de lado el principio de fragmentariedad y subsidiaridad. No se ocuparía en efecto de las conductas

más graves, y la gravedad tiene que ver ciertamente con la proximidad del acto electoral. Sería el primer instrumento de control social, dejando sin objeto al derecho electoral sancionatorio o al control social informal. Por lo demás, tal visión maximalista en el fondo subestima la capacidad misma de los ciudadanos, y de su madurez cívica, porque deja trasuntar la idea que los ciudadanos son personas manipulables. Por lo que debe ser desestimada.

Delimitado el ámbito temporal en el que puede cometerse el delito, es de determinar el ámbito de aplicación del control penal y si hay traslapes o ámbitos sancionatorios similares de parte del derecho penal y el electoral sancionatorio. En efecto, en el ámbito del derecho público hay conductas similares, como es el caso del artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas en el que se sanciona administrativamente la siguiente conducta: “Las organizaciones políticas, en el marco de un proceso electoral están prohibidas de efectuar la entrega, promesa u ofrecimiento de dinero, regalos, dádivas u otros obsequios de naturaleza económica, de manera directa o a través de terceros, salvo aquéllos que constituyan propaganda electoral, en cuyo caso no deberán exceder del 0.5% de la UIT por cada bien entregado como propaganda electoral”.

4.2.2. Análisis o discusión del derecho comparado

El artículo 57 de la Constitución hondureña establece que la “acción penal por delitos electorales es pública y prescribe a los cuatro años”, de igual manera, en el capítulo IV, del título V, se protege penalmente al sufragio universal al establecer en su numeral 45 que “se declara punible todo acto por el cual se prohíba o limite la participación del ciudadano en la vida política del país”, para finalmente incardinarlo en el artículo 210 de la LEOP, y para su competencia el

artículo 58 señala que “de los delitos y faltas electorales conoce la justicia ordinaria”. Por su parte, la Constitución panameña en sus artículos 137.4 y 138.3 habla de la competencia del Tribunal Electoral para “sancionar las faltas y delitos contra la libertad y pureza del sufragio”, ya que el artículo 138.3 regula las funciones del fiscal electoral, incluyendo “la persecución de los delitos y contravenciones electorales”.

4.3. Discusión jurisprudencial:

4.3.1. Análisis o discusión de la jurisprudencia del TC

El Tribunal Constitucional ha establecido que resultan procedentes las demandas de amparo interpuestas contra las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones cuando éstas vulneren derechos fundamentales. Así, se ha enfatizado que ningún poder público puede, mediante acto u omisión, apartarse del contenido normativo de los derechos fundamentales ni se encuentra exento del control constitucional ejercido por el poder jurisdiccional del Estado, en cuya cúspide –en lo que a la materia constitucional se refiere– se ubica este Tribunal. Desde luego, el referido órgano electoral no se halla al margen de este imperativo constitucional.

4.3.2. Análisis o discusión de la jurisprudencia del Poder Judicial:

La casación N°760-2016, la libertad, se establece la Estructura típica del delito de inducción al voto conforme a lo siguiente: Ha establecido la interpretación del tipo penal de inducción al voto, en particular, respecto del elemento temporal que aparece en el delito en cuestión, de cara a la puesta en peligro del bien jurídico tutelado; esto es, salvaguarda del principio de afectación

al bien jurídico protegido, contenido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal.

En este sentido se encuentra claramente delimitado que el delito de inducción al voto se ocasionará cuando exista una grave afectación al bien jurídico, con la finalidad de diferenciar con la infracción administrativa.

4.4. Validación de hipótesis:

4.4.1 Validación de la Hipótesis General:

Hipótesis General:

El delito de inducción del voto en determinado sentido viene afectando los principios de Última Ratio y Ne Bis In Ídem frente a la infracción administrativa que persigue la misma conducta penalizada, pues las conductas perseguidas penalmente deben ser las más graves, sin embargo, no se precisa bajo que parámetros se podrá establecer la gravedad de dichas conductas para ser perseguidas por el derecho penal.

4.4.1.1 Argumento 1: Doctrinal

El principio del ne bis in ídem material como procesal, tiene como objetivo que un hecho no se juzgue dos veces por el ordenamiento jurídico; sin embargo, en supuesto de la inducción al voto, la infracción administrativa protege al bien jurídico de manera preventiva con diversas sanciones económicas o multas y separaciones de la carrera electoral. En cambio del derecho penal al haberlo establecido como delito protege en última razón y cuando se afectado gravemente la voluntad popular al delito de inducción al voto.

4.4.1.2. Argumento 2: Normativo

El delito de inducción al voto establecido en el art. 356 del Código Penal reprime la conducta de los candidatos durante los comicios y su diferenciación con la infracción administrativa de inducción al voto, desde un punto de vista legal se refiere a que un mismo hecho tiene diferentes consecuencias jurídicas tanto administrativas y penales; mientras que el bien jurídico protegido a nivel administrativo se refiere a la protección de la voluntad popular a nivel preventivo y cuya afectación no tiene trascendencia. En cambio, en el delito de inducción al voto se protege la afectación grave a la voluntad popular y se establece diversos parámetros que hacen viable la intervención del derecho penal.

4.4.1.3. Argumento 3: Jurisprudencial

La casación N°760-2016, La Libertad, establece que si bien es cierto establece la Estructura típica del delito de inducción al voto y en donde trata de justificar la intervención del derecho penal, porque considera que existen conductas que superan a la infracción administrativa por el monto en donaciones, promesas o entregas de dádivas; sin embargo, no establece monto alguno, magnitud del daño que se debe ocasionar por la inducción al voto; es así que no se encuentran claramente establecidos los límites entre la infracción y el delito, ni mucho menos si existe vulneración a los principios del ne bis in ídem y última ratio aplicables al derecho penal peruano.

4.4.2 Validación de las Hipótesis Específicas:

4.4.2.1 Validación de la primera hipótesis específica:

Hipótesis Específica Nro. 01

La infracción administrativa que engloba la inducción al voto en la legislación peruana no especifica cuando se afectan los principios de Ultima Ratio y Ne Bis In Ídem para dejar de lado dicha infracción administrativa y ser pasible de persecución penal mediante el delito de inducción al voto, pues ambas protegen el mismo bien jurídico tanto administrativa como penalmente.

4.4.2.1.1 Argumento Nro. 01: Doctrinal.

En la actualidad, la distinción entre el ilícito administrativo y el ilícito penal revelan una problemática no resuelta en algunos sistemas jurídicos, el hecho de que no haya una determinación dogmática precisa sobre las diferencias entre ambas potestades supone la libertad del legislador para determinar conductas típicas independientemente de parámetros reguladores que pueden configurar injustos, sin embargo, realizar un análisis de la perspectiva de los principios puede dar una aproximación para resolver este problema.

Es en este sentido que la mejor manera de dar una solución al ilícito de la inducción de voto que ostenta naturaleza administrativa como infracción electoral y como delito, tendría finos hilos para establecer sus límites desde el punto de vista legislativo; sin embargo, dichos límites deben trazarse mediante la perspectiva de los principios tales como la ultima ratio y el principio ne bis in ídem.

En este sentido el derecho penal democrático enarbola su intervención como última razón o como ultima ratio, pues deja a salvo las intervenciones tanto formales como informales a las políticas estatales, a la educación, a la religión y otras formas de control social, resultando el derecho penal la última instancia para

superar dichos conflictos sociales, en especial afrontar el problema de la inducción al voto, pues si inducir a la votación mediante promesas, donativos u cualquier forma de provecho para conseguir inducir a la votación, tendría que establecerse su gravedad con la finalidad la intervención razonable del derecho penal para corregir dicha conducta; sin embargo, no existe una clara determinación legal entre la infracción administrativa, ni mucho menos una infracción penal para asumir diferenciadamente dichas conductas.

4.4.2.1.2 Argumento Nro. 02: Normativo.

El artículo 42° de la Ley de Organizaciones Políticas, establece que los candidatos en el marco de un proceso electoral están prohibidos de efectuar entrega o promesa de entrega de dinero, regalos, dádivas, alimentos, medicinas, agua, materiales de construcción u otros objetos de naturaleza económica, de manera directa, o a través de terceros por mandato del candidato y con recursos del candidato o de la organización política. La limitación establecida en el párrafo anterior no es de aplicación en caso de que:

- a. Con ocasión del desarrollo de un evento proselitista gratuito, se haga entrega de bienes para consumo individual e inmediato.
- b. Se trate de artículos publicitarios, como propaganda electoral. En ambos supuestos no deben exceder del 0.3% de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) por cada bien entregado.

Mientras que el artículo 356 del Código Penal, prescribe de la misma manera la inducción al voto como delito de Inducción a no votar o a hacerlo en sentido determinado: El que, mediante dádivas, ventajas o promesas trata de Inducir a un

elector a no votar o a votar en un sentido determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

4.4.2.1.3 Argumento Nro. 03: Jurisprudencial.

La casación N°760-2016, La Libertad, establece que el bien jurídico protegido se expresa en dos niveles. Como criterio axiológico general se tiene que el delito de inducción al (no)voto atenta contra la voluntad popular; como expresión de la soberanía del pueblo en la elección de sus representantes en los diversos estamentos de ‘una sociedad democrático-representativa. La voluntad popular se forma con la conjunción de la libre elección de los ciudadanos. Pero al mismo tiempo, un segundo nivel de protección se relaciona con el derecho que tiene todo ciudadano a sufragar -objeto jurídico específico de protección-, sin presión, coacción o inducción alguna.

Precisados los alcances del bien jurídico, la cuestión que surge a continuación es ¿cuál es el ámbito de afectación que debe exigirse para que se entienda que estamos ante un riesgo intolerable y, por ende prohibido, al bien jurídico? Para su delimitación se han aportado dos criterios extremos con relación al comienzo de afectación del bien jurídico. Una primera posición que sostiene que en realidad el delito en cuestión solo puede cometerse, el día convocado para la elección misma; esto es, solo podría afectarse al bien jurídico tutelado, durante el proceso de votación, y durante las horas en que es posible sufragar. Una segunda posición, que considera que la condición de ciudadano y, por ende, de elector es permanente, por lo que se puede inducir al voto en cualquier fomento.

Ambas posturas son extremas y, por tanto, no delimitan racionalmente el ámbito de intervención del derecho penal. La primera postura interpretativa reduce a la

nada o torna en inoperativo el tipo penal. Supone que el delito se pueda cometer solo mediante la repartición de medios inductores, ad portas del local de votación, el día en que está prohibido todo tipo de propaganda electoral, y cuando estadísticamente se sabe que el elector ya ha decidido su voto. En realidad, los actos evidentes y destinados a viciar la voluntad del elector tienen expresiones típicas más graves, como las previstas en el delito de impedimento, por violencia o amenaza, del derecho al sufragio (art. 355) o los atentados al derecho al sufragio (art. 359). Por el contrario, el delito cuyos alcances estamos analizando es de características más sutiles y más extendido en su ámbito temporal de realización.

Pero tampoco puede ser un delito que sea realizable en cualquier momento de la vida social. Primero, porque tal postura convertiría al derecho penal es un instrumento omnicompreensivo en la defensa de los bienes jurídicos. Sería incluso una expresión expansiva del derecho penal de riesgo, que deja de lado el principio de fragmentariedad y subsidiaridad. No se ocuparía en efecto de las conductas más graves, y la gravedad tiene que ver ciertamente con la proximidad del acto electoral. Sería el primer instrumento de control social, dejando sin objeto al derecho electoral sancionatorio o al control social informal. Por lo demás, tal visión maximalista en el fondo subestima la capacidad misma de los ciudadanos, y de su madurez cívica, porque deja trasuntar la idea que los ciudadanos son personas manipulables. Por lo que debe ser desestimada.

Descartadas ambas opciones interpretativas ha de buscarse un referente más adecuado a los fines y límites del control penal y a las concretas posibilidades que este delito se produzca en la realidad. Estimamos que el criterio objetivo más adecuado, en este ámbito, es el proceso electoral, tal como está regulado en

nuestro país. El proceso electoral peruano puede ser diferenciado en las siguientes etapas: a) Convocatoria a elecciones; b) Inscripción de candidatos; c) Sufragio; d) Escrutinio; y, e) Resultado de las elecciones. En el marco del proceso electoral el ciudadano activa su condición de elector y es capaz de ejercer su Derecho al sufragio.

Si vemos secuencialmente el proceso electoral y lo vinculamos con las características típicas del delito en estudio, podríamos descartar que la convocatoria a elecciones, fija un momento aun muy lejano para que prospere una conducta inductora. En este periodo no se tiene aún idea de quiénes participarán en la misma. En realidad, la etapa en la que ya podría tener sentido la conducta típica, es la de inscripción de candidatos y se extiende hasta el sufragio. El Derecho a la libre determinación del voto comienza a configurarse, de un modo tácticamente posible, desde el momento en que se tiene una relación certera de los posibles candidatos a elegir, esto es, desde el momento en que estos se inscriben, pudiendo verse afectada hasta el momento en que se lleva a cabo el sufragio, el cual es la culminación del proceso de determinación del voto.

Es dentro de este contexto que adquiere sentido el concepto de elector. Esta categoría no pertenece al ámbito penal sino que es de origen y concepción del Derecho Electoral. La Ley Orgánica de Elecciones al referirse al elector lo hace únicamente en términos de la persona que asiste a votar, sin embargo ello no implica que dicha concepción sea transferible sin más al Derecho Penal. Esta noción restrictiva de elector es concebible en la medida que durante el proceso electoral los principales intervinientes son las pertinentes entidades del Estado – Organismo Nacional de Procesos Electorales, Jurado Nacional de Elecciones y

Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – y los candidatos, por lo que la Ley Orgánica de Elecciones regula su participación durante el proceso electoral; empero, el elector únicamente participa durante el escrutinio por lo que la Ley Orgánica de Elecciones lo concibe en dicho ámbito.

El concepto de elector, desde una perspectiva social, está vinculado al concepto de ciudadano. La adquisición de la mayoría de edad conlleva consigo Deberes y Derechos, entre ellos está la adquisición de la ciudadanía, esta última no solo puede ser adquirida con el nacimiento en un ámbito territorial sino también puede ser solicitada y otorgada por el Estado. Por ello, desde una perspectiva constitucional toda persona no es un ciudadano, pero el adquirir la categoría de ciudadano conlleva consigo el Derecho al voto. Así también, el hecho de ser ciudadano no habilita a desempeñar este derecho Indistintamente, sino que este solo puede ser desempeñado en un ámbito territorial específico. En ese sentido el concepto de elector se encuentra vinculado al concepto de ciudadano antes que al concepto de sufragio. Empero el concepto de elector contenido en el tipo penal nos permite ubicar su Interpretación en el marco del proceso electoral, lo cual es una primera delimitación del momento en que es factible vulnerar o poner en peligro el bien jurídico del tipo penal.

Delimitado el ámbito temporal en el que puede cometerse el delito, es de determinar el ámbito de aplicación del control penal y si hay traslapes o ámbitos sancionatorios similares de parte del derecho penal y el electoral sancionatorio. En efecto, en el ámbito del derecho público hay conductas similares, como es el caso del artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas en el que se sanciona administrativamente la siguiente conducta: “Las organizaciones políticas, en el

marco de un proceso electoral están prohibidas de efectuar la entrega, promesa u ofrecimiento de dinero, regalos, dádivas u otros obsequios de naturaleza económica, de manera directa o a través de terceros, salvo aquéllos que constituyan propaganda electoral, en cuyo caso no deberán exceder del 0.5% de la UIT por cada bien entregado como propaganda electoral”.

Si bien ambas normas guardan similitud, el ámbito de protección es distinto. La sanción administrativa se encuentra en la Ley de organizaciones políticas, específicamente como parte del Título VI, respecto del Financiamiento de Partidos Políticos. En ese sentido, dicha norma administrativa se encuentra orientada a regular la interacción de los partidos políticos en el marco de un proceso electoral con el objetivo de “que, indistintamente de la capacidad económica que independientemente ostente cada partido, esta no se tradujera en una competencia no igualitaria en razón de la capacidad de gasto que tiene, lo cual a su vez distorsionaría los objetivos democráticos del proceso electoral. Puntualmente, dicha norma administrativa tiene la finalidad de salvaguardar que la propaganda electoral sea realizada conforme a los principios de igualdad, equidad y competitividad. Situación distinta es el caso del tipo penal de inducción al voto. Si bien se tutela el Derecho al sufragio, esta protección significa que se desea salvaguardar la capacidad del elector de determinar libremente su voto. Mientras que la sanción administrativa está orientada a proteger el proceso electoral -específicamente la igualdad de condiciones en la justa electoral- el tipo penal está orientado a proteger el derecho del elector. Ergo, si bien ambas A vertientes forman, en sentido amplio, parte del derecho al sufragio, son, en sentido estricto, bienes jurídicos particularmente diferentes.

4.4.2.2 Validación de la primera hipótesis específica:

Hipótesis Específica Nro. 02

Se viene infringiendo los principios penales como Última Ratio y Ne Bis In Ídem debido a la falta de un artículo que exprese la gravedad del delito de inducción al voto ser considerado como sanción penal mas no infracción administrativa, pues las mismas no establecen claras diferencias entre las conductas de inducción del voto y ni marcan diferenciación entre los bienes jurídicos que protegen a nivel administrativo como penal.

4.4.2.2.1 Argumento Nro. 01: Doctrinal.

En término generales, el principio *non bis in idem*, consiste en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez, es decir, supone que no se imponga duplicidad de sanciones en los casos en que se desprenda identidad de sujeto, hecho y fundamento sin que haya una supremacía especial, como por ejemplo que se sancione a una persona dos veces por los mismo hechos en la jurisdicción administrativa y la penal.

Un tema vinculado a la relación entre sanciones administrativas y penales tiene que ver con la posibilidad de que frente a una infracción o conducta dañosa, pueda concurrir un procedimiento administrativo seguido ante la autoridad sectorial competente de carácter sancionador y uno penal ante el Poder Judicial.

Sobre el particular, el artículo 138 de la Ley del Procedimiento Administrativo General dispone que «la responsabilidad administrativa establecida dentro del procedimiento correspondiente es independiente de la responsabilidad civil o penal que pudiera derivarse de los mismos hechos». En otras palabras, la

exigencia de «la responsabilidad administrativa a los infractores de las normas ambientales no afecta ni disminuye la posible responsabilidad civil o penal que pueda imputársele».

Si bien este doble plano sancionador podría significar un desconocimiento del principio legal del non bis in idem, es decir, de no ser sancionado 2 o más veces por una misma infracción, en el Perú la mayoría de las normas sectoriales que consignan sanciones administrativas lo hacen sin perjuicio de las sanciones penales.

Esta posibilidad de doble sanción, que tiene una aceptación pacífica en nuestro medio, no es aceptada en otros países, como el caso de España, donde por regla general el «procedimiento administrativo sancionador se suspende en caso de iniciarse paralelamente un proceso penal por los mismos hechos, de modo que de imputársele al procesado responsabilidad penal ya no podrían sancionarlo administrativamente porque se produciría la anotada duplicidad de sanciones».

4.4.2.2.2 Argumento Nro. 02: Normativo.

En el ámbito temporal en el que puede cometerse el delito, es de determinar el ámbito de aplicación del control penal y si hay traslapes o ámbitos sancionatorios similares de parte del derecho penal y el electoral sancionatorio. En efecto, en el ámbito del derecho público hay conductas similares, como es el caso del artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas en el que se sanciona administrativamente la siguiente conducta: “Las organizaciones políticas, en el marco de un proceso electoral están prohibidas de efectuar la entrega, promesa u ofrecimiento de dinero, regalos, dádivas u otros obsequios de naturaleza económica, de manera directa o a través de terceros, salvo aquéllos que

constituyan propaganda electoral, en cuyo caso no deberán exceder del 0.5% de la UIT por cada bien entregado como propaganda electoral”.

4.4.2.2.3 Argumento Nro. 03: Jurisprudencial.

La casación N°760-2016, La Libertad, establece que el delito de inducción al voto es un delito de peligro. Bastaría para su configuración el peligro de que se limite el derecho al sufragio de las personas sobre las que se ejerce la conducta inductora o que solo suponga una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción. Ahora bien, corresponde determinar si se trataría de un delito de peligro concreto o de peligro abstracto.

En los delitos de peligro abstracto, la sola peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro, mientras que en los delitos de peligro concreto la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual, o sea que, si no se produce la afectación, la conducta sea irrelevante desde el punto de vista penal.

En el tipo penal, motivo de análisis, considerando que el bien jurídico tutelado es de carácter general, cualquier nivel de interacción podría, de modo abstracto, afectarlo, lo cual en virtud del principio de lesividad no es admisible. En ese sentido, se requiere que la conducta desempeñada por el autor no solo ponga en peligro el bien jurídico sino que, en el caso individual, la propuesta de ventaja, dádiva o promesa tenga la entidad suficiente de modo que sea idónea para inducir la determinación del voto en un sentido estipulado.

4.4.2.3 Validación de la primera hipótesis específica:

Hipótesis Específica Nro. 03

El artículo 356 del Código Penal que contiene el Delito de inducción al voto, debe ser modificada estableciendo los parámetros de gravedad y su diferenciación con la infracción administrativa que contiene.

4.4.2.3.1 Argumento Nro. 01: Doctrinal

La doctrina se ha sostenido que la diferencia entre el ilícito penal y administrativo, aparte de cuantitativa (o de gravedad), es también cualitativa y tiene que ver con los criterios desde los que se les contempla y las finalidades que persiguen. El Derecho Penal, se afirma, persigue proteger bienes concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad o peligrosidad. El Derecho Administrativo, por el contrario, persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad, esto es, reforzar mediante sanciones un determinado modelo de gestión sectorial, por lo que no tiene por qué seguir criterios de lesividad o peligrosidad, sino más bien de afectación general medida estadísticamente.

4.4.2.3.2 Argumento Nro. 02: Normativo.

La Ley Orgánica de Elecciones al referirse al elector lo hace únicamente en términos de la persona que asiste a votar, sin embargo ello no Implica que dicha concepción sea transferible sin más al Derecho Penal. Esta noción restrictiva de elector es concebible en la medida que durante el proceso electoral los principales intervinientes son las pertinentes entidades del Estado – Organismo Nacional de Procesos Electorales, Jurado Nacional de Elecciones y Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – y los candidatos, por lo que la Ley Orgánica de Elecciones regula su participación durante el proceso electoral; empero, el elector

únicamente participa durante el escrutinio por lo que la Ley Orgánica de Elecciones lo concibe en dicho ámbito.

4.4.2.3.3 Argumento Nro. 03: Jurisprudencial.

La casación N°760-2016, La Libertad, establece que delimitado el ámbito temporal en el que puede cometerse el delito, es de determinar el ámbito de aplicación del control penal y si hay traslapes o ámbitos sancionatorios similares de parte del derecho penal y el electoral sancionatorio. En efecto, en el ámbito del derecho público hay conductas similares, como es el caso del artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas en el que se sanciona administrativamente la siguiente conducta: “Las organizaciones políticas, en el marco de un proceso electoral están prohibidas de efectuar la entrega, promesa u ofrecimiento de dinero, regalos, dádivas u otros obsequios de naturaleza económica, de manera directa o a través de terceros, salvo aquéllos que constituyan propaganda electoral, en cuyo caso no deberán exceder del 0.5% de la UIT por cada bien entregado como propaganda electoral”.

Si bien ambas normas guardan similitud, el ámbito de protección es distinto. La sanción administrativa se encuentra en la Ley de organizaciones políticas, específicamente como parte del Título VI, respecto del Financiamiento de Partidos Políticos. En ese sentido, dicha norma administrativa se encuentra orientada a regular la interacción de los partidos políticos en el marco de un proceso electoral con el objetivo de “que, indistintamente de la capacidad económica que independientemente ostente cada partido, esta no se tradujera en una competencia no igualitaria en razón de la capacidad de gasto que tiene, lo cual a su vez distorsionaría los objetivos democráticos del proceso electoral.

Puntualmente, dicha norma administrativa tiene la finalidad de salvaguardar que la propaganda electoral sea realizada conforme a los principios de igualdad, equidad y competitividad. Situación distinta es el caso del tipo penal de inducción al voto. Si bien se tutela el Derecho al sufragio, esta protección significa que se desea salvaguardar la capacidad del elector de determinar libremente su voto. Mientras que la sanción administrativa está orientada a proteger el proceso electoral -específicamente la igualdad de condiciones en la justa electoral- el tipo penal está orientado a proteger el derecho del elector. Ergo, si bien ambas A vertientes forman, en sentido amplio, parte del derecho al sufragio, son, en sentido estricto, bienes jurídicos particularmente diferente.

El delito de inducción al voto es un delito de peligro. Bastaría para su configuración el peligro de que se limite el derecho al sufragio de las personas sobre las que se ejerce la conducta inductora o que solo suponga una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción. Ahora bien, corresponde determinar si se trataría de un delito de peligro concreto o de peligro abstracto.

En los delitos de peligro abstracto, la sola peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro, mientras que en los delitos de peligro concreto la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual, o sea que, si no se produce la afectación, la conducta sea irrelevante desde el punto de vista penal.

En el tipo penal, motivo de análisis, considerando que el bien jurídico tutelado es de carácter general, cualquier nivel de interacción podría, de modo abstracto, afectarlo, lo cual en virtud del principio de lesividad no es admisible.

En ese sentido, se requiere que la conducta desempeñada por el autor no solo ponga en peligro el bien jurídico, sino que en el caso individual, la propuesta de ventaja, dádiva o promesa tenga la entidad suficiente de modo que sea idónea para inducir la determinación del voto en un sentido estipulado.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La inducción al voto en el Perú se puede encontrar como infracción administrativa establecida en el artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas y como delito en el artículo 356 del Código Penal; sin embargo, esta doble tipificación administrativa como penal establece, que en este último caso afecta a los principios de Última Ratio y Ne Bis In İdem frente a la infracción administrativa que persigue la misma conducta penalizada, ya que no se establece parámetros se podrá establecer la gravedad de dichas conductas administrativas o penales para ser perseguidas por el Estado Peruano.

SEGUNDA: El delito de inducción en comparación a la infracción del del voto afecta los principios de última ratio y ne bis in ĩdem frente a la infracción administrativa si bien es cierto protegen los mismos bienes jurídicos; pero debe establecerse que las conductas perseguidas penalmente deben ser las más graves, pues el derecho administrativo tendría en primer orden su intervención frente a la inducción al voto reservando la intervención definitiva y total al derecho penal mediante el delito de inducción al voto, para cuyo efecto debe establecerse su gravedad.

TERCERA: Se determina que la redacción del artículo 356 del Código Penal que contiene el Delito de inducción al voto, debe ser modificada estableciendo los parámetros de gravedad y su diferenciación con la infracción administrativa que contiene, todo ello bajo el principio de legalidad y tipicidad, así como bajo los alcances del principio de ultima ratio penal.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Recomendar al legislador a que modifique las disposiciones legales sobre la inducción al voto en el Perú contenido como infracción administrativa establecida en el artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas y como delito en el artículo 356 del Código Penal, estableciendo diferenciaciones expresas para establecer la gravedad en especial en materia penal.

SEGUNDA: A los Jueces penales que al momento de tipificar la conducta contenida en el delito de inducción del voto, deberá tener en cuenta los principios de última ratio y ne bis in idem frente a la infracción administrativa, pues las conductas perseguidas penalmente deben ser las más graves conforme a la tendencia jurisprudencial, sin embargo, dicha jurisprudencia no se precisa bajo que parámetros se podrá establecer la gravedad de dichas conductas, estableciendo que la protección administrativa del bien jurídico voluntad popular será preventivamente, mientras que a nivel penal será de última razón.

TERCERA: Recomendar al legislador la modificatoria del artículo 356 del Código Penal que contiene el Delito de inducción al voto, conforme la siguiente fórmula modificatoria (adicionando un segundo párrafo):

“El que, mediante dádivas, ventajas o promesas trata de Inducir a un elector a no votar o a votar en un sentido determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años”.

“Las dádivas, ventajas o promesas deben tener carácter económico y deben superar el monto de 0.5% de la UIT para ser punible”.

VII. Referencias Bibliográficas:

- ARAZAMENDI, Lino. La investigación Jurídica. Diseño del Proyecto de Investigación y Estructura y Redacción de la Tesis. 2da. Ed.: Lima - Perú. Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.; 2011.
- BASADRE, Jorge. Elecciones y centralismo en el Perú. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Lima, 1980.
- BERTOLI, Alberto. “Delitos electorales”. En: Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo IV, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.
- CRISSIUMA DE FIGUEIREDO, César. “Denuncia en crime eleitoral. Elemento que deve conter”. En: Justitia. Vol. XIV, N° 23-24, São Paulo, 1953.
- DAVARA, Miguel Ángel. Derecho informático. Aranzadi, Pamplona, 1993.
- DE CARRERAS Francesc y VALLÉS, Josep M. Las elecciones: Introducción a los sistemas electorales. Blume, Barcelona, 1977.
- FAYT, Carlos S. Sufragio y representación política. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963.
- FERNÁNDEZ DOBLADO, Luis. “La tutela penal del sufragio”. En: Criminalia. Año 39, N° 7-8, Caracas, 1973.
- FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonel, Trotta, Madrid, España, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta, Madrid, España, 1995, 851-852
- GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Manuel. Estudios de Derecho electoral contemporáneo. 2ª edición, Sevilla, 1977.
- GONZÁLEZ ARZAC, Alberto Ricardo. “Protección de la soberanía popular en el Código Penal argentino”. En: Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Tomo XIX, La Plata, 1960.
- HASHIMOTO MONCAYO, Ernesto E. (2010). Como elaborar Proyectos de Investigación desde los tres paradigmas de la Ciencia. Editorial de la

Oficina General de Investigación de la Universidad Nacional de Cajamarca, Cajamarca – Perú.

- HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, Pilar Metodología de la Investigación. Mc Graw Hill, México 1997.
- HUGO VIZCARDO, Silfredo Jorge. Procedimiento registral electoral y delitos contra la inscripción electoral. Colección de Manuales Hermes, Lima, 1990.
- HURTADO DE BARRERA, Jacqueline, Las tendencias holísticas propician un mundo más humano y libre de dependencias ideológicas, 12a. ed., Caracas, Medio Internacional, 2001.
- HURTADO DE BARRERA, Jacqueline, Metodología de la investigación holística, Caracas, Sypal, 2000.
- JIMENEZ, Luis (2005), Principios de Derecho Penal, Editorial Marcial Pons, Argentina
- MACKENZIE, William. Elecciones libres. Tecnos, Madrid, 1962.
- NOHLEN, Dieter. Sistemas electorales del mundo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel. *El derecho de Voto: Un derecho político fundamental*, 2011. Disponible en: <http://presnolinera.wordpress.com/elderechodevotounderechopoliticofundamental.pdf>
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. “El delito político y la política”. En: Revista de Derecho Penal. Año VII, primer trimestre, Buenos Aires, 1951.
- RAE, Douglas W. Leyes electorales y sistema de partidos políticos. Ediciones CITEP, Madrid, 1977.
- RODRÍGUEZ ACOSTA, José. “La represión del fraude electoral”. En: Repertorio Judicial. Año XV, La Habana, 1939.
- RUBIO CORREA, Marcial y BERNALES BALLESTEROS. Enrique. Perú: Constitución y sociedad política. Desco, Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, Lima, 1981.

- TUESTA SOLDEVILLA, Fernando. “El voto electrónico”. En: Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2007.
- YRIBARREN, Jorge. “¿Por qué es importante el voto electrónico en el Perú?”. En: Memoria: Seminario Internacional sobre el voto electrónico. GCIATE-Área de Investigación Electoral (ONPE), Lima, 2008.

VIII. Anexos

1-A MATRIZ DE CONSISTENCIA:

TÍTULO: LA INDUCCIÓN AL VOTO Y SU AFECTACIÓN A LOS PRINCIPIOS ULTIMA RATIO Y NE BIS IN IDEM EN EL PERÚ					
PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES E INDICADORES	MARCO TEORICO	METODOLOGÍA
<p>General</p> <p>¿Cómo el delito de inducción al voto previsto en el artículo 356° del Código Penal, afecta los principios de última ratio y Ne Bis In Ídem frente a la infracción administrativa que sanciona la misma conducta penalizada?</p>	<p>General</p> <p>Describir cómo el delito de inducción al voto previsto en el artículo 356° del Código Penal, afecta los principios de Última Ratio y Ne Bis In Idem en el frente a la infracción administrativa que persigue la misma conducta penalizada</p>	<p>General</p> <p>El delito de inducción del voto en determinado sentido viene afectando los principios de Última Ratio y Ne Bis In Ídem frente a la infracción administrativa que persigue la misma conducta penalizada, pues las conductas perseguidas penalmente deben ser las más graves, sin embargo, no se precisa bajo que parámetros se podrá establecer la gravedad de dichas conductas para ser perseguidas por el derecho penal.</p>	<p>Variables Generales</p> <p><u>Variable Independiente (i)</u></p> <p style="padding-left: 20px;">Delito de inducción al voto</p> <p>Indicadores</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acción • Tipicidad • Antijuricidad. • Culpabilidad • Penalidad <p><u>Variable Independiente (ii)</u></p> <p style="padding-left: 20px;">Infracción de inducción al voto</p> <p>Indicadores</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acción • Tipicidad • Sanción <p><u>Variable Dependiente</u></p> <p style="padding-left: 20px;">Principio de ultima ratio</p> <p>Indicadores</p> <ul style="list-style-type: none"> • Control informal • Control formal 	<p style="text-align: center;"><u>SUMARIO</u></p> <p>Principio de ultima raio. Principio ne bis ídem. Delito de Inducción al Voto. Infracción de inducción al Voto.</p>	<p>TIPO: Enfoque cualitativo: toda vez que se realizara una investigación dogmática</p> <p>NIVEL: DESCRIPTIVO</p> <p>DISEÑO: NO EXPERIMENTAL LONGITUDINAL</p> <p>METODOS: Los métodos generales de Investigación a emplearse serán:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Método Descriptivo • El método Inductivo <p>Los métodos específicos a emplea en la investigación serán:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Método Dogmático: • Método Hermenéutico • Método Exegético • Método de la Argumentación Jurídica <p>TECNICAS E INSTRUMENTOS:</p>

Específico 1	Específico 1	Específico 1	Variables Especificas		
<p>¿Cuáles son los problemas que viene generando la regulación actual del tipo penal de inducción al voto en relación a los principios de Última Ratio y Ne Bis in ídem?</p>	<p>Analizar cuáles son los problemas que viene generando la regulación actual del tipo penal de inducción al voto en relación a los principios de Última Ratio y Ne Bis in ídem</p>	<p>La infracción administrativa que engloba la inducción al voto en la legislación peruana no especifica cuando se afectan los principios de Ultima Ratio y Ne Bis In Ídem para dejar de lado dicha infracción administrativa y ser pasible de persecución penal mediante el delito de inducción al voto, pues ambas protegen el mismo bien jurídico tanto administrativa como penalmente.</p>	<p>Específica 1</p> <p><u>Variable Independiente (i)</u></p> <p>Delito de inducción al voto</p> <p>Indicadores</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acción • Tipicidad • Antijuricidad. • Culpabilidad • Penalidad <p><u>Variable Independiente (ii)</u></p> <p>Infracción de inducción al voto</p> <p>Indicadores</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acción • Tipicidad • Sanción <p><u>Variable Dependiente (i)</u></p> <p>Principio ne bis in ídem</p> <p>Indicadores</p> <ul style="list-style-type: none"> • Material • Procesal 		<ul style="list-style-type: none"> • Fichajes • Ficha de análisis documental.
Específico 2	Específico 2	Específico 2	Específica 2		

<p>¿Cómo se viene infringiendo los principios penales como Última Ratio y Ne Bis in ídem debido a la falta de un artículo que exprese la gravedad del delito de inducción al voto ser considerado como sanción penal mas no infracción administrativa?</p>	<p>Analizar cómo se viene infringiendo los principios penales como Última Ratio y Ne Bis in ídem debido a la falta de un artículo que exprese la gravedad del delito de inducción al voto ser considerado como sanción penal mas no infracción administrativa</p>	<p>Se viene infringiendo los principios penales como Última Ratio y Ne Bis In Ídem debido a la falta de un artículo que exprese la gravedad del delito de inducción al voto ser considerado como sanción penal mas no infracción administrativa, pues las mismas no establecen claras diferencias entre las conductas de inducción del voto y ni marcan diferenciación entre los bienes jurídicos que protegen a nivel administrativo como penal.</p>	<p><u>Variable Independiente</u></p> <p>Delito de inducción al voto</p> <p>Indicadores</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acción • Tipicidad • Antijuricidad. • Culpabilidad • Penalidad <p><u>Variable Dependiente</u></p> <p>Infracción de inducción al voto</p> <p>Indicadores</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acción • Tipicidad • Sanción 		
<p>Específico 3</p>	<p>Específico 3</p>	<p>Específico 3</p>	<p>Específica 3</p>		
<p>¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para proponer la modificación el artículo 356° del Código Penal, para que sea compatible con los principios de última ratio y Ne bis in ídem, por guardar vacíos en cuanto a la gravedad de la inducción al voto para ser considerada como una sanción penal?</p>	<p>Determinar cuáles son los fundamentos jurídicos para proponer la modificación el artículo 356° del Código Penal, para que sea compatible con los principios de última ratio y Ne bis in ídem, por guardar vacíos en cuanto a la gravedad de la inducción al voto para ser considerada como una sanción penal.</p>	<p>El artículo 356 del Código Penal que contiene el Delito de inducción al voto, debe ser modificada estableciendo los parámetros de gravedad y su diferenciación con la infracción administrativa que contiene</p>	<p><u>Variable Independiente</u></p> <p>Delito de inducción al voto</p> <p>Indicadores</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acción • Tipicidad • Antijuricidad. • Culpabilidad • Penalidad <p><u>Variable Dependiente</u></p> <p>Infracción de inducción al voto</p> <p>Indicadores</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acción • Tipicidad • Sanción 		