



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

Estado actual de la política penal peruana relacionada a la protección de la voluntad popular

TESIS

Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia
Política

AUTOR

Glenda Lindsay MARAVI ZAVALETA

ASESOR

Dr. Silfredo Jorge HUGO VIZCARDO

Lima, Perú

2022



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Maravi, G. (2022). *Estado actual de la política penal peruana relacionada a la protección de la voluntad popular*. [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Glenda Lindsay MARAVI ZAVALET A
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	45584927
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-5659-6486
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Dr. Silfredo Jorge HUGO VIZCARDO
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	08377880
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-6996-2721
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06756703
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Dr. Raúl Roosevelt CHANAMÉ ORBE
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06125866
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Dr. Francisco Rogger CARRUITERO LECCA
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	32774305
Miembro del jurado 3	

Nombres y apellidos	Dr. Napoleón CABREJO ORMACHEA
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	05416464
Datos de investigación	
Línea de investigación	No aplica.
Grupo de investigación	No aplica.
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento.
Ubicación geográfica de la investigación	Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Jesús María Calle: Av. Horacio Urteaga Nro. 960, Int.: "F" Latitud: -12.0708072 Longitud: -77.0482115,17
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2018 - 2020
URL de disciplinas OCDE	Derecho http://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

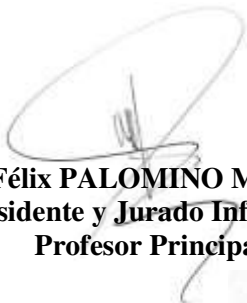
En la ciudad de Lima, a los siete días del mes de noviembre del año dos mil veintidós, siendo las dieciséis horas, bajo la Presidencia del Dr. José Félix Palomino Manchego, con la asistencia de los Profesores: Dr. Silfredo Jorge Hugo Vizcardo, Dr. Raúl Roosevelt Chanamé Orbe, Dr. Francisco Rogger Carruitero Lecca, Dr. Napoleón Cabrejo Ormachea y la postulante al Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, **Mg. Glenda Lindsay MARAVI ZAVALETA**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada: **“ESTADO ACTUAL DE LA POLÍTICA PENAL PERUANA RELACIONADA A LA PROTECCIÓN DE LA VOLUNTAD POPULAR”**.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

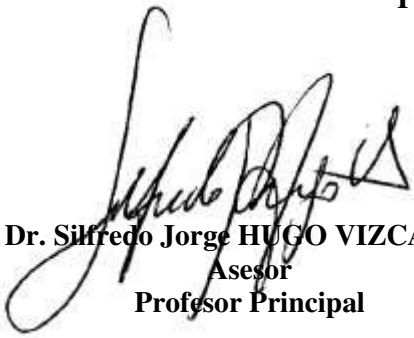
Aprobada con calificación de Bueno con la nota de Dieciséis (16)

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Doctora en Derecho y Ciencia Política a la **Mg. Glenda Lindsay MARAVI ZAVALETA**.

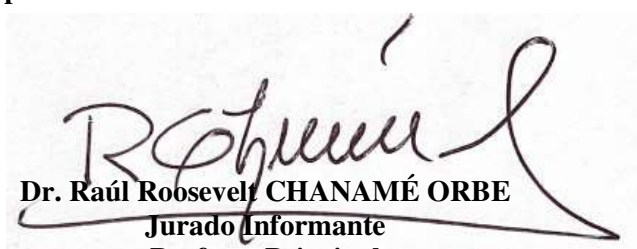
Se extiende la presente Acta en dos originales y siendo las diecisiete con cuarenta y cinco minutos horas, se dio por concluido el acto académico de sustentación virtual.



Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO
Presidente y Jurado Informante
Profesor Principal



Dr. Silfredo Jorge HUGO VIZCARDO
Asesor
Profesor Principal



Dr. Raúl Roosevelt CHANAMÉ ORBE
Jurado Informante
Profesor Principal



Dr. Francisco Rogger CARRUITERO LECCA
Miembro
Profesor Asociado



Dr. Napoleón CABREJO ORMACHEA
Miembro
Profesor Auxiliar

INFORME DE EVALUACIÓN DE ORIGINALIDAD N° 091-2022-UPGD

1. **FACULTAD:** FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA.
2. UNIDAD DE POSGRADO.
3. **DIRECTOR DE LA UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA:**
4. DR. FRANCISCO MIRÓ QUESADA RADA.
5. **OPERADOR:** JOYCE AURORA CÓRDOVA ABANTO
6. **TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**
7. **AUTOR:** GLENDA LINDSAY MARAVI ZAVALETA.
8. **TESIS:** “ESTADO ACTUAL DE LA POLÍTICA PENAL PERUANA RELACIONADA A LA PROTECCIÓN DE LA VOLUNTAD POPULAR”.
9. **FECHA DE RECEPCIÓN DE DOCUMENTO (CORREO ELECTRÓNICO):** 11/11/2022
10. **FECHA DE APLICACIÓN DEL PROGRAMA INFORMÁTICO DE SIMILITUDES:**
12/11/2022
11. **SOFTWARE UTILIZADO:**
 - a. TURNITIN
12. **CONFIGURACIÓN DE PROGRAMA DETECTOR DE SIMILITUDES:**
 - a. Excluye textos entrecomillados, citas y referencias
 - b. Excluye bibliografía
 - c. Excluye cadenas menores a 40 palabras
 - d. Excluye nombres de instituciones y documentos comunes como (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Constitución Política del Perú, Ley General de Sociedades, etc.)
13. **PORCENTAJE DE SIMILITUD SEGÚN PROGRAMA DETECTOR DE SIMILITUDES:** a.
07% (Siete por ciento)

Se adjunta link para descargar informe completo, **en el informe se señala en colores las coincidencias encontradas**, las cuales no superan el 10% permitido.

Link de descarga de informe completo:

https://drive.google.com/file/d/1YnGv_xuMyjtZ0dJEx2rwxFCzWgx5lrwd/view?usp=share_link

CALIFICACIÓN DE LA ORIGINALIDAD

- a. Documento cumple criterios de originalidad

Lima, 12 de noviembre del 2022



Dr. Francisco José Miró Quesada Rada
DIRECTOR

Palabras clave: Protección de la voluntad popular

Key words: Protection of the popular will

Resumen: En el contexto de la imputación penal, es necesario que el Estado, sea en la criminalización primaria o en la criminalización secundaria, cumpla estrictamente con atender a los principios que orientan la ciencia penal, a efectos de por un lado, proteger adecuadamente los derechos de las personas desde el punto de vista del agraviado, afectado en su bien jurídico y por el otro, del imputado como agente del delito. Son justamente estas premisas las que orientan nuestro trabajo, que pretende realizar un estudio de nuestra realidad social en materia de la vigencia del derecho de sufragio, así como la respuesta político penal del Estado, dirigida a una protección aceptable de este fundamental derecho constitucional.

En consecuencia, nos preocupa estudiar la realidad del sistema penal peruano en cuanto a la protección del derecho de sufragio. Así, como ya ha quedado expresado en la introducción de esta investigación, el Sistema Electoral en un Estado democrático, tiene como misión fundamental garantizar como elemento nuclear del mismo, la libre expresión de la soberanía popular, y esta libertad genérica se rodea hoy día, de otro conjunto de libertades encaminadas a salvaguardar la opción entre diversos términos de una alternativa verdaderamente plural.

La realidad contemporánea y la práctica electoral en nuestro país, nos demuestra, lamentablemente, que no bastan las garantías de carácter preventivo para evitar la ejecución de actos encaminados a falsear el resultado de las luchas electorales; de aquí la necesidad de que las leyes electorales que se postulen en nuestro sistema, dediquen uno de sus capítulos a la tipificación de aquellas conductas que han de ser enjuiciadas como delitos electorales, con la concreción de las penas que les correspondan.

Abstract: In the context of criminal imputation, it is necessary that the State, whether in primary criminalization or in secondary criminalization, strictly comply with the principles that guide criminal science, in order to, on the one hand, adequately protect the rights of people from the point of view of the aggrieved, affected in their legal right and in the other, of the accused as an agent of the crime. It is precisely these premises that guide our work, which aims to conduct a study of our social reality in terms of the validity of the right to vote, as well as the criminal political response of the State, aimed at an acceptable protection of this fundamental constitutional right.

Consequently, we are concerned about studying the reality of the Peruvian penal system regarding the protection of the right to vote. Thus, as has already been expressed in the introduction of this investigation, the Electoral System in a democratic State, has as its fundamental mission to guarantee as a nuclear element of it, the free expression of popular sovereignty, and this generic freedom is surrounded today, of another set of liberties aimed at safeguarding the choice between different terms of a truly plural alternative.

The contemporary reality and the electoral practice in our country, shows, unfortunately, that guarantees of a preventive nature are not enough to avoid the execution of acts aimed at distorting the outcome of electoral struggles; hence the need for the electoral laws that are postulated in our system, dedicate one of its chapters to the classification of those conducts that are to be prosecuted as electoral crimes, with the concretion of the penalties that correspond to them.

INTRODUCCIÓN

A decir de García Pablos de Molina, “El Derecho penal puede definirse, desde un enfoque dinámico y sociológico, como uno de los instrumentos del control social formal a través del cual el Estado, mediante un determinado sistema normativo (las leyes penales) castiga con sanciones negativas de particular gravedad (penas y otras consecuencias afines) las conductas desviadas más nocivas para la convivencia (delitos y faltas), procurando de este modo la necesaria disciplina social y la correcta socialización de los miembros del grupo” (2009, p. 98). “Conforme lo aprecia Roxín, el Derecho Penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad, las que se constituyen el punto de referencia común a todos los preceptos jurídico-penales, lo que significa que el Derecho Penal en el sentido formal es definido por sus sanciones. Si un precepto pertenece al Derecho Penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones <pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos>, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad (por ello es que se propugna acuñar el nombre de: Derecho Penal y de medidas)” (1997, T. I; p. 141).

Suele distinguirse “el Derecho penal en subjetivo y objetivo. En su perspectiva subjetiva, tradicionalmente se entiende como el *derecho* de castigar (*ius puniendi*); aunque modernamente ya no se concibe como *derecho*, sino como *potestad punitiva*. El *ius puniendi* faculta al Estado a conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) con penas; y, en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas (es el poder jurídico que permite al Estado a crear y a aplicar el Derecho Penal objetivo <criminalidad primaria y criminalidad secundaria>). En esta noción está contenido el fundamento filosófico del Derecho penal. Por otro lado, en sentido objetivo, el Derecho penal es el conjunto de normas jurídicas, establecidas por el Estado, que determinan los delitos y las penas. Esta noción contiene el fundamento del Derecho Penal positivo” (Cfrme. Hugo Vizcardo 2016, p. 121).

Para Mir Puig, se entiende que “como Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas que asocian al delito, como presupuesto, a penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica, resulta interesante la posición del maestro español, quien indica que sin embargo el Derecho Penal no se agota en la fijación de penas y medidas de seguridad para los delitos, sino que ante todo supone normas que prohíben la comisión de delitos. Por otra parte señala, el Derecho está integrado no sólo por normas en sentido estricto, sino también por valoraciones y principios, lo que aconseja preferir el término genérico *prescripciones*, por lo que prefiere definir al Derecho penal como: conjunto de prescripciones jurídicas que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica” (1996. p. 131).

“Pero el Derecho Penal no se encasilla en este dualismo conceptual, ni en nociones puramente normativas, su influencia abarca otros aspectos fundamentales, que se relacionan con los mecanismos sociales de control y la conjunción de normas y reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas a que haya lugar ante la infracción de las mismas. En tal sentido el Derecho penal tiene incidencia tanto en el ordenamiento social como en el ordenamiento jurídico. Nace así el concepto de *control social informal*, que se constituye en un mecanismo natural de regulación social, que incide sobre la vida de relación sin crear conflicto, y resulta eficaz en relación directamente proporcional a la adaptación social de los individuos en sociedad, y a la aceptación (internalización) de estos mecanismos por parte de ellos (que aceptan lo que la sociedad les impone a lo largo de su vida), que pueden ser por ejemplo relacionadas a normas familiares, educativas, terapéuticas, políticas, artísticas, etc.” (Cfrme. Hugo Vizcardo 2016, p. 121).

Pero fracasado éste, el Estado tiene que echar mano a otro tipo de control, el que se denomina “control social formal”, que “a diferencia del caso anterior, se constituye en un mecanismo artificial de regulación social, por cuanto su aplicación se materializa sólo cuando los mecanismos informales fracasan y es necesaria la composición social mediante la coerción punitiva. Ello se logra mediante la intervención del sistema penal, entendido como el control social punitivo institucionalizado (que involucra la determinación o selección del comportamiento desviado, la consecuencia jurídica y la operatividad para la aplicación de la coerción). Precisamente por ello, nos dice Zugaldía Espinar, desde un punto de vista sociológico, puede afirmarse que el Derecho penal constituye un instrumento de control social a través del cual el Estado intenta encauzar los comportamientos individuales en la vida en sociedad procurando que los componentes del grupo social interioricen sus normas y asuman los modelos de conducta que las mismas encierran (socialización), mediante el procedimiento de conminar con sanciones (penas) ciertos hechos (delitos) intolerables para la convivencia” (1993. p. 129).

“Para este efecto el Estado pone en funcionamiento agencias y operadores de control penal, como son la policía, jueces, fiscales, procuradores, etc., y viabiliza su operatividad mediante medios normativos, como el Código Penal, Código de Procedimientos Penales, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal, Leyes Orgánicas, etc., adicionando a ello los medios logísticos, económicos, administrativos, etc. necesarios para la función. Entendido así, el sistema penal evidencia su necesidad y razón de ser, aunque su deslegitimación es muy acentuada, y en tal sentido el profesor Zaffaroni, expresa que los sistemas penales latinoamericanos presentan características negativas, como la utilización de la violencia abierta (detenciones arbitrarias, ejecuciones sin proceso, apremios ilegales, etc.) sectorización (funcionamiento asimétrico, descoordinado de las parcelas del control social penal), burocratización (separación de funciones con contradicción de discursos y actitudes, lo que da por resultado una compartimentalización del sistema penal) y corrupción (actuaciones de los operadores con fines de lucro), El sistema penal nacional no está exento de estas observaciones”. (1985, p. 21).

“Aparece así una aparente posición onnipotente del Estado, que en aras de una pretendida *teoría de la seguridad nacional*, lo podría llevar al extremo totalitario de implementar el derecho penal como instrumento de opresión y respuesta ante situaciones políticas apremiantes, lo que nos introduciría en los aspectos más oscuros y negativos del derecho punitivo. Por ello se hace necesaria la determinación de los límites de la potestad punitiva del Estado, mediante el respeto de los principios constitucionales que orientas al Derecho penal. Esta posible situación anómala, ha llevado a la doctrina a plantearse la posibilidad de desaparecer el derecho penal (tesis abolicionista). Posición doctrinaria, que se ve matizada con la aparición de tendencias que postulan la vigencia de un derecho penal mínimo (minimización del Derecho Penal). Este *Derecho Penal mínimo*, como así lo refrendó Ferrajoli, es una nueva técnica de tutela de derechos fundamentales, que se basa en un planteamiento utilitarista, orientado a la minimización de la violencia en la sociedad, respetando primordialmente las garantías individuales”. (Hugo Vizcardo, 2016, p. 47)

Es así que en este proceso de criminalización, primerísimo papel le corresponde dentro del Sub Sistema Judicial, al Ministerio Público, que de conformidad con el mandato constitucional, se constituye en “un órgano público autónomo del Estado y sus miembros actúan con independencia en el desempeño de sus atribuciones. Sobre él recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares que ejerciten. De acuerdo al artículo 159 de la Constitución, le corresponde, promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el Derecho. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia, representar a la sociedad en los procesos judiciales, conducir desde su inicio la investigación del delito, así como ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte” (Hugo Vizcardo, 2011, p. 92). Al efecto, al ejercer el fiscal su atribución constitucional ejerciendo la acción penal, se debe tener en cuenta que el *factum* objeto de imputación en la formalización de la denuncia, debe ser un hecho preciso (un hecho es *preciso* cuando

no está formulado en forma genérica, sino de manera concreta y puntual). De esta manera se abonará al hecho de no trasgredir los derechos fundamentales que integran el debido proceso y la tutela jurisdiccional garantizados por la norma constitucional.

La necesidad de tutela surge del enunciado contenido en el artículo 2º inciso d) de la Norma Suprema, al disponer “Nadie será procesado, ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)”. Por ello, es derecho de todo procesado el conocer de manera expresa, cierta, e inequívoca los cargos que se formulan en su contra; lo que luego será determinante para la labor jurisdiccional a efectos del desarrollo del proceso y permitirá al imputado el ejercicio pleno e igualitario de su derecho de defensa. Pero, al efecto de ello, “no basta con fijar el hecho describiendo el suceso típico de manera general. Es necesario establecer su concreta configuración y el aporte individual que realiza cada persona en particular (sobre todo, en los casos de intervención plural de sujetos). Por otro lado, al describirse el hecho, es importante se determine la relación de causalidad entre la conducta y el resultado, la misma que se realiza desde una perspectiva natural. Ello servirá como base para establecer la relación de causalidad normativa en el momento de la subsunción (imputación objetiva)”. (Alcócer, 2008, p. 126)

“Ahora bien, el hecho tiene que estar claramente individualizado al momento de la denuncia, el inicio de la instrucción o de la formalización de la investigación preparatoria. Es en ese estadio en que se refleja aquella imputación construida a lo largo de la investigación preliminar. La determinación del hecho es dinámica, por lo que en el momento de la acusación o de la sentencia, la descripción factual del comportamiento estará más acabada, pues ella servirá de base no solo de la atribución de responsabilidad expuesta por la Fiscalía, sino también de la condena. La necesidad de la determinación de la imputabilidad previa al injusto no es un tema nuevo, en todo caso, dicha valoración inicial, de ser positiva, legitimará la actividad de investigación del Fiscal, ante un supuesto hecho delictivo”. (Alcócer, 2008, p. 126-127) De esta manera, la imputación necesaria se

constituye en un derecho fundamental. “Si el órgano persecutor no formula adecuadamente la imputación (imputación necesaria), entonces el proceso penal devendrá en ilegítimo; y como tal, podría declararse la nulidad de determinados actos procesales”. (Castillo Alva, 2007, p. 131) En este sentido, el principio de imputación necesaria al igual que otros principios básicos, parafraseando a Sánchez-Vera y Gómez-Trelles, también constituye “una prohibición de desautorizar el proceso” (2012, p. 31). “De esta manera, la imputación es necesaria cuando se comunica al imputado que el hecho descrito de modo suficiente por la autoridad se adecua a lo estipulado en el tipo penal objeto de incriminación y le es atribuible en calidad de autor o partícipe, fundado en elementos de convicción que así lo respalde. Al respecto, en la STC N° 03987-2010-PHC/TC se ha señalado que, en resumen el derecho a ser informado de la imputación tiene tres elementos configuradores: i) La existencia de un hecho concreto y específico o la apariencia verosímil del mismo (STC N.º 8125-2005-PHC/TC); ii) “La calificación jurídica (STC N.º 06079-2008-PHC/TC); iii) “La existencia de evidencia o de medios de convicción (STC N° 5325-2006-PHC/TC; 9544-2006-PHC/TC)”.

“Existe un acuerdo pacífico y unánime en la doctrina procesal y jurisprudencial suprema –según los lineamientos del Acuerdo Plenario 2-2012/CJ-116–, que el *factum* exigido en la formalización (Art. 336 numeral 2.b CPP) debe ser *preciso*. En estos niveles académicos de discusión, se tiene claro que la *precisión* del hecho en la formalización es una exigencia obligatoria de una *imputación suficiente*. En este sentido, los lineamientos doctrinales de nuestra jurisprudencia vinculante, demuestran claramente un total rechazo a la idea equívoca de que no es exigible que el *hecho* de la formalización de investigación preparatoria sea preciso; y que sí, en cambio, en la acusación”. (Espinoza, 2012, p.)

El principio de imputación necesaria penetra en todas las etapas de deliberación en el proceso. Desde la etapa preliminar hasta la sentencia. Así, por mencionar algunos dispositivos legales, en el art. 329 CPP 2004 se indica que:

“El Fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito (...). Y es que para que el Fiscal admita realizar una investigación preliminar, se requiere que previamente se satisfagan ciertos requisitos, entre ellos, que los hechos que sustenten imputación tengan una mínima apariencia delictiva (causa probable) y que, con ello, se permita hacer una legítima hipótesis provisional de delito. De lo contrario su conducta será arbitraria, vulneradora del debido proceso” (2018, p).

Por eso, en el contexto de la imputación penal, es necesario que el Estado, sea en la criminalización primaria o en la criminalización secundaria, cumpla estrictamente con atender a los principios que orientan la ciencia penal, a efectos de por un lado, proteger adecuadamente los derechos de las personas desde el punto de vista del agraviado, afectado en su bien jurídico y por el otro, del imputado como agente del delito. Son justamente estas premisas las que orientan nuestro trabajo, que pretende realizar un estudio de nuestra realidad social en materia de la vigencia del derecho de sufragio, así como la respuesta político penal del Estado, dirigida a una protección aceptable de este fundamental derecho constitucional.

“Como ya advirtiera Giménez Fernández, la práctica demuestra que no bastan las garantías de carácter preventivo para evitar la ejecución de actos encaminados a falsear el resultado de las luchas electorales; de aquí la necesidad de que las leyes electorales dediquen uno de sus capítulos a la tipificación de aquellas conductas que han de ser enjuiciadas como delitos electorales, con la concreción de las penas que les corresponden. En definitiva, pues, delitos electorales son aquellas conductas, acciones, incluso omisiones, atentatorias contra los principios que han de regir un Sistema Electoral de un Estado democrático, y que por su carácter particular, son definidas y castigadas, por lo general, no en el Código Penal, sino en la propia Ley Electoral” (1977, p. 171).

Con relación a este último punto, Giménez Fernández (loc. cit.) advertía que “los delitos electorales no podían ser equiparados a los comunes que tipifica el Código Penal, pues con ello se incurría en el error de castigarlos con excesiva severidad, lo que a su vez origina la lenidad de los encargados de aplicar la sanción. Aunque han existido históricamente supuestos en los que ha sido el Código Penal el texto normativo que tipificaba los delitos electorales, guardando silencio en torno a ellos la Ley Electoral, lo cierto es que hoy puede considerarse como pauta generalizada la de que son las leyes electorales las que contemplan de modo preciso las conductas que deben ser tipificadas como delitos electorales” (1977, p. 171).

“Con la tipificación de una serie de conductas lesivas, se trata de garantizar el pacífico y libre ejercicio del derecho de voto, el secreto del mismo, la autenticidad y legalidad del procedimiento y, en definitiva, la pureza de todo el proceso electoral. Es evidente que dentro de las conductas delictivas cabe efectuar varios distinguos, pues no es igual la omisión del voto o el incumplimiento de cualquiera de las disposiciones encaminadas a garantizar el normal desarrollo de los distintos actos preparatorios de los comicios, que aquellos actos dolosos dirigidos a coartar la libertad del elector mediante la violencia o la captación, o falsear los resultados electorales. Por ello mismo, siendo diferente la modalidad del delito, también lo debe ser la sanción, que en los primeros supuestos tiende a ser pecuniaria, mientras que en los segundos se orienta hacia la privación de la libertad” (1977, p. 171).

Es preciso asimismo efectuar una última diferenciación, según que la conducta tipificada provenga de un funcionario público o de un particular, pues parece lógico que en el primer supuesto la sanción resulte acentuada, debiéndose incluir al respecto, específicas circunstancias agravantes. En atención a ello, las acciones, tanto de coacción, violencia o fraude, que atenten contra el proceso del acto electoral (sea como manifestación individual o como expresión colectiva de la voluntad popular), deben estar tipificados en la ley penal. Considerando al respecto, que por su naturaleza y especialidad,

deberían conformar un sistema normativo propio, interconectado y nutrido por la ley penal fundamental (Código Penal), pero legislado en la ley electoral, para lo que incluso se propugna la necesidad, en nuestro medio, de un Código Electoral.

En cuanto a su contenido, la protección de la libertad del sufragio no puede reducirse a vejaciones en la persona del elector, sino extenderse hasta la tutela de todas las garantías que deben complementarse en el momento en que se materializa la voluntad colectiva. Pero no bastaría la protección de la libertad electoral, dado el supuesto que no estuvieran tutelados al mismo tiempo todos los caracteres esenciales del sufragio, en su concepción doctrinal contemporánea, los avances tecnológicos y la realidad nacional. Así, junto a la libertad individual o colectiva de los electores, deben protegerse también la sinceridad, la individualidad y el secreto del sufragio.

Otros elementos que no deben ser perdidos de vista, son los que corresponden al incremento, cada vez más acentuado, del uso de los medios técnicos modernos y en especial la informática, que adicionan nuevas modalidades de manipulación o fraude, que pueden perjudicar la esencia del acto electoral, ya no con la violencia propia de antaño, donde en tropelía y bajo la motivación del "pisco y la butifarra", se atacaba impunemente los locales de votación o cuando el ejército tomaba las ánforas y todos los "cachaquitos", en su cuartel, llenaban nuevamente las cédulas para inclinar la balanza al dictador candidato.

Ahora es diferente la posibilidad de la manipulación de la voluntad popular, es posible el fraude computacional, ello debido a la dependencia cada vez más notoria del uso de las computadoras para vaciar los resultados parciales de la elección, para que sea el ordenador el que proporcione los resultados finales. Ante ello el atentado puede presentarse manipulando dichos ordenadores, que por más secreta que sea su locación, no deja de existir el factor humano de los operadores, que motivados por la corrupción, pueden acceder, a veces de manera indetectable, para falsear el resultado electoral.

“Ante ello, nos dice Tiedemann, que la tarea del derecho no es la de quedarse atado a viejas categorías teóricas que nada sirven, sino más bien de adaptarse y proveerse de nuevas formas de prevención y protección a la sociedad. El derecho penal debe también prevenir la comisión de este tipo de hechos que de ninguna manera pueden ser entendidos como errores involuntarios ya que son realizados por personas que generalmente están familiarizadas y se encuentran especializadas en el trabajo con computadoras y que fácilmente pueden conocer como entrar en los archivos de datos de cualquier individuo o institución. El Derecho penal debe resguardar los intereses de la sociedad, evitando manipulaciones computarizadas habituales o no basadas en conocimiento de los objetos, programas, así como de algunas informaciones que extiendan y hagan imposible la detección de estos ilícitos (el desarrollo actual y moderno nos ha traído avances importantes para la humanidad, pero es penoso a su vez que vengan acompañados de hechos delictivos no deseados)” (1999, p. 344).

Así, nuestra normatividad penal en materia electoral ha sufrido un estancamiento histórico, no ha evolucionado con la rapidez del desarrollo contemporáneo de los actos delictivos tendientes a materializar la coacción y el fraude tendientes a la frustración o distorsión de la libertad del sufragio. Nuestro ordenamiento jurídico debe prepararse normativamente para afrontar estos tipos de "nuevos" delitos de "avanzada", sobre todo en el ámbito informático, máxime ahora que se postula la utilización del voto electrónico, requiriéndose una respuesta normativa.

En igual sentido, la nefasta experiencia vivida en la década de la dictadura fujimontesinista, ha denotado la debilidad de nuestro sistema normativo para enfrentar toda la vasta gama de delitos que con "tanta imaginación" ("imaginación maquiavélica" diríamos), supieron implementar (constituyendo a nuestro sistema, como "fuente" y "exportador" de nuevas maneras y modos de torcer la voluntad ciudadana). Tales como los actos de corrupción, compra de conciencias, compra de líneas editoriales, connivencia,

chantaje o extorsión para doblegar voluntades, dádivas (como el regalo de comida, ropa donada y en algunos casos joyas y dinero o prebendas políticas), manipulación psico-social, falsificación de firmas, uso de los recursos del Estado y la fuerza pública, intervencionismo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, impedimento del uso de señales abiertas de televisión, manipulación de las noticias, manipulación de encuestas, financiamiento vedado de campañas políticas, homicidios y asesinatos, etc.

Al efecto, apreciamos en nuestra realidad jurídica, una injustificada vastedad y dispersión de la normatividad punitiva en materia de sanción del delito electoral. El código penal tipifica estos delitos bajo el membrete de "Delitos Contra la Voluntad Popular" (Título XVII del Libro Segundo), sancionando en un capítulo único los "Delitos Contra el Derecho de Sufragio" (artículos 354 al 360). La "Ley Orgánica de Elecciones" (LOE), contiene, en su Título XVI, la referencia al rubro: "De los delitos, sanciones y procedimiento judicial", tipificando las conductas atentatorias contra "el derecho de sufragio" (Arts. 382 al 393).

Existe en la actualidad una coexistencia simultánea y duplicidad innecesaria de normas, que podría traer como consecuencia inequidades, así como la afectación de la seguridad jurídica, e incluso la trasgresión del mismo principio de legalidad (confr. Urquiza Olaechea, 2000 en relación a los fundamentos del principio de legalidad). Se evidencia así una arraigada y antigua anomalía legislativa, que denota la existencia de una inadecuada técnica legislativa nacional. La normatividad vigente se contrapone entre sí; no se aprecia la posibilidad de interpretarlas como complementarias, ya que las diferentes descripciones típicas comprenden supuestos delictivos similares o idénticos (por ello la disposición normativa contenida en el artículo 393 de la LOE, que establece que las normas punitivas contenidas en ella, se aplican sin perjuicio de las normas contenidas en el C.P. representa una norma meramente simbólica).

Planteado así el problema, desde la perspectiva del principio de tipicidad objetiva, la aplicación de tales textos normativos se representa como incierta por parte del operador

penal, ya que las carencias normativas y la falta de coherencia legislativa, no orientan una actuación dentro de los márgenes del principio de imputación contenido en los artículos III, IV y VII del Título Preliminar del Código Penal.

Presentado objetivamente el caso, una misma acción podría ser reclamada, por identidad, por dos normas de contextos legislativos diferentes (C.P. y LOE). En este supuesto, la solución no pasa por la aplicación de las normas que solucionan el concurso de leyes penales (por que técnicamente no se excluyen). La solución tampoco se orienta a la aplicación de las normas relativas a los casos de conflictos de la ley penal en el tiempo (Arts. 6 y 7 del C.P.), en las que la regla general informa que la ley posterior deroga a la anterior. Ello no es de aplicación por cuanto tales leyes constituyen derecho positivo que no se contraponen (incluso la LOE señala la aplicación simultánea, Art. 393: "Los artículos anteriores de este Título rigen, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 354 al 360 del Código Penal"). Esta situación podría ser determinante de la trasgresión del principio non bis in idem, en virtud del cual una persona no puede ser objeto de sanción penal dos veces por el mismo hecho, sobre todo en cuanto apreciamos que en materia de delitos electorales, en algunos casos, se contemplan dos sanciones penales para una idéntica conducta.

Por todo ello, y siendo éste el marco en el que se desarrolla nuestro trabajo, urge una revisión y toma de conciencia, que derive en la implementación de un nuevo contenido típico electoral, que contenga in extensu la tipificación de todos los actos vulnerantes del fundamental derecho a la libertad de sufragio, que se ajuste al tiempo actual. Máxime si el anteproyecto de Código Electoral, presentado por el Jurado Nacional de Elecciones, mediante su Dirección General de Normatividad y Asuntos Jurídicos, ya no contempla la tipificación de delitos contra la voluntad popular.

INDICE

PRIMERA PARTE FUNDAMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO I ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. Planteamiento del problema
 - 1.1. Descripción de la realidad problemática
 - 1.2. Problema de investigación
 - 1.2.1. Problema general
 - 1.2.2. Problemas específicos
2. Objetivos de la investigación
 - 2.1. Objetivo general
 - 2.2. Objetivos específicos
3. Método de investigación
4. Diseño de la Investigación
5. Marco Teórico
6. Técnicas de recopilación de datos

CAPITULO II ESTADO DE LA CUESTION

1. Antecedentes del problema de investigación
2. Justificación de la investigación
 - 2.1. Justificación teórica
 - 2.2. Justificación práctica

3. Estado actual de las propuestas doctrinarias
4. Resultados esperados
5. Propuesta de solución proyectada

SEGUNDA PARTE

DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO

CAPITULO I

LA DEMOCRACIA Y LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

1. La democracia y la participación política
2. Derechos y deberes políticos
3. El concepto de “elección” y sus clases
4. El proceso electoral
5. Concepto de sufragio y voto
6. Clasificación del voto
- 6.a) Tipos de voto según su expresión material
- 6.b) Tipos de votos según sus efectos y su forma

CAPITULO II

LEGITIMACIÓN DE LA INTERVENCIÓN PUNITIVA

1. Conceptualización y funciones del Derecho Penal
 - 1.1. Derecho Penal objetivo y Derecho penal subjetivo
 - 1.2. Derecho Penal y ordenamiento social: control social
 - 1.3. Derecho Penal y ordenamiento jurídico: bienes jurídicamente
Protegidos
2. Características del Derecho Penal
3. Fines del Derecho penal

- 3.1. Protección de la sociedad
- 3.2. Represión y prevención
- 3.3. Protección de bienes jurídicos, vigencia de la norma y valores ético-sociales
- 4. Función instrumental y simbólica del Derecho Penal
- 5. Función ético-social y “función promocional” del Derecho Penal
- 6. Límites del ius puniendi
- 7. Principios universales
 - 7.1. Conceptualización
 - 7.2. Principio de igualdad
 - 7.3. Principio de legalidad
 - 7.4. Principio de tipicidad objetiva
 - 7.5. Principio de materialidad
 - 7.6. Principio de ofensividad o lesividad
 - 7.7. Principio de dignidad
 - 7.8. Principio de necesidad o utilidad
 - 7.9. Principio de proporcionalidad
 - 7.10. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos
 - 7.11. Principio de humanidad
 - 7.12. Principio de Derecho Penal Mínimo
 - 7.12.a) Carácter fragmentario
 - 7.12.b) Ultima ratio
 - 7.12.c) Carácter subsidiario
 - 7.12.d) Mínima intervención
 - 7.13. Principio ne bis in idem
 - 7.14. Principio de protección a la víctima

CAPITULO III

LA PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO
DE SUFRAGIO

1. Realidad actual de la protección penal
2. Reseña histórica de la vulneración del derecho de sufragio
3. Fundamento del injusto en el delito electoral
4. El delito electoral: Naturaleza jurídica
5. El bien jurídico protegido
6. Denominación
7. Ámbito de protección penal
8. Sistemas normativos en la legislación comparada

CAPITULO IV

DELITOS CONTRA LA VOLUNTAD POPULAR EN LA
LEGISLACIÓN PERUANA

- 1.- Marco normativo nacional
- 2.- Clasificación típica
- 3.- Bien jurídico Protegido
- 4.- Sujetos de la acción
- 5.- Actos destinados a distorsionar, perturbar o impedir
la constitución del registro de electores,
el padrón general de votantes y el registro
de organizaciones políticas y su funcionamiento
- 5.1) Delitos contra la inscripción electoral
- 5.1.1) Inserción o supresión indebida de nombres en la formación
de registro electoral

- 5.1.2) Cambio de domicilio fraudulento: “voto golondrino”
- 5.1.3) Atentado contra la formación de registro electoral en el D.L.14207
- 5.1.4) Propuesta de modalidades típicas a legislar
- 5.2) Delitos contra la inscripción de agrupaciones
políticas y/o candidatos
 - 5.2.1) Coacción por funcionario o servidor público
para suscribir lista de adherentes
- 6) Acciones destinadas a distorsionar, perturbar o impedir
el acto de sufragio
 - 6.1) Turbación violenta de proceso electoral
 - 6.2) Impedimento o turbación violenta del derecho de sufragio
 - 6.3) Impedimento o perturbación de reuniones políticas
 - 6.4) Realización indebida de propaganda electoral
 - 6.5) Participación indebida en actos políticos
de miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional
 - 6.6) Portar armas durante el acto electoral
 - 6.7) Realizar actividades políticas en zonas y plazos prohibidos
 - 6.8) Venta de bebidas alcohólicas o realización de
espectáculos prohibidos
 - 6.9) Atentado contra derechos laborales por funcionario o
servidor público
 - 6.10) Destrucción, impedimento u obstaculización de
propaganda electoral
 - 6.11) Incumplimiento de remisión de material electoral por parte
de presidente de mesa de sufragio
 - 6.12) Detención o retardo del transporte de material
electoral o comunicaciones oficiales
 - 6.13) Violación del secreto de comunicaciones oficiales
y ánforas electorales

- 6.14) Omisión injustificada a integrar jurado electoral
- 6.15) Omisión injustificada a instalación de mesa de sufragio
- 6.16) Impedimento de designación para integrar jurado electoral
- 6.17) Suplantación o integración ilegal de jurado electoral
- 6.18) Coacción o instigación para suplantar a miembro
de jurado electoral
- 6.19) Actos de falsificación o destrucción de material electoral
tendientes a dificultar la elección o falsear su resultado
- 6.20) Sustracción, destrucción o sustitución de cédulas sufragadas
- 6.21) Recepción o rechazo indebido de voto
- 6.22) Recepción o rechazo injustificado de voto
- 6.23) Votación fraudulenta
- 6.24) Violación del secreto del voto
- 6.25) Despojo o retención indebida de documento de votación
- 6.26) Agravante por calidad personal del autor
- 7) Actos destinados a impedir, perturbar o distorsionar
el resultado electoral:
 - 7.1) Alteración del resultado electoral
 - 7.2) Sustracción, destrucción o sustitución de ánforas electorales
 - 7.3) El delito informático electoral
- 8) Consecuencias derivadas de la omisión de la
obligatoriedad del sufragio
 - 8.1) Omisión a exigencia de presentación de documento
de identidad con constancia de sufragio por parte
de funcionarios y servidores públicos

TERCERA PARTE
TOMA DE POSTURA Y CONSECUENCIAS

1. Análisis e interpretación de la información
2. Conclusiones
3. Propuesta de solución del problema: Recomendaciones
4. Consecuencia de la implementación de la propuesta
5. Beneficios que aporta la propuesta

BIBLIOGRAFIA

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. Planteamiento del problema

1.1. Descripción de la realidad problemática

La comisión de un delito de naturaleza pública, determina como efecto inmediato la obligación persecutoria del Estado, cuya representación es asumida por el Ministerio Público. En efecto, corresponderá al fiscal en lo penal, constituirse en el titular de la acción penal y en razón de ello, asume la función de motivar la actuación jurisdiccional ejercitando la denuncia penal. Para ello, y en salvaguarda del fundamental principio constitucional de defensa y como celoso guardián de la legalidad, para hacer uso de tal atribución, deberá, en primera instancia, realizar una labor de imputación adecuada, que ha de implicar una eficiente labor de tipificación.

Así, desde la perspectiva semántica, "*imputar* significa atribuir la realización de una conducta (comisiva u omisiva) a una persona. En otras palabras, *imputar* es dar sentido o significado al comportamiento realizado por un sujeto. Desde el punto de vista doctrinal la imputación se define como la atribución, *más o menos fundada*, a una persona de un acto presuntamente punible sin que haya de seguirse necesariamente acusación contra ella como consecuencia" (Catacora Gonzales 1996, p. 167).

“En el Derecho Procesal Penal, la calidad de imputado nace en el momento en que el individuo es señalado como partícipe en un hecho delictivo, sin que con ello deba darse por supuesta su culpabilidad, porque un imputado puede ser sobreseído o absuelto, con lo cual desaparecerá la imputación. Pero desde que una persona es objeto de ella, tiene derecho a todas las garantías de la defensa en juicio.

Para realizar un correcto juicio de adecuación normativa resulta necesario tener en cuenta tanto aspectos objetivos como subjetivos del tipo, ya que el comportamiento humano es siempre objeto de valoración normativa y de prueba. Por tanto, para realizar un correcto juicio de imputación, el *hecho* debe estar claramente determinado e individualizado y la prueba, por su idoneidad y legalidad, debe estar orientada a demostrarlo. De esta manera, la imputación necesaria se constituye en un principio constitucional del proceso penal, que a decir de Arsenio Oré Guardia, consiste en una imputación correctamente formulada. Esto es, una atribución clara, precisa, explícita, detallada y circunstanciada de una comunicación con apariencia delictiva concretamente individualizado, a una persona determinada, con un nivel de vinculación ciertamente probable; a efectos de que esta tenga la posibilidad de ejercitar eficazmente su derecho de defensa (2011, p. 175). Se propicia de esta manera, el aseguramiento del debido proceso y la tutela jurisdiccional que asegura la constitución como derechos fundamentales” (Art. 138.3 C.E.).

La necesidad de tutela surge del enunciado contenido en el artículo 2º inciso d) de la Norma Suprema, al disponer “Nadie será procesado, ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)”. Por ello, es derecho de todo procesado el conocer de manera expresa, cierta, e inequívoca los cargos que se formulan en su contra; lo que luego será determinante para la labor jurisdiccional a efectos del desarrollo del proceso y permitirá al imputado el ejercicio pleno e igualitario de su derecho de defensa. Pero, al efecto de ello, “no basta con fijar el hecho describiendo el suceso típico de manera

general. Es necesario establecer su concreta configuración y el aporte individual que realiza cada persona en particular (sobre todo, en los casos de intervención plural de sujetos). Por otro lado, al describirse el hecho, es importante se determine la relación de causalidad entre la conducta y el resultado, la misma que se realiza desde una perspectiva natural. Ello servirá como base para establecer la relación de causalidad normativa en el momento de la subsunción (imputación objetiva)". (Alcócer, 2008, p. 126)

"Ahora bien, el hecho tiene que estar claramente individualizado al momento de la denuncia, el inicio de la instrucción o de la formalización de la investigación preparatoria. La necesidad de la determinación de la imputabilidad previa al injusto no es un tema nuevo, en todo caso, dicha valoración inicial, de ser positiva, legitimará la actividad de investigación del Fiscal, ante un supuesto hecho delictivo". (Alcócer, 2008, p. 127) De esta manera, la imputación necesaria se constituye en un derecho fundamental. "Si el órgano persecutor no formula adecuadamente la imputación (imputación necesaria), entonces el proceso penal devendrá en ilegítimo; y como tal, podría declararse la nulidad de determinados actos procesales. En este sentido, el principio de imputación necesaria al igual que otros principios básicos, parafraseando a Sánchez-Vera Gómez-Trelles, también constituye una prohibición de desautorizar el proceso" (2012, p. 31).

Así, "la imputación es necesaria cuando se comunica al imputado que el hecho descrito de modo suficiente por la autoridad se adecua a lo estipulado en el tipo penal objeto de incriminación y le es atribuible en calidad de autor o partícipe, fundado en elementos de convicción que así lo respalde. Al respecto, en la STC N° 03987-2010-PHC/TC se ha señalado que En resumen el derecho a ser informado de la imputación tiene tres elementos configuradores: i) La existencia de un hecho concreto y específico o la apariencia verosímil del mismo". "(STC N.º 8125-2005-PHC/TC); ii) La calificación jurídica (STC N.º 06079-2008-PHC/TC); iii) La existencia de evidencia o de medios de convicción (STC N.ºs 5325-2006-PHC/TC; 9544-2006-PHC/TC)".

“Existe un acuerdo pacífico y unánime en la doctrina procesal y jurisprudencial suprema –según los lineamientos del Acuerdo Plenario 2-2012/CJ-116–, que el *factum* exigido en la formalización (Art. 336 numeral 2.b CPP) debe ser *preciso*. En estos niveles académicos de discusión, se tiene claro que la *precisión* del hecho en la formalización es una exigencia obligatoria de una *imputación suficiente*. En este sentido, los lineamientos doctrinales de nuestra jurisprudencia vinculante, demuestran claramente un total rechazo a la idea equívoca de que no es exigible que el *hecho* de la formalización de investigación preparatoria sea preciso; y que sí, en cambio, en la acusación”. (Espinoza, 2012, p.)

El problema se presenta de cara a la realización objetiva de tan importante principio de imputación necesaria, pues se observa en la realidad judicial nuestra, que en muchos casos los fiscales o incumplen dicho postulado o lo realizan de manera inadecuada, propiciando con ello la afectación del derecho del imputado y la perturbación de la actividad jurisdiccional, apreciándose un preocupante índice de desestimaciones de denuncias penales, justamente por inadecuada fundamentación, que de no ser observada y solucionada a tiempo, podría determinar una apertura de instrucción trasgresora de los derechos del imputado, que sometida al arbitrio de la acción constitucional del habeas corpus, sería posteriormente desestimada por lesionar derechos constitucionales.

En consecuencia, nos preocupa estudiar la realidad del sistema penal peruano en cuanto a la protección del derecho de sufragio.

La realidad contemporánea y la práctica electoral en nuestro país, nos demuestra, lamentablemente, que no bastan las garantías de índole preventivo para impedir la actuación de actos encaminados a adulterar el resultado de las luchas electorales; de aquí la urgencia de que las leyes electorales que se postulen en nuestro régimen, dediquen uno de sus capítulos a la tipificación de aquellas conductas que han de ser enjuiciadas como delitos electorales, con la concreción de las penas que les correspondan.

Nuestra experiencia social y la realidad jurídica actual en la que se revela una preocupante indefinición normativa en materia de tipificación de los delitos electorales, nos muestra un preocupante alto grado de desprotección del fundamental derecho de sufragio, que constitucionalmente se representa por el derecho del ciudadano a elegir y ser elegido en cargos de representación popular, siendo necesario por ello, a nuestro criterio personal, buscar los factores y causas, de tipo social, normativo entre otros, que determinan los defectos que originan una inadecuada protección del sistema de control penal, a un bien jurídico tan fundamental como el ejercicio de los derechos políticos, que fundamentan el sistema democrático de gobierno que nos rige, para de esta manera ofrecer aportes que puedan a futuro ser tomados en cuenta para posibles modificaciones legislativas, que complementen el universo normativo penal protector de tan preciado derecho y se afiance así la seguridad jurídica, en el marco de un estado social y democrático de derecho.

1.2. Problema de investigación

1.2.1. Problema general

¿Existe en el Perú una criminalización técnica e integral de las conductas lesivas al derecho de sufragio?

1.2.2. Problemas específicos

1.2.2.a) ¿Resulta adecuada la respuesta política criminal peruana, para propiciar un efectivo combate preventivo protector del derecho de sufragio?

1.2.2.b) ¿La normatividad vigente evidencia un sistema suficiente de protección jurídico penal, a efecto de concretizar típicamente todos los supuestos de afectación del derecho de sufragio?

1.2.2.c) ¿Existe por parte del Estado, la formulación de una estrategia integral y oportuna en relación a la lucha contra las conductas que atentan contra el derecho de sufragio?.

2. Objetivos de la investigación

2.1. Objetivo general

Demostrar si existe en el Perú una criminalización integral de las conductas lesivas al derecho de sufragio.

2.2. Objetivos específicos

2.2.a) Realizar un adecuado estudio sobre los orígenes y la evolución de la protección del derecho de sufragio en el contexto internacional como interno.

2.2.b) Realizar un adecuado estudio dogmático y doctrinario de los delitos que afectan la voluntad popular.

2.2.c) Realizar un estudio comparativo de la protección del derecho de sufragio a nivel internacional.

2.2.d) Establecer si la respuesta política criminal peruana, resulta adecuada para propiciar un efectivo combate preventivo protector del derecho de sufragio.

2.2.e) Comprobar que la normatividad vigente evidencia un sistema insuficiente de protección jurídico penal, a efecto de concretizar típicamente todos los supuestos de afectación del derecho de sufragio.

2.2.f) Constatar que no existe por parte del Estado, la formulación de una estrategia integral y oportuna en relación a la lucha contra las conductas que atentan contra el derecho de sufragio.

2.2.g) Proponer las modificaciones legislativas necesarias.

3. Método de investigación

Podemos definir como los principales métodos de investigación al descriptivo y al experimental, los que se distinguen por los objetivos que buscan.

Para este trabajo lo que queremos describir es una realidad problemática de deficiencia normativo-protectora, por lo que la presente investigación se constituye en una de naturaleza jurídica, lo que podemos ubicarla dentro del método descriptivo y explicativo, que consiste en describir, analizar e interpretar de forma sistemática un grupo de hechos o fenómenos con miras a su explicación y crítica.

4. Diseño de la Investigación

Con este trabajo proponemos el diseño de una investigación jurídica teórico dogmática, en la que apelaremos a fundamentos doctrinarios, históricos y comparativos, que permitan realizar adecuadamente una función interpretativa de la problemática actual, a la espera de canalizar aplicativa y explicativamente los resultados y conclusiones.

5. Marco teórico

Esta investigación se realizada sobre la base de los aportes científicos y doctrinarios de:

- a) Teoría del delito
- b) Teoría de la coerción penal
- c) Teoría del proceso penal
- d) Principio de legalidad
- e) Principio del debido proceso
- f) Principio de la tutela jurisdiccional efectiva
- g) Principio de imputación necesaria
- h) Principio de proporcionalidad
- i) Principio de relevancia penal
- j) Principio de mínima intervención

Por lo cual, nuestro enfoque busca desarrollar determinados criterios y fundamentos para mejorar la regulación legal de los delitos en cuestión en nuestro país, acudiendo al estudio de la legislación y la jurisprudencia nacional y comparada.

6. Técnicas de recopilación de datos

“Para recabar la información que nos sirvió de base para la elaboración de nuestra investigación y nos servirá de material de reserva para la defensa de nuestra tesis, hemos utilizado el método del fichaje de los textos (revistas y libros). El contenido de las fichas llenadas ha sido la materia de nuestro análisis, síntesis y reflexión. Toda la metodología antes descrita ha sido volcada sobre la información fundamentalmente recabada en las fichas. Asimismo los medios electrónicos han sido una fuente muy rica para el hallazgo de material bibliográfico y hemerográfico.

Para el tratamiento de la legislación nacional nos sirvió de muchos el sistema peruano de información jurídica (SPIJ) y la suscripción a una importante revista de actualidad jurídica.

Aunque no fue lo predominante, los resúmenes descriptivo–analíticos también nos sirvieron para el almacenamiento y procesamiento de información muy importante. Muchos de ellos fueron enriquecidos con el diálogo con especialistas y profesores de la Facultad de Derecho de San Marcos”. (Díaz, 2017, p.)

CAPITULO II

ESTADO DE LA CUESTIÓN

1. Antecedentes del problema de investigación

Hemos realizado las indagaciones sobre la problemática que planteamos en nuestra propuesta de investigación, sobre la protección penal del derecho de sufragio, en bibliotecas de pre-grado de algunas universidades de Lima, como la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Federico Villarreal, Universidad Inca Garcilaso de la Vega y la Universidad San Juan Bautista, no habiéndose encontrado trabajos de investigación semejantes, lo que asegura a nuestra investigación autenticidad y originalidad.

No obstante, si es posible encontrar algunos trabajos de naturaleza descriptiva, en los que se realiza un estudio dogmático de interpretación, de los tipos penales relacionados con la protección del derecho de sufragio, básicamente centralizados en el estudio del Código penal, en lo referente a los “delitos contra la voluntad popular”, ellos son:

- a. “Delitos Electorales”....Bolívar Arteaga, Flora Adelaida, Editado por el Jurado Nacional de Elecciones, Lima 2002.
- b. “Manual de Derecho Penal”...Bramont Arias Torres, Luis Alberto, 4ta Edi., Editorial San Marcos, Lima 1998.
- c. “Delitos Electorales”....Hugo Vizcardo, Silfredo Jorge, Pro derecho Instituto de Investigaciones Jurídicas, Lima 2014.

d. "Procedimiento Registral Electoral y Delitos Contra la Inscripción Electoral"....Hugo Vizcardo, Silfredo Jorge, Colección de Manuales "Hermes", Lima 1990.

2. Justificación de la investigación

2.1. Justificación teórica

Desde el punto de vista teórico la investigación se halla plenamente justificada, puesto que en un sistema democrático de derecho, en el que el fin supremo de la constitución y las leyes es la persona humana, es necesario el aseguramiento de los fundamentales derechos que le son reconocidos, como lo es el derecho de sufragio a efecto de su protección y también el aseguramiento de los derechos del imputado ante la comisión de un delito electoral.

De esta manera, no se puede simplemente pre juzgar o ya lapidar a quien se considera delincuente; surge para él como persona humana la necesidad de una tutela jurisdiccional efectiva, la que surge del enunciado contenido en el artículo 2º inciso d) de la Norma Suprema, al disponer "Nadie será procesado, ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)". Por ello, es derecho de todo procesado el conocer de manera expresa, cierta, e inequívoca los cargos que se formulan en su contra; lo que luego será determinante para la labor jurisdiccional a efectos del desarrollo del proceso y permitirá al imputado el ejercicio pleno e igualitario de su derecho de defensa (Catacora Gonzales 1996, p. 56).

Así, la investigación se justifica porque evidencia una realidad social de afectación a un derecho tan fundamental como el derecho de sufragio, que se constituye socialmente en un bien jurídico de necesaria tutela penal. Afectación que basa sus causas, primordialmente en la desidia del ciudadano expresada en una evidente falta de conciencia

política generalizada, en un inadecuado nivel de cultura política y jurídica de la mayoría de legisladores, el eventuales conflictos de intereses político partidarios entres grupos parlamentarios que integran el Congreso de la República y en una arraigada cultura del fraude electoral en nuestro país.

Esta realidad jurídico-social actual, nos muestra un preocupante grado de desprotección del derecho de sufragio, siendo necesario por ello, buscar los factores y causas, de tipo social, normativo entre otros, que determinan los defectos que originan una inadecuada protección del sistema de control penal, a un bien jurídico tan fundamental como el ejercicio de los derechos políticos, que fundamentan el sistema democrático de gobierno que nos rige, para de esta manera ofrecer aportes que puedan a futuro ser tomados en cuenta para posibles modificaciones legislativas, que complementen el universo normativo penal protector de tanpreciado derecho, con lo que se garantizara también la imputación necesaria y el debido proceso.

En tal sentido, nos mueve el afán de contribuir al afianzamiento del Sistema democrático en nuestro país, el mismo que debe tener como misión fundamental, garantizar la libre expresión de la soberanía popular, ya que la realidad contemporánea y la práctica electoral en nuestro país, nos muestran un lamentablemente panorama.

2.2. Justificación práctica

También la investigación tiene justificación de carácter práctico, puesto que implicará analizar en su dimensión pragmática, diversos casos que se han dado en nuestra realidad social y judicial, en los que por defecto de la normatividad no se protege adecuadamente tanpreciado bien jurídico como lo es la liberad de la voluntad popular.

Este análisis práctico nos permitirá hacer un estudio útil y necesario, a fin de apreciar si en nuestro medio se tipifican adecuadamente los delitos que afectan el derecho

de sufragio y si de esta manera el Estado protege adecuadamente este fundamental derecho de participación política y sin con ello se resguarda la seguridad jurídica y la vigencia del debido proceso. Buscamos asimismo establecer las posibles deficiencias y/o vacíos de la normatividad en relación a la imputación de este tipo de delitos que afectan la voluntad popular.

3. Estado actual de las propuestas doctrinales

En el contexto de la imputación penal, es necesario que el Estado, sea en la criminalización primaria o en la criminalización secundaria, cumpla estrictamente con atender a los principios que orientan la ciencia penal, a efectos de por un lado, proteger adecuadamente los derechos de las personas desde el punto de vista del agraviado, afectado en su bien jurídico y por el otro, del imputado como agente del delito. Son justamente estas premisas las que orientan nuestro trabajo, que pretende realizar un estudio de nuestra realidad social en materia de la vigencia del derecho de sufragio, así como la respuesta político penal del Estado, dirigida a una protección aceptable de este fundamental derecho constitucional.

En la legislación comparada podemos identificar, hasta tres sistemas en la técnica de legislar estos ilícitos: a) En sección especial del Código penal; Legislaciones que tipifican los delitos electorales específicamente en un Título o Sección en el Código penal, con tratamiento diferencial al de los tipos que sancionan los atentados contra la libertad individual; b) De manera genérica en el Código penal, sin tratamiento específico; Legislaciones que contemplan los delitos contra el sufragio dentro del precepto general que tutela las libertades individuales, sin conformar una Sección o Título especial; y, c) Sin precisión codificada indicativa y/o remitiendo la sanción a la legislación electoral; Legislaciones que omiten prescribir normas relativas a los delitos contra el sufragio, u otro tipo de derechos políticos del ciudadano.

En cuanto a su contenido, la protección de la libertad del sufragio no puede reducirse a vejaciones en la persona del elector, sino extenderse hasta la tutela de todas las garantías que deben complementarse en el momento en que se materializa la voluntad colectiva. Pero no bastaría la protección de la libertad electoral, dado el supuesto que no estuvieran tutelados al mismo tiempo todos los caracteres esenciales del sufragio, en su concepción doctrinal contemporánea, los avances tecnológicos y la realidad nacional. Así, junto a la libertad individual o colectiva de los electores, deben protegerse también la sinceridad, la individualidad y el secreto del sufragio.

“Ante ello, nos dice Tiedemann, que la tarea del derecho no es la de quedarse atado a viejas categorías teóricas que nada sirven, sino más bien de adaptarse y proveerse de nuevas formas de prevención y protección a la sociedad. El derecho penal debe también prevenir la comisión de este tipo de hechos que de ninguna manera pueden ser entendidos como errores involuntarios ya que son realizados por personas que generalmente están familiarizadas y se encuentran especializadas en el trabajo con computadoras y que fácilmente pueden conocer como entrar en los archivos de datos de cualquier individuo o institución. El Derecho penal debe resguardar los intereses de la sociedad, evitando manipulaciones computarizadas habituales o no basadas en conocimiento de los objetos, programas, así como de algunas informaciones que extiendan y hagan imposible la detección de estos ilícitos (el desarrollo actual y moderno nos ha traído avances importantes para la humanidad, pero es penoso a su vez que vengan acompañados de hechos delictivos no deseados)” (Hugo Silfredo, 1999, p. 344).

Así, nuestra normatividad penal en materia electoral ha sufrido un estancamiento histórico, no ha evolucionado con la rapidez del desarrollo contemporáneo de los actos delictivos tendientes a materializar la coacción y el fraude tendientes a la frustración o distorsión de la libertad del sufragio. Nuestro ordenamiento jurídico debe prepararse normativamente para afrontar estos tipos de "nuevos" delitos de "avanzada", sobre todo

en el ámbito informático, máxime ahora que se postula la utilización del voto electrónico, requiriéndose una respuesta normativa.

En igual sentido, la nefasta experiencia vivida en la década de la dictadura fuji-montesinista, ha denotado la debilidad de nuestro sistema normativo para enfrentar toda la vasta gama de delitos que con "tanta imaginación" ("imaginación maquiavélica" diríamos), supieron implementar (constituyendo a nuestro sistema, como "fuente" y "exportador" de nuevas maneras y modos de torcer la voluntad ciudadana). Tales como los actos de corrupción, compra de conciencias, compra de líneas editoriales, connivencia, chantaje o extorsión para doblegar voluntades, dádivas (como el regalo de comida, ropa donada y en algunos casos joyas y dinero o prebendas políticas), manipulación psico-social, falsificación de firmas, uso de los recursos del Estado y la fuerza pública, intervencionismo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, impedimento del uso de señales abiertas de televisión, manipulación de las noticias, manipulación de encuestas, financiamiento vedado de campañas políticas, homicidios y asesinatos, etc.

Al efecto, apreciamos en nuestra realidad jurídica, una injustificada vastedad y dispersión de la normatividad punitiva en materia de sanción del delito electoral. El código penal tipifica estos delitos bajo el membrete de "Delitos Contra la Voluntad Popular" (Título XVII del Libro Segundo), sancionando en un capítulo único los "Delitos Contra el Derecho de Sufragio" (artículos 354 al 360). La "Ley Orgánica de Elecciones" (LOE), contiene, en su Título XVI, la referencia al rubro: "De los delitos, sanciones y procedimiento judicial", tipificando las conductas atentatorias contra "el derecho de sufragio" (Arts. 382 al 393).

Existe en la actualidad una coexistencia simultánea y duplicidad innecesaria de normas, que podría traer como consecuencia inequidades, así como la afectación de la seguridad jurídica, e incluso la trasgresión del mismo principio de legalidad (confr. Urquiza Olachea, 2000 en relación a los fundamentos del principio de legalidad). Se evidencia así una arraigada y antigua anomalía legislativa, que denota la existencia de una inadecuada

técnica legislativa nacional. La normatividad vigente se contrapone entre sí; no se aprecia la posibilidad de interpretarlas como complementarias, ya que las diferentes descripciones típicas comprenden supuestos delictivos similares o idénticos (por ello la disposición normativa contenida en el artículo 393 de la LOE, que establece que las normas punitivas contenidas en ella, se aplican sin perjuicio de las normas contenidas en el C.P. representa una norma meramente simbólica).

Planteado así el problema, desde la perspectiva del principio de tipicidad objetiva, la aplicación de tales textos normativos se representa como incierta por parte del operador penal, ya que las carencias normativas y la falta de coherencia legislativa, no orientan una actuación dentro de los márgenes del principio de imputación contenido en los artículos III, IV y VII del Título Preliminar del Código Penal.

Presentado objetivamente el caso, una misma acción podría ser reclamada, por identidad, por dos normas de contextos legislativos diferentes (C.P. y LOE). En este supuesto, la solución no pasa por la aplicación de las normas que solucionan el concurso de leyes penales (por que técnicamente no se excluyen). La solución tampoco se orienta a la aplicación de las normas relativas a los casos de conflictos de la ley penal en el tiempo (Arts. 6 y 7 del C.P.), en las que la regla general informa que la ley posterior deroga a la anterior. Ello no es de aplicación por cuanto tales leyes constituyen derecho positivo que no se contrapone (incluso la LOE señala la aplicación simultanea, Art. 393: "Los artículos anteriores de este Título rigen, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 354 al 360 del Código Penal"). Esta situación podría ser determinante de la trasgresión del principio non bis in idem, en virtud del cual una persona no puede ser objeto de sanción penal dos veces por el mismo hecho, sobre todo en cuanto apreciamos que en materia de delitos electorales, en algunos casos, se contemplan dos sanciones penales para una idéntica conducta.

Este es el marco en el que se desarrolló nuestra investigación, que comprueba que urge una revisión y toma de conciencia, que derive en la implementación de un nuevo contenido típico electoral, que contenga in extensu la tipificación de todos los actos vulnerantes del fundamental derecho a la libertad de sufragio, que se ajuste al tiempo actual. Así, conforme a la naturaleza del bien jurídico protegido y de acuerdo a 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, a la actividad del Estado encaminada al reconocimiento del derecho de votar y asegurar la autenticidad del voto; 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 sus simpatías, el que hace desaparecer o retiene indebidamente una cédula o documento de ciudadanía (título de sufragio); y, 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 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 su empleo resultan lesionados o puestos en peligro, respectivamente: la libertad, la honestidad y la sinceridad del sufragio.

4. Resultados esperados

Se espera contrinbuir a la docencia, propiciando el debate juridico, que permita mejorar la legislación y aportar en el conocimiento doctrinario y de la legislación comparada. Tambien contribuir con el desempeño de los operadores juridicos.

5. Propuestas de solución proyectada

Como ya dejamos expresado, nuestra investigación, tiene por finalidad realizar un estudio de tipo dogmático doctrinario, que nos permita establecer la realidad jurídica de la protección que en nuestro sistema penal se hace del derecho de sufragio como bien jurídico fundamental del ser humano en sociedad, para determinar los posible vacíos y deficiencias normativas, con miras a proponer soluciones y posibles modificaciones legislativas.

Es así que teniendo en perspectiva los objetivos planteados como premisa de nuestra investigación, este trabajo se basa en la necesidad de desarrollar el conocimiento doctrinario de la evolución y la realidad actual de la protección penal, que en nuestro país se hace del derecho de sufragio como bien jurídico protegido, desde la perspectiva constitucional basada en los más modernos principios penales orientados a la protección de la voluntad popular, como máxima expresión de los derechos de participación política.

Por ello, los beneficios que aporta nuestra propuesta están directamente relacionados a contribuir con la labor docente y operativo-judicial.

Por eso es que teniendo en perspectiva nuestro objetivo general y habiendo identificado ya que en el Perú existe un clima de desconfianza generalizada contra la clase política y las instituciones en general, y que al efecto no contamos con una criminalización técnica e integral de las conductas que lesionan el derecho de sufragio como bien jurídico,

proponemos recomendaciones, relacionadas a las acciones que el Estado deberá realizar en relación a su marco institucional y las necesarias modificaciones legislativas, ya que nuestro trabajo pretende propender una mejora de la legislación en armonía con la política criminal preventiva, protectora y garantista diseñada por nuestra Constitución, por lo que en general, siendo que se encuentra ad portas la implementación de un nuevo Código Penal, recomendamos en principio reformular los fundamentos dogmáticos del referido delito y sobre la base de los nuevos conocimientos que aporta la doctrina y la experiencia nacional, se proceda a reformular los denominados delitos electorales.

SEGUNDA PARTE

DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO

CAPITULO I

LA DEMOCRACIA Y LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

1. La democracia y la participación política

“La participación política puede definirse como toda actividad de los ciudadanos dirigidos a intervenir en la designación de sus gobernantes o a influir en la formación de la política estatal” (Molina, Pérez, p. 238). Formalmente la expresión “se aplica a dos conjuntos de comportamientos: a) participar de un determinado acto o proceso político; b) ser parte de un organismo, de un grupo o de una comunidad política” (Fayt 1963, p. 91). El término “participación política”, no posee un significado unívoco; “en la doctrina ha sido utilizado usualmente para nombrar una serie de actividades voluntarias practicadas por los miembros de una sociedad, que intentan influir en la vida pública, sea escogiendo sus gobernantes u optando por determinadas políticas públicas” (Rubio Correa y Bernal Ballesteros 1981, p. 271).

El ciudadano en ejercicio de sus derechos políticos efectiviza su participación política. Conforme lo estatuye el artículo 31 de la Constitución:

“Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por la ley”.

“Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación. Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad. Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos.

Pueden ser sometidas a referéndum: La reforma total o parcial de la Constitución; la aprobación de normas con rango de ley; las ordenanzas municipales; y las materias relativas al proceso de descentralización. No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor” (Art. 32 C.P.E.).

Como se ha podido apreciar, la participación política “comprende las acciones colectivas o individuales, legales o ilegales, de apoyo o de presión mediante las cuales una o varias personas intentan incidir en las decisiones acerca del tipo de gobierno que debe regir una sociedad o en la manera como se dirige al Estado en dicho país” (Molina Vega, “Diccionario Electoral”, 1989, p. 513).

Esta definición alcanza varios “tipos de actividades que la Ciencia Política contemporánea considera como indicadores de la participación política de los individuos. Inicialmente se pensó que las grandes diferencias entre una y otra actividad venia dada por el grado de dificultad que ella implicaba para los ciudadanos. Esta supuesta unidimensionalidad de la participación llevo a suponer que quienes desarrollaban las actividades más difíciles también tomaría parte en las más fáciles. Tomando como base esta unidimensionalidad de la participación se clasificaba los ciudadanos en gladiadores (quien tomaban parte activa en la campaña electoral así como en las otras actividades), espectadores (quienes se limitaban a votar) y apáticos (quienes ni siquiera votaban).” (Rescato de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/14911.pdf>)

“Posteriormente, gracias a autores como Norman Nie y Sidney Verba, ha quedado claro que las actividades participativas deben ser estudiadas al menos desde cinco dimensiones diferentes. Estas dimensiones son: grado de influencia que se ejerce a través de la actividad, lo que incluye la cantidad de presión que se hace sobre los dirigentes para que actúen de determinada manera y la precisión de la información que se les transmite acerca del comportamiento que se les exige; amplitud del resultado a obtener según produzca un beneficio colectivo o particular; grado de conflicto en que se verán envueltos los participantes; nivel alto o bajo de iniciativa personal requerida para realizar la actividad; y finalmente, grado de cooperación con otros asociados con la misma” (Nohlen, Dieter 1981, p. 257).

“Las actividades que reúnen características similares en las cinco dimensiones forman los llamados modos de participación. Determinar estos modos permite clasificar a los ciudadanos según la forma en que participen y no solo según el esfuerzo que estén dispuestos a asumir para hacerlo. Obviamente las personas pueden, y un porcentaje pequeño no lo hace, tomar parte de actividades correspondientes a varios modos. Los modos de participación según Fayt, serían” (1963, p. 93):

“a) **Votar**, comprende actividades como sufragar en elecciones nacionales, regionales, locales, plebiscitos y referéndum”.

“b) **Campaña política**, comprende actividades como: persuadir a otros en favor de un candidato, asistir a reuniones políticas, aportar dinero para campañas políticas, ser miembro de una organización, desplegar afiches, distribuir literatura política, etc”.

“c) **Actividad comunitaria**, comprende actividades como ser miembro de una organización dirigida a resolver problemas comunes a un sector de la población, y trabajar individual o colectivamente para resolver problemas comunitarios”.

“d) **Actividad particular**, comprende actividades como la de entrevistarse con un funcionario público respecto a asuntos individuales del ciudadano”.

“e)**Actividad de protesta**, comprende actividades como asistir a manifestaciones y marchas de protesta, participar en campañas de desobediencia cívica, etc”.

“De estos modos de participación ciudadana, votar es el único en el que usualmente toma parte más del 50% de la población hábil en los países democráticos, el resto de las actividades señaladas rara vez envuelve más de la cuarta parte de los electores. Esta circunstancia contribuye a resaltar la importancia del sufragio universal y libre como elemento fundamental e irremplazable de la democracia moderna”.

“La participación política puede clasificarse siguiendo varios criterios. De acuerdo a su inserción o no en el proceso estatal de toma de decisiones, puede distinguirse entre participación institucional y no institucional; la primera se refiere a aquellas actividades integradas a los mecanismos gubernamentales de toma de decisiones: referéndum, elecciones, organismos consultivos, etc. La segunda comprende actividades que no forman parte de los canales oficiales para el establecimiento de políticas, y que están dirigidas a ejercer presión sobre ellos, tales como manifestaciones, campañas electorales, peticiones individuales o colectivas a organismos públicos, promoción de los intereses de determinados grupos o clases sociales, militancia y actividad dentro de los partidos políticos, etc. La posibilidad de realizar libremente esta última está vinculada a los requisitos mínimos para la existencia de un régimen democrático; el florecimiento de la primera forma parte de su proceso de desarrollo y expansión”. (Fernández Doblado 1973, p. 137)

Atendiendo el carácter de la decisión del acto de participación, esta se clasifica en decisiva y consultiva. En la primera las decisiones tomadas por los ciudadanos tienen carácter vinculante para los gobernantes, quienes están obligados a regirse por ellas. Este es el caso de las elecciones y del referéndum en países como Italia y Suiza. En la segunda el gobierno no está obligado a instrumentar. Es el caso de los llamados referendum

consultivos, de la iniciativa popular legislativa en los casos en que un número determinado de ciudadanos, este habilitado para proponer proyectos de leyes, pero su trámite posterior sea dejado totalmente al arbitrio de los cuerpos deliberantes respectivos, y en general de la participación no institucional. “Como es obvio los mecanismos de carácter decisivo otorga a los ciudadanos un mayor nivel de influencia en la dirección política de la sociedad e implican, podría argumentarse, un nivel superior de democracia. Sin embargo, puede ser que una institución consultiva tenga en la práctica efectos similares a la participación decisiva; esto ocurre cuando el costo político de apartarse de la decisión aprobada por los participantes pudiera resultar extraordinariamente elevado para los gobernantes, como sería el caso de referenda consultivos que resulten en claras mayorías en favor de determinada política”. (Loc. cit.)

“La actividad de participación puede también clasificarse en directa o indirecta. En el primer caso la comunidad toma la decisión mediante votación universal, con la intervención de cada uno de sus miembros. Los referendums y las elecciones corresponden a este tipo. En la participación indirecta los ciudadanos designan representantes o mandatarios para que tomen parte, en nombre de los primeros, en la actividad correspondiente; por ejemplo, en el caso de organismos oficiales en los que se incluye representación de organizaciones ligadas a importantes sectores sociales tales como cámaras empresariales y centrales sindicales. En condiciones iguales la participación directa es más eficaz que la indirecta ya que se expresa de la manera más fiel posible la voluntad de la comunidad. Dentro de la participación indirecta el grado de influencia en manos de los ciudadanos depende de si los personeros que actúan en su nombre lo hacen a título de mandatarios o representantes. En el primer caso están obligados a seguir las instrucciones de la organización o grupo en cuyo nombre actúan y pueden ser sustituidos en cualquier momento, en el segundo obran de acuerdo a su propio criterio y solo pueden ser removidos al expirar el periodo para el que fueron electos”. (Fernández Doblado 1973, p. 131)

“La modalidad del mandatario asegura mejor la efectividad de la acción participativa de la organización o grupo por el que actúa, ya que su comportamiento estará más directamente dirigido y controlado por este, lo que reduce el peligro de que una vez designado oriente su actuación con base en criterios personalistas u orientaciones provenientes de organizaciones extrañas a la representada. También dentro de la participación indirecta, es importante determinar si el organismo oficial en el cual se integra a uno o varios sectores ciudadanos está compuesto mayoritariamente o minoritariamente por representantes de estos últimos o por funcionarios públicos”. (Loc. cit.)

“En el caso de que la presencia no oficial fuera minoritaria, desde el punto de vista de los ciudadanos, su participación real sería de carácter consultivo aun cuando el ente al que estén incorporados está en capacidad de tomar decisiones en el área de su competencia. Si en el ente público hay una mayoría proveniente del sector no oficial hay que observar si se trata de grupos con intereses contrapuestos paritariamente representados (por ejemplo: asociaciones empresariales y laborales), en cuyo caso, el sector oficial convirtiéndose en el fiel de la balanza logra normalmente mantener el control; o sí; por el contrario, son grupos de intereses no contrapuestos y homogéneos, caso en el cual el control del organismo tenderá a estar en manos del sector no oficial. En esta última circunstancia, si el organismo tiene carácter decisivo, podría hablarse de una delegación al o los sectores representados de la toma de decisiones en un área determinada. Por ello, este tipo de participación (decisiva indirecta mayoritaria de grupos no contrapuestos) es dentro de la participación ciudadana institucional indirecta el que se otorga mayor influencia”. (Blancas Bustamante 2016, p. 86)

“La participación puede ser obligatoria o facultativa. En el primer caso el ordenamiento jurídico dispone la puesta en práctica del proceso o la instrumentación del organismo respectivo como un requisito necesario para la toma de alguna decisión (v. gr. reforma constitucional). En el segundo, la puesta en práctica del proceso participativo o del organismo de participación depende

discrecionalmente de quien este facultado a ponerlo en marcha. Esta facultad puede recaer en los ciudadanos mismos o en un órgano gubernamental. Es facultativo de los ciudadanos la organización de la participación no institucional (manifestaciones, asociaciones o grupos políticos, etc.) y algunas instancias de participación institucional (el referéndum o iniciativa legislativa popular). Es facultativo de organismos gubernamentales la utilización del referéndum legislativo en países como España y Francia, o, en la mayoría de los países, la creación de entes consultivos adjuntos a diversas instancias de la administración pública. En el caso de participación facultativa hay una diferencia notable entre las dos modalidades señaladas, la primera. Al dejar en manos de los ciudadanos mismos la decisión acerca de la utilización o no del mecanismo de participación, representa un nivel de desarrollo de democracia superior a la segunda donde la intervención ciudadana está supeditada a la voluntad de la legislatura, del ejecutivo o de ambos". (Loc. cit.)

Los mecanismos de participación podrían también clasificarse en temporales y permanentes. Esta clasificación es apropiada principalmente y permanentes.

Uno de los aspectos más atractivos, y por ello de los más estudiados, "es el relativo a los factores que influyen en estimular o desestimular la participación política de los ciudadanos. Estos análisis, realizados en un solo país o mediante comparaciones internacionales, tratan de identificar diferencias en los niveles de participación entre grupos de individuos en un mismo país, o entre países, para luego precisar los factores que aparecen asociados a dichas diferencias proponiendo finalmente una explicación teórica a las mismas con base en dichos factores o variables. Los estudios empíricos han distinguido dos clases de factores que influyen en los niveles de participación: institucionales e individuales" (Carreras y Vallés 1977, p. 83, cuyos lineamientos seguiremos):

a) Factores institucionales. Comprende las siguientes características.

1. Ordenamiento jurídico: los elementos son la obligatoriedad o el no del voto, el tipo de registro electoral, las facilidades legales para el sufragio y el sistema electoral.

a) Obligatoriedad del voto: El promedio de asistencia electoral en las democracias donde se establecen sanciones, aun cuando sean nominales, para quienes se abstengan es significativa. Una evidencia convincente es que los países que han modificado sus normas al respecto, han sufrido variaciones significativas en sus niveles de asistencia electoral en el sentido esperado. Así la eliminación del voto obligatorio en Holanda fue acompañada de un descenso en el promedio de asistencia electoral de aproximadamente 10%; por el contrario, en Costa Rica el establecimiento de obligatoriedad del voto produjo un notable incremento en el porcentaje de votantes. En la generalidad de los países de votos obligatorio las sanciones son meramente nominales, o en todo caso rara vez se imponen a los infractores, sin embargo la existencia de un deber jurídico y el sentimiento de estar obligado a cumplirlo parecen ser suficientes para estimular la asistencia electoral de un significativo grupo de electores que de otra manera no lo haría.

b) Tipo de registro electoral: también se indica un efecto importante de las normas sobre registro electoral en los niveles de asistencia a votar. Los sistemas de registros existentes pueden clasificarse en aquéllos en los que el gobierno asume la responsabilidad de elaborar el registro incluyendo a todas las personas hábiles para votar (este es el predominante en Europa) y, por otra parte, los países donde la responsabilidad de registrarse queda a cargo de cada uno de los potenciales electores (Estados Unidos, Venezuela, Costa Rica, Perú, Francia, Nueva Zelandia, entre otros), entre estos últimos en algunos se establece la obligación para el ciudadano de registrarse y en otros es totalmente voluntario (Estados Unidos, Francia). El esfuerzo adicional que se exige a los electores, en una época en que normalmente no hay todavía un ambiente electoral, se convierte en un costo adicional para el votante que tiene un efecto

desestimulante especialmente cuando no se brindan facilidades suficientes a los electores. En Estados Unidos diversos estudios han concluido que las dificultades para el registro electoral constituyen un factor muy importante en los bajos niveles de votación que presenta dicho país.

c) Facilidades legales para el sufragio: algunas leyes electorales han establecido otras disposiciones tendientes a facilitar la participación electoral tales como el voto por correo, voto mediante mandatario, voto asistido, voto en avance, facilidades para el traslado de circunscripción o centros de votación especiales. De estas medidas la única que parece tener un efecto individual significativo es el voto por correo, se ha estimado que puede aumentar el nivel de participación electoral en un 2% aproximadamente. Sin embargo, su contribución en conjunto parece ser importante para los dos países que admiten la mayoría de ellas (Suecia y Australia).

d) Sistema electoral: ha sido objeto de debate cuál de los sistemas electorales, la representación proporcional o el mayoritario, estimulan una mayor participación electoral. Los análisis empíricos, estimulan una mayor participación electoral. Los análisis empíricos no son concluyentes. Los países con representación proporcional tienen niveles de votación más altos, pero no se ha determinado si esto es producto de la diferencia en el sistema electoral o simplemente un efecto de otros factores que son mas frecuentes en países con representación proporcional tales como la estrecha vinculación entre el sistema de partidos y las divisiones sociales, las facilidades para el registro y el voto obligatorio. Sin embargo, puede afirmarse que el nivel de competitividad de las circunscripciones tiende a ser más alto en la representación proporcional que en el sistema mayoritario: en el primero todas las circunscripciones son competidas porque hasta las minorías tienen posibilidades de obtener puesto en la distribución proporcional, en el segundo normalmente una parte importante de las circunscripciones son de resultado seguro con predominio histórico de un partido específico, lo que les resta competitividad. El nivel de competitividad es un factor influyente en la participación electoral.

b) Factores individuales. Comprende las siguientes características.

“Los estudios empíricos han tratado de determinar di algunas características de los individuos, sociológicas o psicológicas, aparecen asociadas con los niveles de participación política. Hasta ahora la tendencia encontrada indica que en condiciones iguales tienden a ser más activos los adultos que los jóvenes o los ancianos, los hombres que las mujeres, y los de mayores recursos socio-económico (educación, ocupación, ingresos). Particularmente importante tiende a ser el nivel de educación formal alcanzado”. (Kavanagh, D, 1983, pp.181-186)

“En cuanto a factores de índole motivacional (psicológica), tienden a ser más activos quienes tienen más interés en política, mayor sentido del deber cívico, mayor confianza en su capacidad individual de influir políticamente (eficacia política subjetiva) y mayor identificación partidista. Sin embargo, en general, las características motivacionales aparecen sobre determinadas por el nivel de recursos socio-económicos, razón por la cual estos factores tienden a tener preponderancia en la explicación de la participación política desde el punto de vista individual”. (Verba, S., N. Norman y J.O. Kim: op. cit. pp. 1-22)

2. Derechos y deberes políticos

Los derechos políticos se constituyen en esencia, como formas de participación de los ciudadanos, bien subjetiva o colectivamente, en los procesos de formación de la voluntad estatal. Aparecen, como derechos funcionales que se reivindican frente al Gobierno. Poseen carácter negativo y a través de su ejercicio se procura influir, directa o indirectamente, en las decisiones del Poder. “Para Carl Schmitt, son derechos ciudadanos esencialmente democráticos, que parten de considerar a la persona como ciudadano del Estado y no, simplemente, como un ser libre. Idea ésta que encuentra su fundamento en la concepción expresada al respecto por Jellinek al considerar estos derechos como atributos esenciales del status de ciudadano en su actividad como tal (*Status activaecivitatis*). Se trata, por consiguiente, de aquellos derechos de la persona que,

legitimada como ciudadano, los ejerce frente al Gobierno y en el ámbito del Estado, quien los reconoce y ampara” (González Hernández 1989, p. 235).

En el caso peruano, conforme lo establece la constitución (Arts. 30 y ss), corresponde a los ciudadanos el ejercicio de los derechos y deberes políticos. Para alcanzar el estatus de ciudadano y acceder a su ejercicio pleno, se requiere ser peruano, llegar a la edad de dieciocho años, estar en goce de su capacidad civil y tener vigente su inscripción electoral.

“Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación. El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad. Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos.

Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personalidad jurídica. La ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general”. (CPP, Art. 30)

“El ejercicio de la ciudadanía se suspende por resolución judicial de interdicción, por sentencia con pena privativa de la libertad y por sentencia con inhabilitación de los derechos políticos. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad no pueden elegir ni ser elegidos. No existen ni pueden crearse otras inhabilitaciones. Con un criterio muy amplio, la moderna doctrina constitucionalista define estos derechos y deberes políticos, como aquellos derechos subjetivos y los deberes propios del ciudadano en el ámbito del derecho público” (Cfr. Fayt 1963, p. 7). En este sentido, cabe considerar:

“1. En relación a la propia persona del ciudadano, cabe hablar de derechos generales y de derechos especiales. Los primeros se refieren a derechos innominados, implícitos; los segundos a derechos nominadas, explícitos, específicos. Ahora bien, si la referencia es al sujeto como miembro de la comunidad, hablaremos de derechos individuales y derechos corporativos o colectivos (P. ej., derecho de sufragio, en el primer caso o el derecho de asociación política, en el segundo).

2. En relación a su conexión con el sujeto mismo, los derechos públicos, como derechos *intuitu personae*, no son susceptibles de transmisión o renuncia. Su ejecución está ligada a la persona misma que los ostenta y sólo pueden ejercerse por ésta.

3. En relación a su mayor o menor consistencia jurídico-política, estos derechos pueden presentarse: a) Como plenos y perfectos; b) Como condiciones propensas a tutela administrativa; y, c) Como derechos susceptibles de limitaciones particulares”.

Por su parte, Jellinek, “clasificó estos derechos en función del desarrollo histórico de la situación pública del ciudadano en sus relaciones con la autoridad estatal” (clasificación evolutiva) (Cfme. Giménez Fernández 1977, p. 93):

- "*Status subjectionis*: Determinado por la capacidad del Estado para exigir obediencia a su derecho, así como fidelidad y prestación de servicios".
- "*Status libertatis*: Que amplía la esfera de los derechos privados del ciudadano, quien pretende sustraerse a cualquier injerencia por parte de la autoridad gubernativa".
- "*Status civitatis*: Que se concreta mediante la obtención por parte del Estado y de los ciudadanos, de seguridades respecto de una tutela jurídica efectiva y de distintos servicios públicos de prestación".
- "*Status activaecivitatis*: Que se manifiesta por el reconocimiento del derecho a participar activamente en el gobierno del Estado".

"Las doctrinas italianas (Romano, Zanobini), suelen diferenciar los derechos subjetivos públicos de los ciudadanos en derechos personales, funcionales y de prestación, pero subrayando que, en su uso general, los primeros indican los derechos de libertad, los segundos los derechos políticos y los terceros los derechos cívicos y sociales. Los derechos personales, o derechos de libertad, suelen subdividirse a su vez en: Derechos del Estado, que se refieren a la atribución o al reconocimiento de una condición jurídica determinada a cierto sujeto (P. ej.: ciudadanía); derechos que singularizan y diferencian la personalidad (nombre, títulos, grados administrativos, etc.); y, derechos de libertad civil, que se refieren a la total independencia de los ciudadanos frente al Estado en el ejercicio de determinadas actividades. Los derechos funcionales o derechos función, se aplican a todos los titulares de funciones públicas, siendo los derechos políticos la subcategoría más significativa y, en estricto, indican los derechos de los que se es titular en razón a ser miembro de una colectividad política determinada. Los derechos de prestación (cívicos sociales), se refieren a la posibilidad de obtener por parte del Estado tanto una prestación de servicios como auxilios materiales concretos".

(González Hernández 1989, p. 243)

“Entendidos los derechos políticos como una sub-categoría de los derechos de función (derechos funcionales), cabe interpretarlos en sentido amplio y en contraposición a los derechos civiles y a los privados, como condiciones jurídico-políticas esenciales que posibilitan la realización material de todos los derechos públicos subjetivos. Ahora bien, en sentido propio o estricto, los derechos políticos indican unos específicos derechos funcionales de los cuales se benefician los individuos por el simple hecho de ser miembros de una determinada colectividad. Se infiere de lo anterior, que la condición imprescindible para legitimar activamente al sujeto en el ejercicio de tales derechos, es la de ser ciudadano. Tal condición implica automáticamente su reconocimiento como titular de estos derechos y le garantiza su realización en el marco jurídico del Estado. La gestación de esta idea y su recepción en el derecho público, parte de la transformación del concepto jurídico de súbdito (que no participa ni directa ni activamente en la formación de la voluntad estatal), en la figura del ciudadano, quien si es sujeto titular de derechos y persona jurídica dotada de interés legítimo para actuar en los procedimientos públicos de decisión política. La democracia se asienta sobre la responsabilidad de los ciudadanos de un país” (Sánchez Agesta 1972, p. 99).

“Esta situación particular, personalísima del ciudadano, no supone que éste, por el mero ejercicio de los derechos que le incumben, se convierta en un agente público (funcionario). En efecto, la realización de funciones públicas políticas no procura *per se* tal condición, que sólo es adquirida por aquellos ciudadanos que reúnen determinadas condiciones y superen ciertas exigencias especiales. La ejecución de los derechos funcionales de carácter público sólo supone, en rigor, realizar una función pública de tipo no estatal, ya que los ciudadanos que la ejercen no lo hacen representando al Estado, sino en nombre propio y en función de los intereses de la comunidad donde se insertan. Por otra parte, también es posible que la legislación positiva de ciertos estados,

a la vista de la falta de ejercicio de los derechos políticos, convierta éstos en derechos-deberes o bien en obligaciones constitucionales. Se transforma así la noción simple de *derecho* en la más compleja de “deber político”, creando la obligación jurídica de realizar, excepto por causa justificada, las funciones públicas de carácter político que atribuye el ordenamiento constitucional del Estado a sus ciudadanos”. (Sánchez Torres 2016, p. 96).

“Se denomina derechos-deberes, deberes públicos o más propiamente deberes constitucionales, a aquellas situaciones de sujeción que se imponen a los ciudadanos para tutelar no ya intereses privados, sino colectivos. En un sentido amplio, pueden considerarse deberes constitucionales tanto las limitaciones al ejercicio de los derechos, impuestas para alcanzar ciertas finalidades públicas (poderes deberes), como las que se derivan de las exigencias expresas por los derechos de prestación del Estado (deberes cívicos). Estos últimos suelen poseer una mención constitucional expresa y son los más conocidos comúnmente. Entre estos últimos, cabe destacar los siguientes: el deber de defender la Patria, que se positiva en la obligación de cumplir ciertas prestaciones militares; el deber de contribuir a los gastos públicos mediante la satisfacción de impuestos; el deber de fidelidad a la República, etc”. (Loc. cit.).

“Entre las prestaciones personales cabe distinguir las ordinarias (obligación de defender a la Patria, prestaciones civiles subsidiarias, etc.) y las extraordinarias, que se refieren a específicas obligaciones impuestas de manera singular a determinados ciudadanos cuando los poderes públicos estiman necesario establecer estados de alarma, excepción o sitio. Las prestaciones de carácter patrimonial, por su parte, vienen garantizadas por tres principios ya clásicos de la doctrina constitucional: el principio de consentimiento del impuesto, que obliga a su regulación por ley, no por la simple voluntad del gobierno; el principio de capacidad contributiva, que hace extensivo el principio de igualdad constitucional a las muy diversas situaciones fiscales y, el principio de proporcionalidad, que limita las exigencias tributarias en función de los distintos niveles de ingreso”. (Chirinos Soto, Enrique y Chirinos Soto, Francisco 2014, p. 115)

“En esquema, podemos establecer la siguiente clasificación de los deberes constitucionales de los ciudadanos: Deberes de la persona, que incluye la obligación de ser y mantenerse ciudadano, observando determinadas reglas que deben asumirse como miembro de cierta comunidad. Deberes funcionales, que obligan a asumir activamente la condición de ciudadano en lo que se refiere a todas las actuaciones público-políticas necesarias para el desarrollo de la comunidad: realización de los derechos políticos, electorales, de participación. Deberes de prestación, que determinan la obligación de contribuir personal y patrimonialmente para subvenir las necesidades del Estado del cual se participa como ciudadano” (Chaname Orbe 2009, p. 87).

3. El concepto de “elección” y sus clases.

“Como muchos otros concepto claves de la política, la acepción *elección* está marcada por un dualismo de contenido. Por una parte puede tener un sentido neutro de *técnico*, y por la otra, un sentido sesgado u *Ontológico*. Si no se hiciera esta diferenciación no podría entenderse el por qué en sociedades y sistemas políticos tan diversos en

estructura y orientación, las elecciones son parte de lo cotidiano de la política” (Dieter, Nohlen y Fernández Baeza 1989, pág. 258).

“El significado neutro de *elecciones* puede ser definido como *una técnica de designación de representantes*. En esta acepción no cabe introducir distinciones sobre los fundamentos en los que se basan los sistemas electorales, las normas que regulan su verificación y las modalidades que tiene su materialización. El significado ontológico de *elecciones* se base en vincular el acto de elegir con la existencia real de la posibilidad que el elector tiene, de optar libremente entre ofertas políticas diferentes y con la vigencia efectiva de normas jurídicas que garanticen el derecho electoral y las libertades y derechos políticos” (Carreras de Francesc y Vallés 1977, p. 195).

“En este sentido se da una confluencia entre los conceptos *técnico* y *ontológico* de *elección*, al definírsela como *método democrático para designar a los representantes del pueblo*. Estos conceptos generales abarcan una gran diversidad de variantes en la práctica política de los países. Un método para ordenar esta diversidad es una tipología simple de los tipos de elecciones. Según el criterio de la oportunidad y de la libertad de elegir que el ciudadano efectivamente tiene, es posible distinguir entre: a) Elecciones competitivas; b) Elecciones semi – competitivas; y, c) Elecciones no competitivas. En las primeras el elector ejerce el sufragio libremente y entre opciones reales. Esa oportunidad y esa libertad, además, están garantizadas por normas jurídicas efectivamente vigentes. Si estos requisitos, que deben verificarse copulativamente, se ven limitados en algún grado, se puede hablar de elecciones semi – competitivas, y cuando ellos se encuentran vedados al elector, estamos ante elecciones no- competitivas. Estos tipos de elecciones corresponden a la tipología corriente de los sistemas políticos modernos: elecciones competitivas, asociadas a los sistemas democráticos; elecciones semi-competitivas, asociadas a los sistemas autoritarios; y, elecciones no-competitivas, asociadas a los sistemas totalitarios”. (Dieter, Nohlen y Fernández Baeza 1989, pág. 262)

“La importancia que las elecciones tiene en una sociedad dada varía según los tipos de elecciones y, consecuentemente, de los sistemas políticos. En los sistemas democráticos las elecciones (competitivas) juegan roles fundamentales: En primer lugar las elecciones constituyen la base del concepto democracia. Hay democracia cuando los detentadores del poder son elegidos popularmente en una lucha abierta y libre por el poder. En segundo lugar, las elecciones son la fuente de legitimación tanto del sistema político, como de sus líderes o dirigentes. En tercer lugar, las elecciones son el medio a través del cual se verifica la participación política en las grandes mayorías”. (Loc. cit.)

“En los sistemas autoritarios las elecciones tienen una importancia más relativa. Teniendo presente la variedad de contextos que ofrecen estos sistemas es posible afirmar que en ellos las elecciones representan un medio, entre otros, de regular el poder político y que su verificación tiene importancia en la medida en que puede representar un cambio en la orientación de régimen. Las elecciones semi competitivas tienen importancia en la medida en que puede representar un cambio en la orientación de régimen. Las elecciones semi competitivas tienen importancia en el auto respaldo que busca el régimen político, el que se encuentra más expuesto que el totalitario a la opinión pública interna y externa. En los sistemas totalitarios las elecciones no juegan un rol en el poder político. No legitiman su ejercicio ni originan su cambio. Las elecciones son instrumentos de la dominación política y social”. (Blancas Bustamante 2016, p. 131)

Conforme lo precisa Fernández Doblado, “aunque la tipología de sistemas políticos descrita es también útil para ordenar sus funciones es preciso advertir que éstas difieren contextos sociales en los que se verifican las elecciones. Esto vale especialmente dentro de las elecciones, competitivas, teniendo presentes distintos *grados de democracia* y las diversas formas de estructuración de ellas” (1973, p. 237):

1. Funciones relevantes de las elecciones competitivas:

- a) La estructura del sistema social (estratificación y movilidad social; coexistencia o conflicto de etnias, religiones, etc.; grupos de interés, clivajes y antagonismos sociales).
- b) La estructura del sistema político (Régimen de gobierno, forma de Estado, modalidades de regulación de conflictos).
- c) La estructura del sistema de partidos (número de partidos, tamaño y tipos de partidos, distancia entre partidos).

En igual sentido agrega Fernández Doblado (Loc. cit.), si se tomara un ejemplo óptimo de sociedad; las elecciones cumplirían las siguientes funciones:

- “Legitimación del sistema político y del gobierno de un partido o alianza de partidos;
- Expresión de confianza en personas y partidos;
- Reclutamiento de las élites políticas;
- Representación de opiniones e intereses del electorado;
- Ajuste de las instituciones políticas a las preferencias del electorado;
- Movilización del electorado en torno a valores sociales, metas y programas políticos, intereses políticos – partidistas;
- Concientización política de la población mediante la explicación de problemas y exposición de alternativas;
- Canalización de conflictos políticos mediante procedimientos pacíficos;
- Integración de la pluralidad social y formación de una voluntad común políticamente viable;
- Estímulo de la competencia por el poder con base en alternativas programáticas;
- Designación del gobierno mediante formación de mayorías parlamentarias;
- Establecimiento de una oposición capaz de ejercer control;
- Oportunidad de cambio de gobierno”. (Fernández, 1999, p .)

“En la medida en que las características de la sociedad arriba señaladas se relativizan, también el cumplimiento de estas funciones pierde regularidad. En sociedades más heterogéneas (como la mayoría de los países latinoamericanos), las elecciones no son el medio principal ni el único para la movilización popular, la articulación de sus demandas, la legitimación y control del poder político; y, especialmente, las elecciones pueden ser un elemento accidental o secuencial en el reclutamiento de la élite política o en la canalización del conflicto político por vías pacíficas. La estratificación social rígida, en un caso, y el ejercicio de diversas formas de violencia y de su negociación, en el otro, contribuyen a disminuir la función de las elecciones en esas materias.

2. Las elecciones semi-competitivas pueden jugar las mismas funciones de las competencias dentro de un marco aparente, especialmente en la representación de intereses sociales y en la designación del gobierno (y de la oposición). En esos temas reside el rol legitimador y estabilizador de las elecciones en sistemas autoritarios. Las funciones de las elecciones semi-competitivas pueden sintetizarse en las siguientes:

- El intento de legitimar las relaciones de poder existentes;
- La distensión política hacia adentro;
- El mejoramiento de la imagen hacia afuera;
- La manifestación (e integración parcial) de fuerzas opositoras;
- El reajuste estructural del poder a fin de afianzar el sistema”.

“3. Las elecciones no-competitivas, por último, cumplen funciones vinculadas con su importancia. Las funciones de estas elecciones se integran dentro de su característica esencial del instrumento de dominación. Cumplen las siguientes funciones:

- La movilización de todas las fuerzas sociales; - La explicación de los criterios de la política del régimen; - La consolidación de la unidad político-moral del pueblo.

El marco conceptual hasta ahora descrito por Fernández Doblado (LOc. cit.), tiene una variada aplicación en América Latina, especialmente por la diversidad de situaciones que ofrece la historia de la región y de cada país. Como un intento de sistematizar esa amplitud contextual, según los conceptos expuestos, de deberían considerar los siguientes problemas:

La correspondencia entre sistemas democráticos y elecciones competitivas se encuentra en América Latina con agudos problemas de la práctica política. Según la letra constitucional, en la gran mayoría de los países de la región la democracia liberal tiene una tradición de más de un siglo y medio. La práctica, sin embargo, se aleja de esa afirmación. No nos referimos aquí a los sistemas o regímenes formalmente no democráticos (autoritarios y totalitarios), que también tienen arraigo en la región, sino a aquellas fases en que se han efectuado elecciones y ha tenido vigencia la institucionalidad plena. Se sabe que la democracia simultáneamente formal y sustantiva y que, aunque lo sustantivo otorga el grado de contenido democrático de un sistema, es imprescindible que esté vigente un conjunto normativo – institucional de reglas del juego político. Sin embargo, en América Latina este aspecto formal tiende a cubrir el resto y en él tiende a radicarse la legitimidad del sistema político. El tardío aumento de la participación política hasta el pleno voto universal o la efectiva garantía de la limpieza del acto electoral a través de órganos imparciales de control y de escrutinio, así como la fiscalización del cohecho, que sólo se estableció en las últimas décadas, contrastan con la tradición democrática formal tan antigua” (González Hernández 1989, p. 246).

“La precisión sobre el concepto de democracia en América Latina se complica aún más con la conformación de las estructuras socio económicas y sus efectos electorales. La garantización legal de la participación política universal no basta para que vastos sectores marginales se integren a los procesos electorales, a pesar de la obligatoriedad del voto. Por otra parte, cuando esa integración se produce, está amenazada por la manipulación, el caciquismo, el clientelismo y otras deformaciones político-culturales enraizadas en varios países o regiones de América Latina” (Loc. cit.).

4. El proceso electoral

“La palabra proceso es, a la vez, de uso común y de uso especializado en diversas disciplinas científicas o teoréticas. En el campo jurídico tanto en el término *proceso* como el de *procedimiento*, aluden a una serie de actos colocados en una secuencia temporal, a través de los cuales progresa el tratamiento de un determinado asunto por parte de un órgano público, desde un acto inicial o introductorio hasta una decisión final”. (Antillón, 2003, p. 1015)

“La necesidad de asegurar, a través de un procedimiento seguro, criterios de verdad y de razón que permitan a los órganos competentes decidir quiénes han resultados elegidos por el pueblo en una contienda electoral, se hace sentir con la máxima intensidad en nuestra región y en nuestra época, que concibe al proceso electoral como el medio y la garantía del libre ejercicio de los derechos políticos y de la autenticidad de sus resultados” (González Llaca 1981, p. 159).

Carré de Malberg, participa de la opinión de que el derecho de elección, que se efectiviza mediante un proceso, “es sucesivamente un derecho individual y una función estatal. Un derecho, en cuanto se trata para el elector de hacerse admitir en la votación y de participar en ella; una función, en cuanto se trata de los efectos que ha de producir el acto electoral una vez realizado; pues dicho acto, individual en sí, lo recoge por su cuenta

el Estado y a él se lo atribuye la Constitución; por ello, produce los efectos y tiene la potestad de un acto estatal, aunque sea obra de individuos”. (Cit. Fayt 1963, p. 213).

“Si mediante el ejercicio de la función electoral se cristaliza y adquiere sentido y dimensiones precisas una voluntad popular que antes existía en forma difusa y ambigua, es esencial que ese tránsito de lo indefinido y difuso hacia lo preciso y definitivo tenga lugar con las garantías de dialogo, paridad de posiciones, etc.; de un verdadero proceso; si se quiere, con mayor necesidad, en este caso, que en el proceso de producción de normas por parte del cuerpo legislativo; porque siendo ese transcurso de lo indefinido y oscuro hacia lo definido y cristalino en el campo electoral, una de las más altas manifestaciones (probablemente la más segura y clara manifestación) de la democracia moderna requiere aún más perentoriamente de aquella *estructura privilegiada* que es el proceso” (García Laguardia 1989, p. 538).

“Ahora bien, ¿se trata, en la realidad de nuestros países de un proceso en sentido estricto, o se trata de un simple procedimiento? Esto va a depender, en definitiva, de lo que establezca cada sistema de derecho positivo; pero, en general, se puede notar una tendencia histórica que va desde las primeras legislaciones electorales que configuraban estructuras meramente procedimentales hasta las legislaciones modernas, que han venido incorporando cada vez más elementos propios del modelo *proceso*” (loc. Cit.).

“La actividad electoral se nos presenta como una secuencia de actos regulada por la ley, que tienen como objetivo la preparación, ejecución, control y valoración de la función electoral, así como la declaración y publicación de sus resultados. No estamos aquí ante una actividad para la tutela de derechos subjetivos o intereses legítimos de los particulares como es el caso de los procesos jurisdiccionales civiles, contencioso-administrativos, etc.”.

”Ni para la tutela de intereses colectivos amenazados por el delito, como es el caso de los procesos penales; el objetivo del proceso electoral excede en importancia al de los procesos jurisdiccionales; tiene como protagonista a un país entero y toca un aspecto clave de su vida civil: la representación política del pueblo en los órganos de dirección del estado. De donde sigue la necesidad, anteriormente apuntado, de que la serie de actividades que llamamos proceso electoral constituyen un mecanismo completa y perfectamente adecuada a su fin, dado el carácter democrático y auténticamente popular constituye la esencia misma de la forma electoral. Por lo cual el proceso electoral debe constituir un permanente ejercicio democrático desde el principio hasta el fin: democracia en la escogencia de los candidatos dentro de los partidos y alianzas; democracia en la palestra ideológica; democracia de la emisión del voto, etc”. (González Arzac 1960, p. 126).

“El proceso electoral está diseñado en la ley como un conjunto de actividades confiadas a diferentes protagonistas que son, entonces, los sujetos de dicho proceso. Entre estos podemos colocar a los partidos políticos, a los candidatos postulados, a los ciudadanos en particular, al Tribunal Supremo de Elecciones y sus auxiliares y al Cuerpo Electoral”. (Antillón, 2003, p. 1015)

“El Cuerpo Electoral es el titular de una función soberana en el Estado: la función electoral. Es la expresión orgánica del conjunto de los ciudadanos con derecho al voto en un determinado país. La función electoral es realizada por el Cuerpo Electoral, considerada como una unidad orgánica, que adquiere su pleno significado en cuanto es colectiva, en cuya virtud la identidad de cada ciudadano desaparece en el secreto del voto. A los partidos políticos y a las alianzas de partidos debidamente registrados les corresponde el papel de partes gestoras o promotoras de una fase fundamental del proceso electoral, que es la fase de adquisición de conocimiento, por parte de Cuerpo Electoral, de las ideas y programas sustentados por los candidatos, así como sobre la personalidad, costumbres y formación de estos como individuos. Los candidatos son también,

por si mismos, partes del proceso electoral. Como destinatarios de la decisión del Cuerpo Electoral, es importante que se les reconozca un papel protagónico también en la etapa preparatoria del proceso destinada al debate de las ideas y aptitudes que sustentan, y que se les someta al examen público por parte del resto de la ciudadanía”. (Salcedo Cuadros, Garcés Peralta y otros 2004, p. 312)

El Tribunal Supremo de Elecciones (en el caso nuestro el Jurado Nacional de Elecciones), “es el órgano con las más altas facultades de regulación, control y decisión sobre el proceso electoral, es la cúpula de un sistema de órganos que realiza una actividad administrativa preparatoria, es la función soberana que compete al Cuerpo Electoral; y que, como vértice de dicho sistema, el Tribunal tiene a su cargo funciones administrativas de dirección y control de sus órganos subordinados, pero también funciones de solución final de controversias en materia electoral, esto es. Funciones jurisdiccionales” (Loc. cit.).

“En cuanto a las etapas del proceso electoral, encontramos en primer lugar la etapa preparatoria. Esta etapa se inicia con la convocatoria que hace para la celebración de los comicios de que se trate (pueden ser para los miembros de los poderes Ejecutivo y Legislativo, o para miembros de las municipalidades, o para miembros de la Asamblea Constituyente, etc.) y comprende dos fases: la fase de inscripción de los partidos y candidatos, la de estos últimos únicamente, y la campaña política. La campaña política es la fase más importante de todo el proceso electoral, puesto que sirve para brindar a los ciudadanos la oportunidad de conocer a los candidatos, los programas de sus partidos y sus ideas y actitudes personales en relación con los problemas del país y sus perspectivas futuras. Todo esto tendrá que conseguirse a través de un debate que debería confrontar intensa y extensamente a los candidatos ante sus oponentes y partidarios, a través de mesas redondas, discusiones frontales, ruedas de prensa, encuentros con diversos sectores de población, etc. El momento de la campaña electoral debe ser el punto más alto de la dialéctica del proceso electoral y uno de los rasgos que caracterizan mejor a este proceso. En

consecuencia, es el momento en que los órganos estatales adscritos al proceso, deben hacer el mayor esfuerzo por garantizar a todos los candidatos una presencia equivalente en la palestra electoral, con igualdad de recursos propagandísticos y un acceso paritario a los medios de comunicación de masas. Puede decirse que la calidad de la campaña electoral es uno de los indicadores más seguros de la vitalidad de la democracia en un determinado país. En segundo lugar aparece en el proceso electoral la etapa constitutiva. En esta etapa tienen lugar las actividades decisivas del proceso electoral, a saber: a) la manifestación de la voluntad soberana del Cuerpo Electoral, que es el sufragio; y b) la cuantificación y valoración de dicha voluntad por parte del órgano supremo de elecciones, para traducirla en resultados electorales concretos, contenidos en una declaración formal. La secuencia procesal de la etapa constitutiva incluye tres fases: votación, escrutinio, y declaración del resultado". (Sánchez Torres 2016, p. 258)

"La votación es, sin duda, el acto central del proceso electoral, cuando el Cuerpo Electoral cumple, generalmente en una sola jornada en las mesas receptoras, con la participación de los fiscales o personeros de los partidos, la función soberana que la Constitución le encomienda. Pero a pesar de su enorme trascendencia la votación solo es una actividad difusa, cuyo significado se desconoce, sino tuviera lugar el escrutinio, que es el conjunto de operaciones que otorgan dimensiones precisas, valor y autenticidad a aquella votación. Esta fase del escrutinio, que también es realizada *con la presencia y participación de las partes*, es decir, de los representantes de los partidos políticos acreditados, comprende diferentes operaciones y actividades a cargo del órgano electoral y de sus órganos auxiliares; y a cargo también de los fiscales y delegados de los partidos, los cuales ordinariamente planean al órgano electoral una serie de recursos contra las decisiones de los órganos subalternos. Por ello, simultáneamente con las operaciones finales del conteo y de revisión voto por voto, el órgano electoral va examinando también aspectos cualitativos con respecto a la elección y a los candidatos, a fin de llegar a un pronunciamiento

final. Se ha dudado si este acto final del órgano electoral, con efectos meramente declarativos (puesto que constata y declara un resultado producido antes por el Cuerpo Electoral), es un acto materialmente jurisdiccional, o bien un acto administrativo. Consideramos al respecto, que se trata en esencia de un acto administrativo electoral” (Douglas Rae 1977, p. 232).

Por último, se aprecia “una etapa integrativa de eficacia. El fenómeno fundamental de todo el proceso de las elecciones es, como hemos visto, la expresión de la voluntad del cuerpo electoral constituido por los ciudadanos por medio de los votos. Actividad que requiere ser elaborada técnicamente, mediante una serie de operaciones y cálculos, y que en último término, se resuelven en la subsunción de los datos así cuantificados a un sistema de normas que les otorga un significado jurídico-político preciso, expresado en una declaración formal del Tribunal Supremo de Elecciones. Sin embargo la eficacia jurídica de esa declaración del Tribunal no se produce mientras a su vez no se produce un acto sucesivo de publicidad idóneo para comunicar al público los resultados conseguidos. Esta actividad de comunicación social constituye la fase Integrativa de eficacia del proceso electoral. Llegado a este punto, el proceso electoral alcanza el objetivo asignado a la función electoral por el ordenamiento jurídico: la renovación periódica del mandato conferido a los titulares de los órganos supremos del Estado”. (Mackenzie 1982, p. 197)

5. Concepto de sufragio y voto

“El sufragio es la base de la organización del poder en el Estado. Consiste en el derecho político que tienen los miembros del pueblo de participar en el poder como electores y elegidos, es decir, el derecho a formar parte del cuerpo electoral y, a través de éste, en la organización del poder. En este sentido, su contenido no se agota con la designación de los representantes, sino que comprende los procesos de participación gubernamental, propios de las formas semidirectas de democracia, que consagran la

intervención del cuerpo electoral en la formulación de las decisiones políticas, jurídicas y administrativas del poder en el Estado” (Chaname Orbe 2016, p. 59).

Esta facultad de ser elector y ser elegido, nos dice Carlos S. Fayt, jurídicamente tiene categoría de un derecho público subjetivo de naturaleza política, exteriorizado mediante un acto político. “Es una forma de energía o actividad política, que materializa el poder electoral. Estos dos aspectos permiten comprender al sufragio como facultad, por una parte, y como actividad, por la otra, y definirlo como el derecho que tienen los ciudadanos de elegir y ser elegidos, y participar en la organización y actividad del poder en el Estado, o bien, como energía política reconocida a ciertos hombres para que elijan y participen del gobierno de la comunidad”. (1963, p. 17).

Los principios clásicos del sufragio, según lo establece Carreras de Francesc y Vallés, Josep M. (1977, p. 231) tienen el contenido siguiente:

“Universal; Todos los ciudadanos tienen el derecho a elegir y a ser elegidos sin importar su sexo, raza, idioma, ingreso y propiedad, profesión, estamento o clase, educación, religión o convicción política. Este principio no sufre merma por el hecho de que se exijan algunos requisitos imprescindibles, como una cierta edad, la nacionalidad, la residencia, el estar en posesión de las facultades mentales y de los derechos civiles, así como de la plena capacidad jurídica. También se ha de considerar como condición formal para poder ejercer el derecho a voto, la de estar inscrito en los registros electorales. La exigibilidad puede estar sometida a otros requisitos, como una edad mayor a la de ciudadano, o la incompatibilidad con el ejercicio de otros cargos públicos. Asimismo no constituye lesión al principio del voto universal la exigencia *de hecho* o de derecho de que la candidatura sea respaldada por la pertenencia de un partido político”.

“Igualdad: Todos los votos son iguales en cuanto a su valor numérico.

No es lícito diferenciar la importancia del voto de los electores en función de criterios de propiedad, ingreso, pago de tributos, educación, religión, raza, oposición política. Cada elector puede tener (según el procedimiento de votación) uno a varios votos. Lo decisivo es que el número de votos del conjunto de electores sea el mismo del cuerpo electoral”.

“Secreto: Este principio se opone a la emisión pública o abierta del voto, así como el voto *al dictado*, por aclamación o por mano alzada. Se debe garantizar jurídica y organizativamente (mediante cabinas electorales, papeletas oficiales opacas, urnas selladas, etc.) que la decisión del votante no puede ser conocida por nadie”.

“Directo: Establece la no existencia de intermediarios entre el votante y el elegido, que hayan de ser previamente elegidos por los electores (compromisarios) y que, posteriormente, realicen la elección de los representantes. Son los propios ciudadanos electores los que determinan a los titulares de los escaños o de los cargos a elegir. No afecta al principio del sufragio directo la elección por lista de tipo cerrada o bloqueada. Sin embargo, con incompatibles con ese principio los cambios arbitrarios que pueden introducir los partidos en el orden de sucesión y en la selección de los candidatos de una lista, una vez realizada la votación. En cuanto a las elecciones indirectas habrá que distinguir entre elecciones mediatas, formales e informales. Elecciones formalmente indirectas son aquellas en las que aparece una instancia de intermediarios entre los electores y los elegidos, pero en las que el elector, sin embargo, determina la orientación del voto del compromisario. En oposición a esto, las elecciones materialmente indirectas son aquellas en las que el intermediario procede a elegir (sin vinculación alguna) a los titulares definitivos de los cargos públicos de elección popular”.

“Libre: Delimitar con claridad este principio resulta bastante complejo.

El concepto puede entenderse como que el derecho a sufragio ha de ejercerse

sin coacción o cualquiera otra influencia externa ilegal. Este sentido del concepto afirma el carácter subyacente cualitativo de la elección consistente en ofrecer al elector la posibilidad de elegir libremente entre diferentes ofertas políticas. Si así no ocurriera, no sería elección libre y, por lo tanto, no sería elección, en su sentido más cabal. La protección del libre ejercicio del sufragio y la ausencia de control en la emisión del voto ya están cubiertas con la exigencia del voto secreto. No obstante esto, hay autores que conciben el criterio libre como un requisito complementario-sustancial del derecho electoral democrático, delimitando así, con mayor claridad, la diferencia con elecciones autoritarias o totalitarias de tipo semi o no-competitivas”.

“**Obligatorio:** Los electores inscritos deben ejercer su derecho electoral. La justificación teórico-jurídica de la obligatoriedad del sufragio, reside en la tesis de que la realización del derecho político de participar en la elección de la representación política en sinónimo de **deber-cívico**. Sin embargo, la introducción del voto obligatorio en varios países ha sido motivada por otras razones. Entre ellas destaca la de contrarrestar riesgos de manipulación electoral mediante un abstencionismo forzado de los estratos bajos promovido por los sectores sociales poderosos. Así, paradójicamente, el voto obligatorio podría ser presentado como una contrapartida de la ampliación del sufragio en función de un libre ejercicio del derecho a voto”.

Por su lado, el vocablo “voto” proviene del latín “*votum*”, y ello ya nos ilustra acerca del “origen religioso del término que debía entenderse en el sentido de ofrenda o promesa hecha a los dioses. Si atendemos a las acepciones de esta voz admitida por la **Real Academia Española**” (“Diccionario de la Lengua Española”, 20ª ed., Madrid, 1984, tomo II, pág. 1398), comprobaremos cómo ese significado religioso perdura. “Comúnmente, se suelen utilizar como vocablos sinónimos los de *voto* y *sufragio*. La voz *sufragio* proviene del latín *sufragium* y puede traducirse inicialmente por ayuda, favor o socorro, acepción que no va del todo desencaminada, pues, como ha advertido Nohlen Dieter, mediante el

sufragio los ciudadanos electores coadyuvan en cuanto miembros de la comunidad política (Estado-comunidad), a su conexión con la organización jurídico-política del Estado (Estado-aparato) y, por ende, a la integración funcional de toda la sociedad política. No en vano, como pusiera de manifiesto Maurice Hauriou, el sufragio es la organización política del asentimiento y al unísono del sentimiento de confianza y adhesión de hombre a hombre” (2010, p. 112).

“En todo caso, en un momento ulterior, al vocablo *sufragio* se ha dado un nuevo significado, el de voto. El propio Diccionario de la Lengua Española recoge como una de las acepciones de aquel vocablo la de *voto de quien tiene capacidad de elegir*. La circunstancia precedente ha propiciado una utilización indistinta de las voces *sufragio* y *voto* por parte de amplios sectores doctrinales. Así Pérez Serrano, define el sufragio como una operación administrativa por su forma y procedimiento, mediante la cual se designa a quienes hayan de ocupar determinados cargos públicos, se manifiesta el criterio del cuerpo electoral con respecto a una medida propuesta, o se expresa la opinión de los ciudadanos con voto en un cierto momento con respecto a la política nacional. Sin embargo, por nuestra parte, entendemos que conviene deslindar los términos *sufragio* y *voto*, aun a sabiendas de que entre ambos existe una indiscutible analogía” (1976, p. 337).

“El voto constituye, pues, una forma de expresión de voluntad, y en relación al sufragio político, el voto constituye el hecho de su ejercicio. La actividad que desarrolla el lector cuando vota, la acción de emitir el voto, configura un acto de voluntad política mediante el cual, sin necesidad de una fundamentación explícita, expresa su respaldo hacia una determina opción, fórmula o solución política, o manifiesta su deseo de que unos determinados candidatos ocupen ciertos puestos de autoridad; en definitiva, formaliza la propia voluntad u opinión en orden a una decisión colectiva” (Loc. cit.).

6. Clasificación del voto

“Este acto de voluntad política puede clasificarse con base en criterios muy dispares. Como han puesto de relieve Carreras y Vallés la mayoría de los criterios clasificatorios pueden agruparse en dos grandes capítulos: los que se refieren a la expresión material del voto y los que contemplan los efectos del mismo” (1977, págs. 88 y sgts.).

6. a) Tipos de voto según su expresión material; Nos referimos sucesivamente al voto público y secreto, al voto nominal y de lista, y al voto personal, por correo o por delegación.

“1. Voto público y voto secreto: El voto es secreto cuando se emite de tal modo que no es posible conocer, respecto de cada votante, en qué sentido ha manifestado su voluntad. El principio del voto secreto se opone a la emisión pública o abierta del voto, así como al voto al dictado, por aclamación o a mano alzada. Históricamente, en el pasado siglo, era norma común de las legislaciones electorales el carácter público de la emisión del voto. Montesquieu y, sobre todo, Stuart Mill, en su ardiente defensa del *Representative Government*, se mostrarían partidarios de la publicidad del voto sobre la base de que toda función que desarrolla el valor cívico debía ejercitarse públicamente.

Si en una sociedad perfecta no existirían motivos para defender el secreto del voto, la realidad de las presiones políticas, sociales y económicas, e incluso de toda suerte de coacciones, abogan por la necesidad de respetar aquel secreto, que de esa forma se presenta como un requisito ineludible de la libertad de ejercicio del derecho de sufragio y de la autenticidad en la manifestación de voluntad del ciudadano elector. No en vano la supresión de la votación abierta ofrece seguridad frente a la corrupción e intimidación organizadas, ya que provengan de parte de personas influyentes o de la presión de la opinión pública. Hoy puede afirmarse que la casi totalidad de la legislación contemporánea establece

que el voto debe ser secreto, lo que, sin embargo, contrasta con lo que acontece en los comités y entidades menores de todas clases en los países occidentales, siendo, por ejemplo, procedimiento común de las *Trade Unions* británicas, no tanto para las elecciones como para los acuerdos plebiscitarios a favor o en contra de determinadas condiciones de trabajo, el carácter público del voto” (Fernández, p.471)

“En todo caso, como con razón afirma Dieter Nohlen (1981, pág. 72), el principio del voto secreto no es una norma jurídica obligatoria para el lector. Lo único que se requiere es que se asegure, jurídica y organizativamente, la posibilidad del secreto en la emisión del voto. Ello no obstante, la jurisprudencia alemana ha defendido el criterio de que la emisión secreta del voto se configure como una obligación. A lograr el secreto del voto se orienta en una serie de regulaciones técnicas, como la cabina electoral, las papeletas oficiales opacas, las urnas selladas, etc”. (Fernández, p.471)

“2. Voto nominal y voto de lista: Esta diferenciación se encuentra muy ligada a la opción por uno u otro tipo de distritos: uninominales o plurinominales, y a la propia fórmula electoral. El voto nominal implica el voto por una candidatura individual. Puede tratarse de elegir un solo candidato en el marco de un distrito uninominal, o de elegir a un candidato individual de una lista. Si existe al unísono voto plural, se fortalece la posibilidad de cambiar el orden original de los candidatos de una lista”.

“El voto de lista implica por el contrario la opción del elector no entre individuos, sino entre listas de candidatos, cada una de ellas patrocinada por un partido o fuerza política. Equivale en la práctica a un sistema de votar la papeleta del partido. Los sistemas de lista pueden asociarse al sistema mayoritario simple, o bien a otro sistema mayoritario cualquiera, pero en general, como advirtiera Mackenzie”. (*Elecciones libres*”, 1962, pág. 83), “la opinión reacciona contra los sistemas que permiten a un partido obtener todos los escaños de una

circunscripción plurinominal por una mayoría absoluta, e incluso por mayoría relativa. A ello se debe que los sistemas de lista lleven casi siempre consigo fórmulas orientadas a distribuir los escaños entre los partidos en proporción a los votos obtenidos por cada lista". (Fernández, p.471)

“3.- Voto personal, por correo o por delegación: El voto es personal cuando el propio elector lo deposita en la urna del colegio electoral correspondiente. En algunos supuestos es imposible el traslado del elector al colegio (así, por ejemplo, enfermos y presos); de ahí que algunas legislaciones electorales hayan llegado a admitir el voto a domicilio, virtud del cual, una comisión de la mesa electoral se traslada al lugar de residencia de los electores; bien es verdad que la regla generalizada en estos supuestos es la del recurso al voto por correo”.

“En otro orden de consideraciones, hemos de significar que es compatible con el voto personal la posibilidad legalmente contemplada en algunos países de que el elector que no sepa leer o que, por defecto físico, esté impedido para elegir la papeleta o colocarla dentro del sobre para entregarla al Presidente de la Mesa Electoral, pueda servirse para estas operaciones de una persona de su confianza. Tal posibilidad es asimismo plenamente acorde con el secreto del voto. El voto por correo es la forma más común de solucionar las imposibilidades materiales de votar. Está previsto para aquellas personas que se encuentren accidentalmente ausentes de su circunscripción el día de los comicios; también para quienes hayan alterado su residencia tras el último censo y para los que por razones de salud o de transporte encuentren dificultades para desplazarse hasta la mesa electoral. En Inglaterra el voto por correo se introdujo en 1918. Hoy lo encontramos bastante generalizado en las legislaciones electorales”.

6.b) “Tipos de votos según sus efectos y su forma: Incluimos en este segundo apartado aquellos tipos de voto que revelan alguna variedad en cuanto a sus efectos o en cuanto a la forma en que debe expresarse la voluntad interna del elector (aceptando una propuesta preestablecida o estableciendo libremente

un orden de preferencias entre las posibilidades sometidas a su voluntad). Nos hallamos ante caracteres que afectan a la misma naturaleza del voto y, casi siempre, se hallan en relación con la concepción política dominante de la época que los registra". (Fernández, p.471)

"1. Voto directo o voto indirecto: Es aquel en el que el elector se pronuncia por la persona que ha de representarle en la cámara legislativa, mientras que el indirecto presupone la elección de un compromisario que, en un momento ulterior, habrá de proceder a realizar la elección definitiva. El voto indirecto, por su lado, puede ser de varios grados según la sucesión de compromisarios existentes hasta llegar a la elección definitiva. Como es obvio, con él, el elector no se pronuncia por quién ha de representarle, sino por un compromisario.

Históricamente, el voto indirecto ha venido respondiendo a una orientación moderada que, a través del mismo, restaba pasión a la lucha política. Sin embargo, se ha recurrido igualmente al voto indirecto como forma de organización del federalismo; tal ha sucedido en el caso de Estados Unidos, donde el Presidente es elegido constitucionalmente por unos compromisarios o *grandes electores* designados a este efecto en cada uno de los Estados. Bien es verdad que el devenir de las elecciones presidenciales norteamericanas ha supuesto el cambio de unas elecciones materialmente indirectas a otras tan sólo formalmente indirectas.

A este respecto, Nohlen (op. cit., pág. 73) ha diferenciado dentro de las elecciones indirectas, las elecciones mediatas formales y materiales. Los comicios formalmente indirectos son aquellos en los que aparece una instancia de intermediarios entre los electores y los titulares de los cargos, pero en las que el elector, sin embargo, únicamente emite un voto concreto por una persona o una lista que han de orientar al compromisario hacia un órgano representativo o hacia personas y listas que sean candidatos a un cargo público; en definitiva, son elecciones en las que la voluntad de los electores no está mediatizada por

la instancia de compromisarios. Por el contrario, los comicios en los que la instancia de compromisarios procede a elegir —sin vinculación ninguna— a los titulares definitivos de los cargos se han de considerar elecciones materialmente indirectas”. (Fernández, p.471)

“Cabe decir finalmente que en nuestro siglo, la universalización del sufragio ha ido unida a la generalización del voto directo, que hoy se considera como un principio esencial del Derecho electoral de una democracia moderna.

2. “Voto igual y voto reforzado: La idea del voto igual se expresa en la clásica fórmula *un hombre, un voto*. Todo ciudadano tiene idéntico derecho a votar y que los votos valgan lo mismo, sin que sea posible diferenciar la importancia del voto en función de criterios de propiedad, educación, religión raza, sexo o posición política. Los regímenes democráticos que informan las modernas estructuras políticas han generalizado el voto igual, pero no es raro encontrar todavía defensores del llamado *voto reforzado*.

En todo caso, es preciso tener presente que el principio de igualdad del voto añade a la formulación tradicional de *un hombre, un voto* la idea del valor igual de cada voto, por lo que hoy es enunciado bajo el rótulo de *onevalue*. Y es que, como señalara el juez Warren, Presidente del tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, en la conocida sentencia *Reynolds versus Sims*, de 15 de junio de 1964: Los legisladores representan personas, no árboles o campos. Los legisladores son elegidos por los electores, no por granjas, ciudades o intereses económicos... Es inconcebible que una ley que tienda a multiplicar los votos de los ciudadanos por dos, cinco o diez en una región del Estado, mientras en otras los contabiliza por la unidad, pueda ser constitucionalmente admisible.

En cuanto al voto reforzado, es aquel que autoriza a determinados electores individuales que reúnan unas condiciones especiales para participar

en los comicios con más de un voto. Aun cuando este tipo de voto es hoy en extremo raro, ha sido muy frecuente hasta no hace muchos años. Sus modalidades más conocidas son”:

“El voto plural, que implica la atribución de más de un voto a los electores en quienes concurren determinadas circunstancias o situaciones jurídicas. Como significa Mackenzie, la razón fundamental a favor del voto plural es que constituye un modo sencillo de aumentar la fuerza de aquellos electores a los que el Estado desea favorecer, pues ofrece, la posibilidad de establecer diferencias a favor de los electores más *expertos y responsables* concediéndoles votos adicionales. Otra razón consiste en que, si se concede un segundo voto a determinadas clases de electores (como los graduados universitarios, por ejemplo) agrupados en circunscripciones especiales, se logra diversificar la representación, por requerirse un tipo distinto de campaña electoral y elegirse un tipo de representante distinto.

Aunque la determinación jurídica del voto desigual es fundamentalmente, un fenómeno del siglo XIX, ha llegado casi hasta nuestros días. NOHLEN recuerda al efecto (en su obra *sistemas electorales del mundo, op. cit., págs.. 69-70*) cómo los 52 diputados de la Cámara baja de Irlanda del Norte se elegían por medio de un voto plural hasta el año 1968. Derecho a su segundo voto tenían: 1º— Los electores universitarios. 2º— Los llamados *occupiers of businesspremises*, esto es, lo propietarios de casas, tierras o negocios, así como sus esposas. Diremos por último que el tipo más frecuente de voto plural ha sido el llamado *voto de capacidad*, defendido por Stuart Mill, que favorecía a quienes se hallaban en posesión de un determinado título, ejercían un cargo especial o reunían cualquier requisito que suponía una formación cualificada. El voto familiar, que supone la atribución de un voto suplementario a los padres de familia, o bien un número variable de votos en relación con el número de componentes de la familia. En todo caso, parece evidente que la difusión del sufragio femenino ha restado valor a los argumentos que se esgrimían en favor

a este tipo de voto. El voto múltiple que implica el derecho de un elector a emitir un voto en más de una circunscripción electoral, a consecuencia de los diferentes títulos jurídicos que concurren en el mismo. Este sistema ha subsistido en Inglaterra hasta el año 1948”.

“3. Voto individual y voto corporativo: El voto individual supone que sólo el individuo que cumple los requisitos legalmente determinados, hallándose, pues, en la plena capacidad de goce de sus derechos políticos, puede ser elector. El individuo aparece como unidad de base de la sociedad política. Por el contrario, el voto corporativo es el que se ejerce a través de entidades económicas, sociales, laborales, etc. Contrasta por ello mismo con el voto individual, asentado en la consideración típicamente liberal que ve a todos los hombres iguales y, como tales, ciudadanos, y por ello mismo votantes.

El cooperativismo entiende que no se puede considerar al individuo aisladamente; ello constituye una abstracción, pues la realidad nos muestra al hombre integrado en unas colectividades sociales; de ahí que sea dentro de ellas donde debe actuar políticamente. Como afirma Sánchez Agesta (1972, págs. 280-281), la doctrina de la representación corporativa tiene una vaga relación con los principios en que se basó la representación medieval. No es la voluntad del pueblo como sujeto indeterminado y sin conexión con los representantes designados por el cuerpo electoral lo que debe representarse, sino la vida concreta de los grupos en que el pueblo se ordena. El vínculo ha de establecerse de una manera inmediata entre esas instituciones y sus representantes; estos no son representantes de la *voluntad general*, sino de la institución o grupo que representan. A la unidad del cuerpo electoral se opone de este modo la concepción plural orgánica del pueblo.

La representación funcional y el voto corporativo constituyeron una de las ideas nucleares de los fascismos del período de entreguerras, aunque bien es cierto que sectores políticos muy alejados de ese pensamiento han

propugnado intermitentemente un voto corporativo para la elección de las Cámaras altas". (Fernández, p.471)

"La representación funcional o corporativa encierra una cierta contradicción, pues aspira a lograr la unidad social y nacional, y para obtenerla construye un rompecabezas con los intereses económicos y sociales antagónicos.

4. Voto absoluto y voto ordinal: Es Rae Douglas (1977, p.16 y sgts.) quien utiliza esta terminología, que otros autores sustituyen por la de *voto preferencial*. Nos hallamos ante un voto absoluto o de aceptación, cuando el elector viene obligado a pronunciarse por un partido en el parlamento frente a los demás. Su decisión no puede ser matizada, ya que el elector debe limitarse a un pronunciamiento positivo o negativo por los candidatos que le presentan las formaciones políticas. Por el contrario estamos ante un voto ordinal o preferencial, cuando el elector puede matizar su voluntad, marcando sus preferencias acerca de los candidatos que se someten a su juicio.

Un ejemplo de voto absoluto nos puede venir de dado por el modelo británico, en el que el votante ha de inclinarse por uno u otro de los candidatos en liza, pero también es absoluto el voto de lista vigente en muchos sistemas europeos, pues no permite al elector sino escoger una de las listas presentadas por las formaciones políticas que participan en la contienda electoral; es el caso, por ejemplo, del modelo español de listas completas, cerradas y bloqueadas. En algunos supuestos, el elector puede mostrar sus preferencias parcialmente, entre los candidatos de un partido concreto, pero no puede dividir su mandato entre partidos o candidatos de partidos diferentes.

El voto ordinal propiamente dicho permite que el lector exprese una preferencia más compleja y condicional, llegando incluso a poder ordenar los partidos. Rae Douglas". (op. cit., pág. 18)

“Se ha referido a tres modalidades concretas: el **voto preferente y el voto acumulado**, que implica que el elector tiene la posibilidad de otorgar varios votos a un único candidato, o bien la posibilidad para distribuir sus votos entre las diferentes listas de partido, en la proporción que el mismo decida, bien que estas posibilidades puedan establecerse limitadas o ilimitadamente. **El voto combinado** (*panachage*) va más lejos aún que los modelos precedentes, dando a los electores unas posibilidades notorias de influir en el proceso electoral, pues permite borrar candidatos de una lista y sustituirlos por los de otra, esto es, recoger candidatos sin consideración de las listas de partidos en que aparezcan sus nombres.

El **voto de arrastre** se trata de una forma de votación según la cual con un solo voto se consigue determinar no sólo la elección de un órgano, sino de varios órganos. Así votar por el candidato a la presidencia de la República significa, simultáneamente, votar por la lista del partido de ese candidato para las cámaras legislativas y/o los consejos municipales (ejemplo: Uruguay). El voto de arrastre significa que al elector no le está permitido dividir su voto entre los diferentes órganos y partidos (*splitting*). El elector vota influido por la elección de mayor importancia, normalmente de la Presidencia de la República, lo que determina todas las otras decisiones. Este fenómeno tiene el efecto político de establecer un sistema institucional muy jerárquico, muy poco propicio para estructurar independencia de los poderes y su mutuo control.

El **voto único transferible** (*single tranferable vote*, STV) representa en la terminología inglesa un sistema electoral distinto de la representación de mayorías y de la representación proporcional con voto personalizado transferible. La boleta de votación contiene todos los candidatos (independientes de los partidos) listados por orden alfabético. El elector puede indicar sus preferencias marcando los nombres con las cifras uno, dos, tres, etc”. (Fernández, p.471)

“Los escaños se asignan según el cociente Droop ($= \text{total de votos depositando más uno, dividiendo entre la cantidad de escaños disputados en el distrito electoral más uno}$). Si un candidato alcanza el cociente con las primeras preferencias, sale electo. Si obtiene más votos que el cociente, el excedente de votos se distribuye entre las segundas preferencias. Este procedimiento se repite hasta que la cantidad requerida de candidatos haya alcanzado el cociente pudiéndose declararlos electos. Ejemplos en que el voto único transferible es aplicado en circunscripciones de tamaño pequeño, son los sistemas electorales en Irlanda y en Malta”. (Fernández, p.471)

CAPITULO II

LEGITIMACIÓN DE LA INTERVENCIÓN PUNITIVA

1. Conceptualización y funciones del Derecho penal

Podemos decir que el Derecho penal está constituido por un conjunto de normas que definen conductas prohibidas, que configuran infracciones criminales y que por consecuencia imponen penas o medidas de seguridad

Conforme lo aprecia Roxín (1997, p.41), “el Derecho Penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad, las que se constituyen el punto de referencia común a todos los preceptos jurídico-penales, lo que significa que el Derecho Penal en el sentido formal es definido por sus sanciones. Si un precepto pertenece al Derecho Penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones <pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos>, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad (por ello es que se propugna acuñar el nombre de: *Derecho Penal y de medidas*”.

“Dado que el Derecho Penal, a diferencia del Derecho Civil, no se basa en el principio de equiparación, sino en el de subordinación del individuo al poder del Estado (que se le enfrenta ordenándole mediante la norma penal), es parte integrante del Derecho Público. No pertenecen al Derecho Penal, sino al Derecho Público en sentido estricto, aquellos preceptos que conminan la conducta antinormativa con otras sanciones distintas de las del Derecho punitivo. Así el Derecho disciplinario de diversos status profesionales (por ejemplo de los funcionarios) no es Derecho Penal, porque el castigo disciplinario de infracciones no es una pena en el sentido estricto”.

“Igualmente el derecho de las contravenciones, regulado en nuestra normatividad mediante Decreto Supremo No 005-2000-IN, de fecha 25 de Mayo del 2000 (Código Administrativo de Contravenciones de Policía), cuya disposiciones en parte son similares a las del Derecho Penal, tampoco son Derecho Penal, ya que sus tipos sólo permiten el castigo con sanciones administrativas, que en nuestro caso pueden ser: decomiso, multa, pago reparatorio y servicios a la comunidad.

El Derecho Penal trata las conductas conminadas con pena en cuanto a sus presupuestos y consecuencias; se ocupa por tanto del objeto propiamente dicho, de la materia de la justicia penal y se denomina por ello también Derecho Penal Material. Este Derecho Penal Material debe delimitarse de otros campos jurídicos emparentados, que sólo junto con el Derecho Penal regulan legalmente todo el campo de la justicia penal y que hacen del hecho, el autor y la persecución penal el objeto de los esfuerzos legislativos y científicos. Los más importantes de esos campos jurídicos vecinos son el Derecho Procesal Penal, el Derecho de la medición de la pena, el Derecho Penitenciario, el Derecho Penal Juvenil y la Criminología” (Roxín 1997, p. 44).

1.1. Derecho penal objetivo y Derecho penal subjetivo

“Tradicionalmente suele distinguirse el Derecho Penal en subjetivo y objetivo. En el primer sentido se entiende como el derecho de castigar (*ius puniendi*). Es el derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) con penas, y, en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas (es el derecho que corresponde al Estado a crear y a aplicar el Derecho Penal objetivo). En esta noción está contenido el fundamento filosófico del Derecho penal. En sentido objetivo, el Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas, establecidas por el Estado, que determinan los delitos y las penas. Esta noción contiene el fundamento del Derecho Penal positivo. Por ello es que Von Liszt lo definía como el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia” (1929, T. I, p. 5).

“Como producto de la evolución de la doctrina y de las legislaciones, a estas nociones tradicionales se ha agregado, por su importancia de carácter esencialmente preventivo, el concepto de medida de seguridad. Así pues, se llego a proponer que el Derecho Penal en su aspecto subjetivo, tendría que definirse como el derecho del Estado ha determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad, y en su sentido objetivo como el conjunto de normas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados. En así que el Derecho penal se constituye en aquella parte del ordenamiento jurídico, que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad”.

“En tal sentido, conforme lo señala Mir Puig, la definición de Von Liszt puede ser mejorada, para entender como Derecho Penal al conjunto de normas jurídicas que asocian al delito, como presupuesto, a penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica (resulta interesante la posición del maestro español, quien indica que sin embargo el Derecho Penal no se agota en la fijación de penas y medidas de seguridad para los delitos, sino que ante todo supone normas que prohíben la comisión de delitos. Por otra parte señala, el Derecho está integrado no sólo por normas en sentido estricto, sino también por valoraciones y principios, lo que aconseja preferir el término genérico *prescripciones*, por lo que prefiere definir al Derecho penal como: conjunto de prescripciones jurídicas que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica”. (1996, p. 11).

“Pero el Derecho Penal no se encasilla en este dualismo conceptual, ni en nociones puramente normativas, su influencia abarca otros aspectos fundamentales, que se relacionan con los mecanismos sociales de control y la conjunción de normas y reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas a que haya lugar ante la infracción de las

mismas. En tal sentido el Derecho penal tiene incidencia tanto en el ordenamiento social como en el ordenamiento jurídico” (Hugo Vizcardo 2016, p. 67).

1.2. Derecho penal y ordenamiento social: control social

“Modernamente concebido, el Derecho Penal se constituye en un medio de control social, ya que forma parte integrante de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida de relación social. En este sentido, indica Bacigalupo, el Derecho Penal comparte su tarea con la ética y la moral, aunque no puede identificarse con estas. El control social comprende aquellos mecanismos y modelos socio culturales, mediante los cuales el Estado ejerce su dominio sobre los individuos que componen una sociedad dada, buscando superar las tensiones o controversias que los puedan aquejar, tratando así de erradicar los elementos conflictivos potenciales que puedan amenazar los intereses comunes, propiciando una mejor convivencia social” (1989, p. 41).

“Claro está que si bien estos mecanismos buscan superar tensiones o conflictos opuestos entre individuos o grupos parciales de una sociedad determinada, coincidimos con Villavicencio (1990, p. 21) que no siempre se les puede atribuir sólo esta finalidad, pues también pueden servir como instrumentos de opresión o sometimiento por parte de los grupos que detentan el poder (conforme: Bustos 1983, p. 11). El control social se constituye así en una condición esencial de la vida de relación social, pues asegura el cumplimiento de las expectativas estatales de controlar, orientar y planificar la vida en común. De ello se deduce que el control social influencia los límites de la libertad humana en sociedad y es también un instrumento de enculturación y socialización de sus miembros. Desde esta perspectiva no hay alternativa al control social, lo que ha llevado a decir a Muñoz Conde, que es inimaginable una sociedad sin control social.

El control social se representa así, con una cobertura muy amplia generando una diversa influencia en la población. Puede estar oculto o disimulado (normas educativas, terapéuticas, religiosas, de familia, costumbres, etc., pero otras veces se presenta explícito (sistema penal). Se pueden diferenciar así formas de control social formal e informal.

El control social informal, se constituye en un mecanismo natural de regulación social, que incide sobre la vida de relación sin crear conflicto, y resulta eficaz en relación directamente proporcional a la adaptación social de los individuos en sociedad, y a la aceptación (internalización) de estos mecanismos por parte de ellos (que aceptan lo que la sociedad les impone a lo largo de su vida), que pueden ser por ejemplo relacionadas a normas familiares, educativas, terapéuticas, políticas, artísticas, etc.”. (Hugo Vizcardo, loc. cit.).

“Al respecto coincidimos con Villavicencio en que el Perú es un país pluricultural, lo que origina que existan otros mecanismos naturales de regulación social con características propias, que adquieren formas naturales de solución de conflictos de acuerdo a su ubicación geográfica, cultura y costumbres, como sucede por ejemplo en las Comunidades andinas y amazónicas, rondas campesinas, pueblos jóvenes en sectores urbanos, etc.” (1990, p. 23)

“Para este efecto el Estado pone en funcionamiento agencias y operadores de control penal, como son la policía, jueces, fiscales, procuradores, etc., y viabiliza su operatividad mediante medios normativos, como el Código Penal, Código de Procedimientos Penales, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal, Leyes Orgánicas, etc., adicionando a ello los medios logísticos, económicos, administrativos, etc. necesarios para la función.

Aparece así una aparente posición onnipotente del Estado, que en aras de una pretendida *teoría de la seguridad nacional*, lo podría llevar al extremo totalitario de implementar el derecho penal como instrumento de opresión y

respuesta ante situaciones políticas apremiantes, lo que nos introduciría en los aspectos más oscuros y negativos del derecho punitivo. Por ello se hace necesaria la determinación de los límites de la potestad punitiva del Estado, mediante el respeto de los principios que orientan al derecho penal. Esta posible situación anómala, ha llevado a la doctrina a plantearse la posibilidad de desaparecer el derecho penal (tesis abolicionista). Posición doctrinaria, que se ve matizada con la aparición de tendencias que postulan la vigencia de un derecho penal mínimo (minimización del Derecho Penal). Este Derecho Penal mínimo, como así lo refrendó Ferrajoli, es una nueva técnica de tutela de derechos fundamentales, que se basa en un planteamiento utilitarista, orientado a la minimización de la violencia en la sociedad, respetando primordialmente las garantías individuales”. (Martínez Sánchez 1990, p. 52).

“Por sistema penal se entiende, in extensu, al conjunto de instituciones estatales, que de acuerdo a su actividad funcional, intervienen en la creación y aplicación de las normas penales en sociedad. En tal sentido, Zaffaroni indica que el sistema penal es entonces, la parte del control social institucionalizado, que contiene un discurso punitivo (1994, p. 31). Para su funcionamiento, dispone de distintas agencias, como la institución policial, el Poder Judicial y la administración penitenciaria, que se encuentran delimitados por medios normativos como leyes orgánicas, código penal, código procesal penal, código de ejecución penal, entre otras” (Villavicencio 1990, p. 23).

“Entendido así, el sistema penal evidencia su necesidad y razón de ser, aunque su deslegitimación es muy acentuada, y en tal sentido el profesor Zaffaroni, expresa que los sistemas penales latinoamericanos presentan características negativas, como la utilización de la violencia abierta (detenciones arbitrarias, ejecuciones sin proceso, apremios ilegales, etc.) sectorización (funcionamiento asimétrico, descoordinado de las parcelas del control social penal), burocratización (separación de funciones con contradicción de discursos y actitudes, lo que da por resultado una compartimentalización del sistema penal) y corrupción (actuaciones de los operadores con fines de lucro)” (1994, p. 21).

“a) El Sub Sistema Policial: La Policía Nacional, conforme al mandato constitucional, tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno, prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad; garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado, así como prevenir, investigar y combatir la delincuencia (Art. 166 Constitución Política). Desde esta perspectiva, la institución policial se constituye en uno de los instrumentos de mayor fuerza con que cuenta el poder político. Su misión es estar al servicio del Estado y en tal condición, al lado de los ciudadanos, si éstos obedecen los mandatos del mismo.

La Policía está jerárquicamente organizada y depende formalmente del Poder Ejecutivo. A diferencia de otras ramas de la administración pública, tiene relación directa con las libertades fundamentales y actúa no sólo como auxiliar de la función jurisdiccional, sino en el ejercicio de su propia competencia y autonomía, adoptando inclusive medidas preventivas y cautelares (ejemplo de ello lo tenemos en las normas contenidas en el Código Administrativo de Contravenciones de Policía -D.S. 005-2000-IN publicado el 25 de mayo del 2000-, que faculta a esta institución a imponer sanciones contravencionales, de orden coercitivo). Su *fuerza*, puede manifestarse en algunos casos, como *violencia*, por ello, su participación en determinados actos, pueden lindar en ámbitos de ilegitimidad con respecto al paradigma del estado de derecho”. (Ferrajoli 1995, p. 766)

“Por ello, indica Bustos Ramírez, el planteamiento del Estado social de derecho trae como consecuencia la necesidad de vinculación social entre policía y comunidad y, por ello, el requerimiento de asunción por parte de la policía, de valores de asistencia social a todos los niveles”. (1983, p. 6)

“Acertadamente Wilfredo Pedraza y Rosa Mavila (1998, p. 26), informan que en el proceso de criminalización secundaria, la policía mantiene un amplio campo de decisión, pues prácticamente define quienes son *presuntos responsables*, bajo ciertos criterios de selectividad como la apariencia, conductas sospechosas, lugar de procedencia, modos de hablar, vestir, etc., asumiendo incluso funciones de juez, porque utiliza diversos mecanismos de resolución de conflictos. Por ello, es indispensable lograr la máxima transparencia en la actividad policial, con el propósito de conseguir que la ciudadanía y sus representantes puedan ejercer una revisión crítica de sus actos. La policía debe incorporarse a la vida ciudadana activamente, transformando su organización, con el objetivo de eliminar o reducir los procesos de criminalización atentatorios del principio de igualdad, reconocido por la Carta Magna”. (Ferraoli, 1995, p. 766)

b) El Sub Sistema Judicial, que se encuentra compuesto por:

“El Ministerio Público.- De conformidad con el mandato constitucional, el Ministerio Público es un órgano público autónomo del Estado y sus miembros actúan con independencia en el desempeño de sus atribuciones. Sobre él recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares que ejerciten. De acuerdo al artículo 159 de la Constitución, le corresponde, promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el Derecho. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia, representar a la sociedad en los procesos judiciales, conducir desde su inicio la investigación del delito, así como ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte”.

“Esta agencia de control penal, no ha sido objeto de gran preocupación intelectual y discusión teórica en América Latina, por ello, carece de un desarrollo doctrinario independiente y de investigaciones empíricas. Los pocos estudios sobre su funcionamiento obedecen a preocupaciones personales, alguna crisis circunstancial o cambios menores en su legislación,

más que a una constante preocupación intelectual. Conforme lo señalado por Bajo Fernández, es una institución de pálida actuación tradicional, que no tiene perfil político propio y que genera desconfianza entre los ciudadanos”. (1991, p. 131)

“Actualmente, se asiste a un proceso de reforma procesal penal en Latinoamérica, en el cual el Ministerio Público juega un rol importante. Este movimiento apunta esencialmente al cambio del llamado sistema inquisitivo por el sistema acusatorio, para lo cual se demanda una institución preparada para sumir roles de cambio y de liderazgo que no sea sólo caja de resonancia de los vicios de la cultura inquisitiva”. (Conforme: Wilfredo Pedraza y Rosa Mavila, ob. cit. p. 30)

“El Poder Judicial.- Conforme al principio universal, contenido en nuestra Carta Magna, la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes (Art. 138 de la Constitución). Así, El Poder Judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la Constitución y a su Ley Orgánica”.

“Sin duda, uno de los aspectos más sensibles en esta agencia de control penal, es la llamada *independencia judicial* (reconocida en la Constitución Política de 1993, en su artículo 146^º inciso 1o). En doctrina, se distingue entre una independencia *externa* y otra *interna*. La primera garantiza al juez su autonomía respecto de los poderes ajenos a su propia estructura institucional; mientras que la *interna*, es la que le garantiza su autonomía respecto del poder de los propios órganos de la institución judicial. Así, se afirma que un juez independiente no debe ser un empleado del poder ejecutivo o legislativo, ni tampoco serlo de las instancias superiores; por ello, las dos formas de independencia resultan necesarias y concurrentes para posibilitar la autonomía moral de los magistrados, vale decir, para dotar al juez del espacio

necesario para resolver conforme a su entendimiento de la ley y del derecho. Zaffaroni agrega que la independencia interna, sólo puede garantizarla una magistratura en la que se reconozca que todos los jueces son en principio iguales, y que las únicas diferencias que median entre ellos son las derivadas de sus distintas funciones en razón de las distintas asignaciones de competencia. Esta magistratura *horizontal* se opone frontalmente a las magistraturas *verticalizadas*, cuyos modelos más perfectos, los brindan, originariamente, la magistratura napoleónica y, modernamente, la magistratura fascista”.

“La preconizada independencia judicial se constituye así en presupuesto para la imparcialidad de los jueces, que deben asumir su posición de *tercero entre partes*. Este concepto sin embargo, no debe coincidir con la imagen de un magistrado sin ideas o desligado de los problemas de su comunidad (*juez aséptico*). En un sistema democrático, la imparcialidad se obtiene mediante un pluralismo ideológico propio de la misma, cuando la estructura de la magistratura permite la disparidad de ideas, el debate interno, las tensiones propias de los diferentes modos de concebir el mundo y el derecho”.

“El nivel técnico o entrenamiento profesional, es también otro presupuesto sustancial de la actividad judicial. Como toda función que demanda un elevado grado de profesionalidad, la función judicial debe estructurarse en forma tal que las personas con la más alta calificación técnica tengan acceso a ella. Evidentemente, la capacitación de los operadores judiciales tiene una relación directa con la calidad y eficiencia de la administración de justicia. Cuanto más formación tenga un juez, contará con mayores recursos para resolver los asuntos contenciosos puestos a su consideración. Es de apreciarse que en materia penal, donde los bienes en conflicto son mucho más sensibles, la adecuada formación de un juez será una garantía de respeto al debido proceso y a los principios de un derecho penal moderno y democrático.

Es necesario tener presente también, que las diferencias porcentuales entre la población penal procesada y sentenciada en nuestro país, ha sido siempre relevante, situación que en parte se debe a una inadecuada administración de justicia.

La corrupción es otro elemento fundamental de la problemática del Poder Judicial, que se constituye inclusive en un factor de sometimiento al poder político, propiciando una nociva dependencia, dado que el corrupto es siempre el más vulnerable y fácil de captar. Adicionalmente a ello y como un mal conexo, se presenta las bajas remuneraciones que tienen los magistrados, que aunque no lo justifique, los puede colocar en una situación fronteriza de necesidad, lo que origina un amplio espacio para la corrupción.

Es necesario también tener en cuenta, como indica Roberto Bergalli, que en la actividad judicial aparecen implicados distintos operadores del derecho, de modo que quien pretenda conocer en profundidad el funcionamiento y las diversas facetas que comprende el conjunto de operaciones vinculadas a ella, deberá, sin duda, estudiar los papeles que dichos operadores desenvuelven en la búsqueda de la justicia”.

“Así los abogados, los funcionarios y empleados en los diversos órganos judiciales, toda la gama de los tantos auxiliares de la justicia (médicos forenses, peritos en múltiples aspectos técnicos, etc.), constituyen los representantes de distintas funciones y, a la vez, el reflejo de los diferentes intereses que confluyen en la tarea judicial”. (1983, p. 15).

“c) El Sub Sistema Penitenciario: Esta agencia de control, se constituye en el órgano de ejecución de las decisiones del poder penal. Su actividad funcional corresponde a la denominada tercera etapa del proceso de criminalización, que se ha dado en denominar poder de ejecución, porque es la fase que permite al

gobierno o la administración decidir en torno al tratamiento, el sitio de reclusión y el régimen disciplinario a que es sometido el condenado” (Pérez pinzón 1993, p. 24).

“Conforme a su postulado principista, nuestro sistema penitenciario, tiene por finalidad la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22, del artículo 139 de la actual Constitución Política del Estado y artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, que es su marco normativo)”.

“En tal sentido, nuestro ordenamiento legal de ejecución, consigna expresamente en la Exposición de Motivos del Código de Ejecución Penal, que el tratamiento es el elemento esencial del sistema penitenciario, al que estará sujeto el condenado de manera integral desde su ingreso hasta su liberación (Art. 3). El tratamiento será individualizado y grupal y consistirá en la utilización de métodos médicos, biológicos, psicológicos, psiquiátricos, pedagógicos, sociales, laborales y todos aquellos que permitan obtener el objetivo del tratamiento, de acuerdo a las características propias del interno (Art. 61)”.

“Nuestro sistema de ejecución penal, se adscribe a los lineamientos de la criminología clínica, porque tiene un enfoque multidisciplinario de la criminalidad, que parte de la apreciación del delito, la personalidad y la peligrosidad del delincuente, y procura su rehabilitación por medio del tratamiento penitenciario. Se vale de diagnósticos, pronósticos y análisis del estado peligroso, estudios para los cuales se nutre de la psicología, psiquiatría, antropología individual y, eventualmente de sociología”.

“Nuestro sistema penitenciario, está adscrito entonces a la *ideología del tratamiento*, a la filosofía de la resocialización en boga en los años sesenta que hoy se encuentra en crisis, por la imprecisión de sus presupuestos,

la fungibilidad de sus metas y modelos y la coactividad de los medios con que se lleva a cabo (García Pablos, en ob. cit, Pedraza y Mavila, p. 32). En realidad, los *resultados* que ha conseguido la filosofía *re*, son tan imperceptibles, que nadie ha podido demostrar empíricamente las bondades de sus planteamientos, quedando por ello como simples buenos propósitos, donde el objetivo resocializador de gran espectro, se convierte en una utopía”. (loc. cit.).

“La dificultad de aplicar sus procedimientos en los delincuentes ocasionales, en profesionales y autores de delitos de *cuello blanco*, obligan a revisar sus planteamientos. La propuesta que formula Alessandro Baratta en el sentido de abandonar en todas sus consecuencias prácticas la concepción patológica del detenido, constituye un importante aporte pues a partir de la presunción de normalidad del detenido, los programas de reintegración pueden resultar más adecuadas a las exigencias de cada individuo”.

1.3. Derecho Penal y ordenamiento jurídico: bienes jurídicamente protegidos

“Desde una perspectiva puramente jurídica, el Derecho Penal se caracteriza por ser un conjunto de normas para la aplicación de las consecuencias jurídicas ante las infracciones del ordenamiento penal. Por ello es que se le conceptualiza, como aquella parte del ordenamiento jurídico, que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad. Al respecto debemos agregar que el Derecho Penal tiene pues, un objetivo de carácter sistemático, destinado al desarrollo y explicación coherente y racional de estas reglas jurídicas referidas al delito, a las penas y medidas de seguridad” (Bustos Ramírez 1982, p. 131).

“Lo que diferencia substancialmente al Derecho penal de otras ramas del Derecho es, ante todo, la especie de consecuencias jurídicas que le son propias: Las penas y las medidas de seguridad. Pero además, la gravedad de la infracción de las normas que constituyen el presupuesto de la aplicación de la pena. Como parte del ordenamiento jurídico, el Derecho penal está constituido

por enunciados que contienen, ante todo, normas y la determinación de las acciones que las infringen, que constituyen los delitos". (Loc. cit).

"Con la finalidad de orientar la conducta de la persona mediante reglas generales de carácter penal, se debe determinar, en primer lugar, cuáles son los comportamientos reprimibles, ya que el Derecho Penal tiene como objetivo evitar su realización. Una conquista del Derecho Penal liberal es el de haber llegado a la determinación, que sólo deben ser merecedores de represión penal, los actos que lesionen o pongan en peligro bienes que sean fundamentales para la vida social en común" (en concordancia, Berdugo 1993, p. 46) anota que "en el momento actual la doctrina penal de modo unánime subraya la necesidad de que detrás de cada figura delictiva esté presente un bien jurídico, y que en consecuencia, el delito en este sentido consiste en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico". (-Principio de protección del bien jurídico consagrado en el artículo IV del Título Preliminar de nuestro Código Penal-).".

"Esta determinación legitima el contenido del Derecho Penal, alejándolo de consideraciones puramente subjetivas o éticas. Por ello es que Hurtado Pozo, citando a Jescheck (1987, p.37), precisa que toda norma jurídico penal, tiene que fundamentarse sobre un juicio de valor positivo respecto a tales bienes vitales. Esta concepción surgió en contra de la tradicional teoría que consideraba a la infracción como un ataque contra los derechos subjetivos de la persona cuya base era la teoría del contrato social".

"El concepto de bien jurídico, fue inicialmente desarrollado por Birnbaum, con la finalidad de sustituir al derecho subjetivo como elemento nuclear del concepto de delito y con la pretensión en último término, de crear un límite externo al legislador a la hora de determinar lo que es el delito. El origen del bien jurídico está en la pretensión por tanto de elaborar un concepto de delito previo al legislador, que condicione sus decisiones, pretensión característica de una concepción del Estado liberal, que concibe éste como un instrumento que

el individuo crea (conforme: Berdugo Gómez de la Torre (ob. cit. 1993, p. 47). La concepción de Birnbaum fue posteriormente introducida por Binding en la sistemática del Derecho Penal y ungida por Franz Von Liszt en tema central del mismo. El criterio de Von Liszt respecto al bien jurídico, fue de carácter socio-jurídico y a él se vinculan casi todas las tentativas realizadas para una mejor concreción de su concepto. Si bien los autores discuten en cuanto a la noción del bien jurídico, existe entre ellos casi unanimidad con respecto a que su determinación debe ser de carácter material. Así tenemos que Maurach y Baumann consideran que los bienes jurídicos son los *intereses jurídicamente protegidos*, y Welzel expresa que se trata de bienes vitales de la comunidad o del individuo, los que debido a su importancia social son jurídicamente protegidos. Michael Marx afirma que los bienes jurídicos pueden ser materialmente definidos, como aquellos bienes (Gegenstaende) necesarios al hombre para su libre autorealización". (Cfrme. Hugo Vizcardo 2016, p. 122).

"Por su parte, Roxin manifiesta que se trata de *condiciones valiosas* en las que se concretizan los *presupuestos imprescindibles para una existencia en común*. Rudolphi, por el contrario estima que de esta manera no se considera su aspecto esencial, ya que no tienen en cuenta la naturaleza dinámica de la sociedad. Este autor prefiere hablar de *unidades de función*, considerando que no se trata de cualquier interés, sino de su *función en la sociedad*" (Cit. Hugo Vizcardo 2016, p.123).

"No obstante los esfuerzos realizados, no se ha logrado evitar que el concepto de bien jurídico siga siendo *una noción oscura y discutida*. De otro lado, es claro que no aparece otro factor que se revele como más apto para cumplir una tarea limitadora de la acción punitiva del Estado (es necesario recordar, que la delimitación del contenido del tipo del injusto, tiene directa relación con la precisión del bien jurídico que se protege). La dificultad reside en que la determinación de los bienes que deben ser protegidos penalmente, presupone un juicio de valor de parte de quien detenta el poder, y en que éste no puede hacerlo sin despojarse de sus ideas, anhelos y prejuicios políticos,

religiosos y culturales. Ante la cuasi imposibilidad de determinar los criterios objetivos útiles para la formación de este juicio valorativo, los juristas recurren actualmente, al catálogo de valores reconocidos en las constituciones. Mas este criterio no deja aún de ser inseguro. Esto es notorio cuando sus defensores se ven obligados a considerar que no todos los bienes reconocidos constitucionalmente deben ser penalmente protegidos. Sin embargo, es de admitir que la Carta fundamental (sin considerarla un rígido corsé), bien puede servir como base y marco de la actividad legislativa en materia penal”.

“Lo que interesa es no dejar en la medida de lo posible, en manos de quien detenta el poder, un arbitrio ilimitado en la determinación de los bienes que deben ser penalmente protegidos, y de cuáles son los comportamientos que deben ser prohibidos. Un concepto material del bien jurídico, pleno de contenido, sería en cierta medida, capaz de permitir una crítica de la actividad legislativa penal”.

“Los bienes jurídicos son tales, no porque el legislador los considere merecedores de protección jurídica, sino porque, son en sí, presupuestos indispensables para la vida en común; por ejemplo, la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, etc. Se trata en realidad de aquellas condiciones fundamentales que para Hart constituyen el *mínimum de derecho natural* que es necesario reconocer. Admitir un criterio opuesto implicaría caer en un exagerado formalismo.

Si concebimos el Derecho Penal como un instrumento posibilitador de la vida en comunidad, cuya finalidad es la de garantizar el funcionamiento y evolución del sistema social, el concepto de bien jurídico, necesariamente tiene que referirse a la realidad social y sobre esta base no puede concebirse como la creación de la voluntad del legislador, sino que es anterior a la misma y de hecho puede y debe limitar su actividad, que en muchas ocasiones desborda lo legítimo, para amparar intereses subalternos”.

2. Características del Derecho Penal

“Ya de antaño, el profesor Luis Jiménez de Asúa, apreciaba que el Derecho Penal es un Derecho público, normativo, valorativo y finalista, que tiene la norma y el bien jurídico como polos de su eje y cuya naturaleza es eminentemente sancionadora” (1979, p. 19), denotando así los aspectos más característicos del Derecho Penal.

“Modernamente no ha perdido vigencia lo preceptuado por el maestro español, siendo que en la búsqueda fenomenológica y política de las peculiaridades del sistema normativo penal positivo, es posible denotar las siguientes características”:

“a) Derecho público.- El Derecho penal es derecho público por excelencia, porque sólo es Estado es capaz de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones bajo el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. El Derecho Penal representa así el ejercicio de la soberanía del Estado, legitimado por su *ius puniendi*”.

“b) Judicialidad.- Su vigencia tiene manifiesto carácter judicial, porque su materialización sólo puede verificarse por la decisión de un juez en el desarrollo de un debido proceso”.

“c) Valorativo y finalista.- Desde la perspectiva del principio de mínima intervención, el Derecho Penal sólo acoge parcelas del injusto general, escogiendo teleológica y valorativamente como objeto de protección jurídica, los bienes de mayor prevalencia social, a los que unge como bienes jurídicamente protegidos. Se le asigna por ello la doble finalidad preventiva y protectora”.

“d) Expresión de justicia y equidad.- Las sanciones penales no pueden ser sólo respuesta punitiva a modo de venganza. La imposición de las mismas debe buscar el afianzamiento del equilibrio de las relaciones sociales y deben realizarse bajo el principio de proporcionalidad. Debe buscarse la justa medida entre el reproche y la sanción a imponerse”.

“e) Fragmentario.- Por cuanto la normatividad penal es expresión sólo de las conductas más nocivas. El Derecho Penal no interviene con su potestad sancionadora, en todos los ámbitos del injusto en general, sino que escoge el contenido de su propio injusto que encasilla en específicos tipos penales. En tal sentido, sólo trata con fragmentos de la antijuricidad en general. Por ello se dice que es un sistema discontinuo de ilicitud, ya que por principio de legalidad, las manifestaciones de conducta humana, por más inmorales que fuesen, sino están comprendidas en un tipo penal, resultan inocuas o irrelevantes para el Derecho Penal (se sitúan en los denominados vacíos de licitud, que las hace permitidas, aunque moralmente repudiadas)”.

“f) Personalísimo.- Porque del hecho punible sólo responde su autor. El Derecho Penal debe aplicarse exclusivamente al agente sobre quien ha recaído el juicio-diagnóstico de culpabilidad”.

“g) Represivo – preventivo.- El derecho penal hace residir su obligatoriedad en la amenaza de las sanciones que contiene. Por ello es posible afirmar que no ha perdido su carácter sancionatorio. No obstante ello, modernamente ya no es concebido como pura reacción punitiva-vindictiva, sino que desde la perspectiva de una connotación eminentemente *motivacional*, se le asigna una doble finalidad preventivo-protectora, que actualmente denota su humanización y caracteriza al Estado social y democrático de derecho”. (Hugo Silfredo, 2011, p. 104)

3. Fines del Derecho Penal

“Concebido el Derecho Penal como un instrumento de control, tiene adscrita una fundamental misión social, que, a decir de Jescheck” (1981, p. 3), “comprende: la protección de la sociedad; una función represiva y preventiva; y, protección de bienes jurídicos y protección de los valores ético-sociales de la acción.

Análogamente, el artículo I, del Título Preliminar del Código Penal, asigna a nuestra normatividad punitiva, la función fundamental de prevenir delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad”.

3.1. Protección de la sociedad

“Como misión atribuida por el Estado, corresponde al Derecho Penal proteger la convivencia humana en sociedad. Dado que el orden social no puede asegurar por sí solo la convivencia humana en la comunidad, requiere completarse, perfeccionarse y reforzarse por medio del orden jurídico. Así, el Derecho Penal asegura la inquebrantabilidad del orden jurídico por medio de la coerción estatal. También el Derecho civil y el público prevén la posibilidad de aplicación de un tipo de coacción, pero la amenaza de coerción propia (la pena) y su realización, pertenecen al núcleo mismo del Derecho Penal. Tan es así, que si el Derecho Penal dejara de poder garantizar la seguridad y el orden, aparecería el caos y la venganza privada.

El poder punitivo del Estado no puede ser utilizado de cualquier forma y medida para proteger la convivencia humana en la sociedad. El Derecho Penal debe, ciertamente, contribuir a superar el caos en el mundo y a contener la arbitrariedad de los hombres por medio de una consciente limitación de su libertad; pero sólo puede hacerlo de forma compatible con el nivel cultural general de la Nación. El Derecho Penal sólo puede asegurar la protección de la sociedad garantizando la paz pública, respetando la libertad de actuación del individuo, a la vez que defendiéndola de la violencia ilegítima, y actuando con arreglo al principio de justicia distributiva (*iustitia distributiva*) en caso de infracciones importantes”. (Jescheck 1981, p.5).

“En tal perspectiva el Derecho Penal únicamente puede imponer limitaciones cuando ello resulte absolutamente indispensable para la protección de la sociedad, en cuyo caso la norma penal se constituye en la *ultima ratio* que como herramienta corresponde utilizar al Estado mediante el legislador. Al

mismo tiempo, con la evitación de graves arbitrariedades, ha de procurar al individuo una esfera dentro de la cual pueda decidir con libertad y realizar sus decisiones según su criterio. *El Derecho Penal no sólo limita, pues, la libertad, sino que también crea libertad*” (loc. cit.).

3.2. Represión y prevención

“El Derecho Penal tiene una función represiva en tanto interviene para reprimir o sancionar el delito ya cometido. Pero esta función represiva va siempre acompañada de una función preventiva, pues con el castigo del delito se pretende, al mismo tiempo, impedir también que en el futuro se cometa por otros o por el mismo delincuente. Las carencias propias de nuestro sistema penal, la crisis de valores, la ausencia de un Derecho Penal específico para jóvenes delincuentes y la antitécnica y facilista costumbre de sobrecriminalizar conductas, propiciando la agravación indiscriminada de la pena como prácticamente única respuesta al fenómeno delincuencial, se constituyen en los obstáculos principales de nuestro Derecho para llevar a cabo una buena función preventiva”. (Uho Silfredo, 2011, p. 106)

3.3. Protección de bienes jurídicos, vigencia de la norma y valores ético-sociales

“El Derecho Penal no puede intervenir ante cualquier perturbación de la vida comunitaria, sino que debe limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social, representados por los bienes jurídicos.

Así, sostiene Polaino Navarrete, que la opinión mayoritaria en la dogmática penal sostiene que el Derecho penal cumple una función de protección de bienes jurídicos, esto es, de los bienes y valores que son consubstanciales a la convivencia humana y se consideran imprescindibles para la vida social. Esta función tutelar es, en su esencia, una función de garantía, que en cuanto a tal, a su vez, implica una función de prevención de futuros delitos, porque los comportamientos delictivos inciden sobre los objetos jurídicos de tutela penal.

Protección y prevención constituyen un binomio inseparable y mantienen una relación de medio a fin. El Derecho penal protege bienes jurídicos (esto es, les concede garantía normativa), con el objetivo de la prevención de la lesión de los mismos (o sea, de la evitación de futuros delitos). La protección de bienes jurídicos es el contenido de la función, y la prevención de delitos es el objetivo final de la misma. Desde esta perspectiva, el bien jurídico, es tanto objeto de protección típica, se convierte en un concepto esencial del Derecho penal, consubstancial a su propia existencia”. (2005, p. 95 a 96).

“Por su parte, Günther Jakobs, en su propuesta funcional-normativista de interpretación del Derecho penal, revisa la idea de la teoría del bien jurídico, sometiéndola a una dura crítica, manifestando que resulta un sinsentido afirmar que el Derecho penal protege bienes jurídicos, ya que como se aprecia tácticamente, el sistema penal recién se pone en marcha una vez que el bien ya ha sido lesionado o puesto en peligro (por ello Welsel afirmaba que el Derecho penal siempre actúa *demasiado tarde*). Para Jakobs, la pena no repara bienes, sino que confirma la identidad normativa de la sociedad”.

“Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas.

En tal sentido, precisa Polaino Navarrete (ob. Cit., p. 100), que la función del Derecho penal reside, según Jakobs, en la confirmación de la vigencia de la norma: se trata, pues, de una función de garantía de la estructura o identidad normativa de la sociedad. Sobre la base de la dialéctica hegeliana, concibe Jakobs el delito *como afirmación que contradice la norma* y la pena *como respuesta que confirma la norma*, de manera que *la prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal, por tanto,*

confirma la identidad social, es decir, restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma.

Pero los juicios de valor subyacentes en las normas jurídico-penales no se refieren únicamente a los bienes jurídicos que se desea proteger, sino también a la cualidad de las acciones humanas, que de forma reprobable, desprecian esos bienes jurídicos. Es así que la doctrina penal acepta también que la misión del Derecho Penal consiste tanto en la protección de bienes jurídicos, como en la protección de los valores ético sociales de la acción y que el delito está, por tanto, constituido por el desvalor del resultado (lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y por el desvalor de la acción (abandono de los valores ético sociales de la acción). La norma penal tiene ciertamente una función protectora de bienes jurídicos, pero esta función protectora sólo puede llevarse a cabo a través de una función motivadora de conductas humanas, es decir, motivando a los ciudadanos para que se abstengan de lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos protegidos". (conforme: Muñoz Conde 1984 p.13)

4.- Función instrumental y simbólica del Derecho Penal

Conforme lo aprecia García-Pablos de Molina (2000, p. 97), "en doctrina suele distinguirse entre *función instrumental* y *función simbólica* del Derecho Penal. La primera es la genuina, la que legitima a la norma jurídico-penal, y consiste en la protección efectiva de los bienes jurídicos a través del efecto disuasorio que las conminaciones legales (y la eventual aplicación de estas) produce en los infractores potenciales. La segunda, la función *simbólica* es el efecto psicológico que la prohibición genera en la mente de los políticos, del legislador y de las personas en sociedad (autocomplacencia y satisfacción en los primeros; confianza, tranquilidad, en estos últimos), que nada tiene que ver con la pretendida defensa de los bienes jurídicos. Se trata pues, de política de gestos de cara a la galería y a la opinión pública (se produce así, en la opinión pública, la impresión

tranquilizadora de un legislador atento y decidido que satisface a todos, aunque realmente no se prevengan con eficacia los delitos que se tratan de evitar)".

"Al tratar el tema del derecho penal simbólico, abordamos el ámbito del lado oscuro de la utilización del Derecho Penal, que en este aspecto no se refiere al fin de prevención general, sino que se instrumentaliza para servir a la defensa de un sistema social. En este sentido, el ordenamiento jurídico penal se pone al servicio de los gobernantes, quienes lo utilizan para legitimar su desempeño, introduciendo en la sociedad la idea de que están cumpliendo con una eficaz actuación preventiva. En tal sentido, se distorsiona la finalidad del Derecho Penal, que de esta manera ya no se concibe como protector de bienes jurídicos, sino como instrumento legitimador del poder o la ocultación de deficiencias en la política social, que se pretende burlar mediante el amparo del Derecho Penal" (2000, p. 97).

"De aquí, que a través de esta manipulación política del Derecho Penal se trata de alcanzar un consenso de mayorías, la confirmación de una ideología de la defensa social y la posterior legitimación de determinadas medidas represivas (ejemplo de ello lo tenemos las campañas desatadas con ocasión del fenómeno terrorista). En definitiva, el Derecho penal simbólico se estructura en base a un engaño, en el que las funciones latentes prevalecen sobre las manifiestas y sólo sirven para demostrar la fortaleza del Estado" (Hugo Silfredo, 2011, P. 111).

En tal sentido, afirma Serrano-Piedecabras (1999, p. 16), en "contra de cualquier función simbólica debe exigirse el máximo respeto al principio de protección de bienes jurídicos evitando, asimismo, la llamada función ideológica de los bienes jurídicos".

En respuesta a lo dicho, el profesor Cancio Meliá (2000, p. 20), anota que particular relevancia "corresponde en este contexto, en primer lugar, a aquellos fenómenos de neo-criminalización respecto de los cuales se afirma que tan sólo cumplen efectos *simbólicos*.

Como ha señalado Hassemer (cit.), quien pone en relación al ordenamiento penal con elementos *simbólicos* puede crear la sospecha de que no toma en cuenta la dureza muy real y nada simbólica de las vivencias de quien se ve sometido a persecución penal, detenido, procesado, acusado, condenado, encerrado. En este sentido hay que subrayar que la idea que ronda la cabeza al común de los ciudadanos, y también al común de los juristas, es que el Derecho Penal *sirve* para algo, es decir, que cualquiera que sea la teoría de la pena que se utilice, se parte de la base que se satisface con la existencia del sistema penal un fin, que se obtiene un resultado, aunque sólo sea <en el caso de las teorías retributivas> la realización de la justicia”.

“Sin embargo, a pesar de esa imagen de un *fin* del ordenamiento penal en el sentido de que se persigue y alcanza un objetivo concreto con la legislación y aplicación de penas en el ámbito penal, los fenómenos de carácter simbólico forman parte de modo necesario del entramado del Derecho penal, de modo que en realidad es incorrecto el discurso del *Derecho Penal simbólico* como fenómeno de algún modo negativo, y que habría de referirse, en todo caso, a normas con función meramente simbólica, es decir, dirigidas únicamente a *la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido*. En efecto: desde una perspectiva crítica, por ejemplo, concretamente, desde la *criminología crítica*, crítica precisamente hacia toda existencia de un sistema penal, y, en particular, desde el así llamado enfoque del labeling approach, se han subrayado los elementos simbólicos presentes en el ordenamiento penal: la tesis central de esta aproximación es precisamente que el crimen no es una realidad preexistente, sino que se crea en un proceso de *interacción simbólica*, se atribuye socialmente la etiqueta de *crimen*. Pero también ciertas explicaciones más tradicionales, más *jurídicas* del fenómeno penal no pueden concebirse, en realidad, sin componentes de carácter que podemos denominar *simbólico*. Entonces ¿qué es lo que quiere decirse con la crítica al carácter simbólico, si toda la legislación penal necesariamente muestra

características que podemos denominar simbólicas?”. (Cit. Hugo Vizcardo 2016, p. 136).

Palabras clave para entender la clasificación: Derecho Penal mínimo, que se enseña como paradigma esencial del Derecho Penal moderno, protección de la vida, de la integridad física, del patrimonio como “*bienes jurídicos*”.

5. Función ético-social y “función promocional” del Derecho Penal

“Existe un sector doctrinario que sostiene que el Derecho penal cumple un función ético-social consistente en la defensa de los principales valores éticos de la sociedad, garantizando el *mínimo ético* imprescindible para el desarrollo de la vida social, de modo que el Derecho penal desempeña una significativa función configuradora de las costumbres. Para esta corriente, el Derecho penal, al sancionar determinadas acciones delictivas (homicidio, lesiones, violaciones, etc.), no protege inmediatamente bienes jurídicos (vida, integridad física, libertad sexual, etc.) sino que garantiza un respeto a tales bienes jurídicos, esto es, fomenta en los ciudadanos la idea de que tales bienes jurídicos no deben ser lesionados. Se trata, pues, de una función pedagógica de enseñanza educación o fomento de la *cultura* del respeto a los valores éticos de la sociedad. Mediatamente, esto es, protegiendo esos valores éticos, se protegen también bienes jurídicos. Pero esta doctrina no se libra de consideraciones críticas que la hacen inoperante, puesto que en último extremo lleva a inaceptables conclusiones, como la de confundir el Derecho penal con la moral o la ética social”. (Hugo Vizcardo Loc. cit.).

“Otra corriente doctrinal argumenta que al Derecho penal le compete una función *promocional*, debiendo promover actitudes en el seno de la sociedad, no tanto para satisfacer determinadas necesidades sociales cuanto para promover la actitud de respeto y de alarma frente a esas conductas. Esta supuesta función promocional guarda evidente similitud con la función ético-social: ambas asignan al Derecho penal una función

pedagógica de fomento del respeto a determinados bienes o valores jurídicos” (Polaino Navarrete 1990, 105).

“Así, el Derecho Penal se constituiría en un instrumento para el desarrollo social, por lo que cuando se invoca la *función promocional* del mismo, se quiere dar a entender que no debe limitarse a consolidar el statu quo, sino que se convierte en un instrumento de cambio social. En esta perspectiva, el Derecho penal, afirma Stratenwertch”. (citado por García-Pablos de Molina, Ob. cit., p. 99), “no puede limitarse a cumplir el papel de protector o conservador de las opiniones y representaciones del ciudadano medio en un momento concreto; no puede ser una traba del cambio y el progreso, sino un importante factor que incida de forma activa en el orden social. Si el Derecho Penal se conformase con proteger el orden ético-social en su concreta configuración histórica acabaría perdiendo su capacidad de respuesta a los problemas reales, su iniciativa”.

Como afirma Silva Sánchez (2000, p. 54), “al Derecho Penal no le compete (ni tampoco posee la fuerza para ello) transformar los principios de organización de la sociedad; por eso se rechazó muy mayoritariamente la denominada *función promocional del mismo*. Más bien, el Derecho Penal debe reflejar el orden social, de modo que su legitimación deriva de la legitimación de las normas cuya vigencia asegura. Otro Derecho Penal distinto, necesariamente disfuncional, sencillamente no sería viable. Lo que sí es posible y deseable es que dentro del marco de lo funcional (cuyo abandono sería, por lo demás, el germen de la desaparición del modelo jurídico-penal existente y su sustitución por otro funcional), desde el Derecho Penal se introduzcan los máximos elementos de racionalidad o ilustración. Ahí radica probablemente el elemento de dinamización de la sociedad en un sentido crecientemente humanista, que sí puede aportarse por el Derecho Penal”.

6.- Límites del ius puniendi

“Desde la perspectiva subjetiva del Derecho Penal ya tratada, corresponde al Estado la facultad punitiva, esto es, el ius puniendi. Pero esta atribución no puede tener carácter libérrimo ni omnipotente, sino que, muy por el contrario, se ve sujeto a ciertos límites, que se auto impone el Estado, en atención a la característica social y democrática en el que se sitúa como sistema político (diferente es el caso de las dictaduras, en las que el sistema se distorsiona).

Estos límites auto impuestos permiten al Estado ejercer legítimamente su potestad punitiva, señalando con precisión dentro de qué límites es legítimo el recurso del ius puniendi. En este sentido, Santiago Mir Puig (1996, p. 74), manifiesta que el derecho a castigar se puede fundar en distintas concepciones políticas, prefiriendo él partir de la concepción del Estado social y democrático de Derecho como fundamento del ius puniendi y sus límites (según este criterio, el Derecho Penal de un Estado democrático de Derecho, deberá someter la prevención penal a otra serie de límites, en parte heredera de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzado por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho Penal)” (Loc. cit).

“Al respecto, Villa Stein, indica que un breve análisis de la propuesta de Mir Puig, nos informa entonces que el Estado social le atribuye al Derecho Penal una función de prevención limitada por la eficacia -efectividad- en la protección de los ciudadanos *según el principio de máxima utilidad posible*. En cambio, sostiene el profesor sanmarquino, el Estado liberal y democrático de derecho, que propugna y al que indica corresponde la Constitución Política del Perú, exige el máximo de garantismo en materia penal, dado que éste se torna verdaderamente severo y eficaz en salvaguarda de los bienes jurídicos penales” (1998, p. 99).

“Estas consideraciones han llevado a Jescheck (1981. P. 33), a referirse a un principio del Estado de Derecho, como otro baremo de la Política Criminal, erigido por la Constitución como principio rector de toda la actividad del Estado. Al respecto, indica el maestro alemán, hay un concepto formal y otro material del Estado de Derecho. En el sentido formal importan sobre todo al Derecho penal, aquellos elementos del principio del Estado de Derecho llamados a albergar la seguridad jurídica. Puesto que el Derecho Penal puede realizar las más graves injerencias en la esfera de libertad del ciudadano que conoce el ordenamiento jurídico, es preciso adoptar especiales precauciones para evitar su abuso. El principio de predominio y exclusividad de la ley posee, indudablemente, mayor importancia en el Derecho Penal que en cualquier otra parte del Derecho vigente. Por ello se resalta la necesaria observancia del principio de legalidad. En sentido material, el principio del Estado de Derecho determina cómo ha de configurarse el Derecho Penal para que corresponda al ideal del Estado justo. Debe partirse para ello, de la protección de la dignidad humana como norma fundamental de todo el sistema de valores de nuestra Constitución. De esto y de la protección de la libertad general de actuación se sigue para el Derecho penal, su limitación a la intervención necesaria para asegurar la convivencia humana en la comunidad. De la dignidad humana se deriva, además, la exclusión de penas crueles o denigrantes y la prohibición de trato indigno a los reclusos durante el cumplimiento de la pena. El derecho fundamental de la libertad general de actuación condujo al reconocimiento del principio de culpabilidad como postulado constitucional. Otra consecuencia del aspecto material del principio del Estado de Derecho, es la vinculación a la realidad de toda Política Criminal. Así, no pueden decidir la punibilidad de una acción criterios basados en el sentimiento ni en opiniones preconcebidas, sino sólo consideraciones fundamentales en la protección de la sociedad”.

“Por otra parte, las sentencias judiciales no pueden ser resultado de juicios de valor personales ni de emociones, sino solamente expresión de los juicios de valor del legislador, de consideraciones objetivas y de conocimientos

de validez general. Posee también naturaleza material el principio de igualdad y el principio de la proporcionalidad de los medios (prohibición de exceso)” (Loc. cit.).

“En atención a lo dicho, el derecho de castigar (ius puniendi) atribuido al Estado, se legitima en relación directamente proporcional, al origen democrático de su normatividad (origen legislativo) y a las necesidades sociales de protección de bienes jurídicos fundamentales, que el conglomerado social en conjunto estime como valiosos (Estado social), de ahí la frase: *Nule lex poenalis sine necessitate*”.

“Estos límites al ius puniendi tienen esencia político constitucional, en atención a que el Derecho Penal, como ordenamiento interno de cada país, se subordina a la Constitución Política del Estado, de modo que su contenido formal y material debe ajustarse a este magno marco, que a su vez se nutre de principios fundamentales, que universalmente se constituyen en el soporte de la identidad ecuménica del Derecho Penal. Es así que Wolfgang Schone, señala que entre orden constitucional y orden jurídico-penal existe una interrelación muy peculiar y casi paradójica. El orden constitucional requiere protección por el derecho penal y, al mismo tiempo, debe prestar protección frente a los posibles excesos del Derecho Penal”. (1992, p. 187)

7.- Principios universales

7.1) Conceptualización

“El cabal entendimiento de los fundamentos y fines del Derecho penal, parte del estudio de los principios básicos que lo sustentan, es decir, de aquellos enunciados o conceptos jurídico-penales fundamentales, que sirven de fuente a la normatividad. En tal sentido, se constituyen en las ideas *básicas, nucleares, originales*, que sirven de sustento y dirigen la creación, aplicación y ejecución de las reglas punitivas”.

“Estos principios, revisten una característica universal, ya que independientemente que las legislaciones las asimilen a su normatividad positiva, ellas subsisten y mantienen latente vigencia. No olvidemos que la normatividad penal responde a criterios directrices de una política criminal determinada por el régimen político imperante, que puede, como así nos lo ha demostrado la historia, utilizarlos y acomodarlos de acuerdo a sus especiales conveniencias. No obstante ello, Pérez Pinzón señala que importa tener en cuenta, sin embargo, que en nuestros días tales axiomas se encuentran ya en las Constituciones, en los tratados y en los códigos penales. Sintetízanse pues, los cimientos del Derecho penal contemporáneo según la doctrina actual en materia dogmática, criminológica y política (1987, p. 52). Los instrumentos supranacionales fundamentales, que informan y sustentan estos principios, son la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU 1966) y la Convención Americana de San José de Costa Rica (1969)”.

“En efecto, como sostiene Peña Cabrera, los principios rectores son fórmulas abstractas, generales e inductivas que sirven de sustento o apoyatura a la más variada legislación positiva. Además, ayudan en la tarea hermenéutica y permiten cimentar una mejor coherencia sistemática (1994, p. 34). Con acertada técnica, nuestros legisladores, han recogido legislativamente muchos de estos principios y los han convertido en verdaderos enunciados normativos en el Título Preliminar de nuestro Código Penal de 1991”.

Entre los principios generales más importantes tenemos:

7.2.- Principio de igualdad

“También el principio de igualdad supone una limitación al poder normativo penal del Estado, pues no es posible la creación de leyes que no sean generales, es decir, dirigidas a todos los ciudadanos, y que contemplen a los iguales como tales y otorguen un tratamiento diferente a los desiguales. El principio de igualdad no supone otorgar a todos un trato uniforme, sino no discriminatorio. Y la no discriminación no es otra cosa que la justificación del trato desigual en el caso concreto. Resulta fácil entender que la ley penal pueda contemplar conductas que sólo sean punibles para un reducido grupo de personas, o incluso para una sola (cualificación de los sujetos), si de acuerdo a la naturaleza del delito, sólo ellas pueden causar un perjuicio concreto a la comunidad o a las libertades de los ciudadanos, como en el caso de los funcionarios públicos, magistrados, etc. Y de igual modo, es necesario otorgar una tutela específica a determinadas personas en función al papel que desarrollan en la vida social (como el caso del Presidente de la República, Congresistas, representantes diplomáticos, etc.), y ello porque la necesidad de tutela de su función es diferente” (Hugo Silfredo, 2011, p.)

7.3. Principio de legalidad

“Denominado también *principio de reserva*, se constituye en un axioma fundamental, que significa que al delito, la contravención, la pena, la medida de seguridad y el proceso, debe preceder específicamente la descripción legal estricta.

En su aspecto formal, y por influjo de Feuerbach, el principio de legalidad se expresa con el aforismo latino: *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que en su momento vino a reflejar y precisar una de las conquistas centrales de la Revolución Francesa” (Anselmo Von Feuerbach sostenía al respecto, que las transgresiones se impiden si cada ciudadano conoce de antemano las

consecuencias de su acción, pues *la conexión del mal con el delito tiene que ser amenazado por una ley*).

“En su sentido actual, indica Mir Puig (ob. cit. p.75), el principio de legalidad se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social, y presupone una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto -contrato social- en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder legislativo, que representa al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular (al respecto, Beccaria, que fue quien mejor trasladó el espíritu de la ilustración al Derecho Penal, escribió que: “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Los jueces no pueden, consiguientemente, <aumentar la pena establecida> por las leyes, ni siquiera <bajo pretexto de celo o de bien público>” (Hugo Silfredo, 2011, p.).

“Así concebido, el principio de legalidad no es sólo una exigencia de seguridad jurídica, que determina la posibilidad del conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo. Así, el postulado *nullum crimen nulla poena sine lege*, pasó a inspirar las legislaciones más vanguardistas y consideradas democráticas. En el caso peruano, tanto la vigente, como también las derogadas Constituciones, ungió a la categoría constitucional este principio, que ha orientado nuestra legislación y que el Título Preliminar de nuestro Código Penal ha recogido en su artículo II”.

“La conceptualización de este principio, reviste los siguientes presupuestos:

- a) Legalidad del hecho punible: Nadie puede ser imputado por un hecho delictuoso, si antes de su realización no se encontraba previa y específicamente descrito como punible en la ley penal.
- b) Legalidad de la pena: A nadie se puede imponer sanción penal alguna, si ella no se encontraba previa y plenamente determinada en la ley, cuantitativa y cualitativamente, antes de la realización de la acción delictuosa.
- c) Legalidad de la medida de seguridad: A los inimputables sólo se les puede someter a las medidas de seguridad predeterminadas en la ley.
- d) Legalidad del proceso: El moderno concepto del debido proceso, informa la necesidad y obligatoriedad de la observancia irrestricta de la normatividad procesal. En tal sentido, debe respetarse estrictamente la legalidad del rito, descrito con anticipación al despliegue de la conducta; el procesamiento por parte del *juez natural*, es decir, del ordinario, preestablecido, independiente y autónomo; y, la prohibición de tribunales y procedimientos de excepción.
- e) Legalidad de la ejecución de pena: La ejecución objetiva de la pena impuesta, debe observar los parámetros legales establecidos por las normas de ejecución pena”. (Hugo Silfredo, 2011, p.). I.

“Dentro de este mismo principio debe ser incluido el de reserva, según el cual la ley penal, concretamente los códigos, tienen que emanar del legislativo normal y jamás del ejecutivo, por cuanto la ley penal debe ser planificada, obedecer a una política criminal determinada y, por tratarse del área más cruel del ordenamiento, debe nacer del querer popular, es decir, de quienes representan las varias corrientes culturales, sociales y políticas. Es acudir simplemente al pluralismo inherente a las democracias”. (Pérez Pinzón 1988, p. 60).

“Por otro lado, y desde la óptica ya tratada, se impone, de cara a la norma jurídica, la observancia de ciertas garantías que tienen que ver con la exigencia de: *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*. Con la exigencia de una *lex praevia* se expresa la prohibición de retroactividad de la ley penal (salvo el caso de la retroactividad benigna, en cuyo caso la nueva ley resulta más favorable). Con la exigencia de una *lex scripta*, queda, desde luego, excluida la costumbre como fuente de delitos y penas. Mas tampoco basta cualquier norma escrita, sino que es preciso que tenga rango de ley emanada del Poder Legislativo. El requisito de *lex stricta* impone un cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo (analogía *in malam partem*). El postulado de precisión de la ley da lugar al llamado *mandato de determinación*, que exige la que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear. Constituye éste un aspecto material del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar cláusulas generales absolutamente indeterminadas”.

“El *mandato de determinación* se concreta en la teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho, y en la teoría de la determinación de la pena obliga a un cierto legalismo que limite el por otra parte necesario arbitrio judicial. Igualmente, el *mandato de determinación* plantea especiales problemas en relación con las medidas de seguridad, puesto que es difícil delimitar con una precisión suficiente el presupuesto de la peligrosidad del sujeto y la duración y características concretas de las propias medidas. De ahí que convenga, por una parte, exigir la comisión de un delito previo que demuestre la peligrosidad (exclusión de las medidas predelictuales) y, por otra parte, señalar límites máximos a la duración de las medidas. De otro modo se hacen intolerables en un Estado de Derecho”. (conforme: Mir Puig 1996, p. 78).

“Otro aspecto de importancia en el tratamiento del principio de legalidad, es el que se refiere a la incidencia que al respecto tiene la analogía, entendida como la posibilidad de extender la aplicación de un principio jurídico que establece la ley para un hecho determinado, a otro hecho no regulado, pero jurídicamente semejante al primero.

La principal utilidad de la analogía se evidencia cuando el legislador trata de integrar ciertas lagunas del ordenamiento jurídico positivo de un Estado, al faltar una disposición legal específica que regule el supuesto de hecho problemático. Su aplicación supone, como bien precisa Urquiza Olachea (2000, p. 94): a) Que falte una disposición precisa en el caso que va a decidirse; y, b) Que exista semejanza esencial entre el caso que se va a regular y el caso ya regulado.

Asimismo, agrega el referido profesor sanmarquino, que en el campo de la teoría general del Derecho se distingue entre analogía legis y analogía iuris. La primera consiste en aplicar a un caso no regulado por una disposición particular, pero semejante a los supuestos en ella contemplados, una norma extraída de la propia ley; mientras que la segunda consiste en aplicar ya no una disposición particular, sino un conjunto de normas o principios al caso no regulado” (Hugo Silfredo, 2011, p.).

“En el Derecho penal, la principal problemática que atañe a este tema es la que se deriva de la aplicación de la analogía legis, por lo cual se desborda el sentido literal posible del texto cuando se pretende aplicar a un caso no previsto por la norma. Sin embargo, cabe precisar también la posibilidad que se atente contra la fundamentación jurídico-política del principio de legalidad cuando, apelando a principios superiores, generalmente éticos o morales, se busca castigar como delito una conducta que no se encuentra prevista como tal en la ley. De allí que el peligro de vulneración al fundamento de la prohibición de analogía se localice, por un lado, cuando se busca extender la aplicación de la ley más allá del sentido idiomático-jurídico (analogía legis), y, por el otro, cuando se quiere incriminar conductas que no se encuentran previstas por la ley sin

extender ningún sentido literal, apelando al sencillo recurso de que el hecho no regulado atenta contra el sano sentimiento del pueblo, como sucedió en la Alemania nazi; o la consideración del hecho como un acto inmoral grave (analogía iuris) (Loc. cit.).

Dentro del marco normativo nacional, la Constitución introduce una norma prohibitiva con respecto a la aplicación de la analogía. Así, el inciso 9 del artículo 139 de la Carta magna establece la inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos (éstas últimas pueden ser de cualquier naturaleza extra penal). Este dispositivo constitucional informa a su vez, que si no se trata de normas penales o de otras que puedan limitar derechos, entonces la analogía si es permitida como instrumento integrador, básicamente aplicado en el ámbito del derecho civil y otros ordenamientos. En este sentido el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, establece que: Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano". (Hugo Silfredo, 2011, p.).

"Por otro lado, la prohibición de la aplicación de la analogía en materia penal se refuerza mediante la norma contenida en el artículo III del Título Preliminar del Código Penal, que prescribe que: *No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad, o determinar la pena o medida de seguridad que corresponde.*

Pero, desde la perspectiva penal, es necesario precisar que la doctrina hace ya una clara distinción entre las dos modalidades que puede asumir la analogía: *la analogía in malam partem* y *la analogía in bonam partem*. Distinción que se basa en la posibilidad que la analogía beneficie o en su caso perjudique al reo o imputado.

La analogía in malam partem es la que permite ampliar el alcance de los tipos penales o de presupuestos de punibilidad, así como la creación o agravación de las penas, medidas de seguridad u otras consecuencias accesorias (Cfr. Roxin,

ob. Cit. p. 120). Por su lado, la analogía in bonam partem es aquella que desincrimina los hechos o sirve para atenuar la pena. Esta distinción permite ya aseverar, que la doctrina penal rechaza la aplicación de la analogía in malam partem y privilegia la analogía in bonam partem.

Conforme lo aprecia Maurach, con la prohibición de la analogía in malam partem el legislador busca proscribir la creación o agravación de delitos y sanciones penales, más allá de lo expresamente descrito en la ley o de lo que fluye de su sentido literal posible. La creación de delitos como la incorporación de figuras agravadas, así como la fundación de la pena y su agravamiento, sólo pueden establecerse mediante una ley penal estricta y escrita. En efecto, el Derecho penal contemporáneo prohíbe la creación de un Derecho penal ajeno o nuevo, distinto al previsto por el legislador (analogía iuris), o la ampliación a supuestos que no encajan en su texto (analogía legis)" (Urquiza Olachea 2000, p. 98).

"El principio de legalidad amplia también su ámbito de protección al amparo constitucional de la persona, en cuanto a la preservación de sus fundamentales derechos constitucionales. Así, la conducta delictiva imputada puede perder su carácter típico en cuanto el operador penal, apelando al control difuso de la constitucionalidad, constata, por ejemplo, una evidente colisión constitucional del tipo penal en que se sostiene la acusación y la vigencia protectora de la norma constitucional.

Este es el caso de la Sentencia expedida por la Corte Superior de justicia de Arequipa, Segunda Sala Penal, Exp. 2156-2006, en la que precisamente se absuelve al procesado de la acusación de violación de menor (entre 14 a 18 años), que le fuera imputada, en atención a que, "si los supuestos de la ley penal en el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal, siendo expresos son equívocos (por ser contradictorios con el resto del propio sistema jurídico), entonces, no se puede considerar configurado el principio constitucionalizado de legalidad en dicha norma legal penal (...). Constatado en el curso del procedimiento criminal, la afectación de los principios constitucionales del derecho al libre desarrollo

(artículo 2, inciso 1 de la Constitución), del derecho a la libertad (artículo 2, inciso 2, apartado a) de la Constitución) y de legalidad penal (artículo 2, inciso 24, apartado d) de la Constitución) en el contenido del dispositivo normativo referido y toda vez que los fallos judiciales deben sostenerse en marcos legales adecuados (artículo 139, inciso 5 de la Constitución), corresponde a la judicatura, en cumplimiento del deber igualmente constitucional de control difuso, el declarar su inaplicación cuando menos para este caso” (artículo 138 de la Constitución)”.

7.4. Principio de tipicidad objetiva

“Este principio guarda estrecha relación con el legalidad. Si bien se puede decir que coinciden, lo evidente es que éste apunta más allá de la mera descripción previa. Exige la necesidad de fijar, en cada estructuración típica, todos los elementos que deben acompañar al comportamiento punible. Así, el tipo debe establecer nítidamente los sujetos activos y pasivos, la acción u omisión, el objeto jurídico y los aspectos materiales y subjetivos. Legalidad y tipicidad objetiva exigen que la descripción sea previa, expresa e inequívoca; así, se establece:

- a) La prohibición de tipos oscuros, ambiguos, amplios, de doble sentido o en blanco, ya que los tipos indeterminados, no tienen aceptación en Derecho Penal.
- b) La prohibición de aceptar el derecho consuetudinario o la costumbre, como fuentes creadoras de delitos y penas, pues se opone a la legalidad estricta.
- c) La prohibición de aceptar la analogía, cuando perjudica al procesado (in malam partem)”. (Hugo Silfredo, 2011, p.).

7.5. Principio de materialidad

“La sola intención o idea criminal, no genera reproche ni pena (nemo cogitationem poenam patitur), de donde se deduce que, para que el

pensamiento delictivo sea punible debe ser exteriorizado. El comportamiento, entonces, requiere de una objetiva corporeidad, debe ser perceptible sensorialmente. Por ello se afirma que *“El hecho material es la base primaria e imprescindible de todo juicio de desvalor penal”*. (Hugo Silfredo, 2011, p.).

7.6.- Principio de ofensividad o lesividad

“En virtud de este principio se establece que, para imputar como punible una conducta, no basta su sola realización material. Es menester, entre otros elementos, la real causación de daño o creación de riesgo para el bien jurídico protegido (*nullum crimen sine injuria*). Materialidad y lesividad u ofensividad equivalen al llamado también principio de *Antijuricidad Material*.

El principio de ofensividad descansa en la consideración del delito como un acto desvalorado; esto es, contrario a la norma de valoración. La antijuricidad comportará el desvalor propio del resultado; esto es, de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y derivado de una acción desvalorada; esto es, peligrosa para la integridad del objeto o de los objetos de tutela. La desvaloración viene dada, por tanto, por la doble consideración de la acción y del resultado como objetos de la misma. Y el principio de ofensividad determinará la no tipificación de conductas que no resultan peligrosas para los bienes jurídicos o que no pueden comportar lesión o puesta en peligro de valores con relevancia constitucional”. (Hugo Vizcardo 2016, p. 131).

“Desde la perspectiva tratada por Carbonell Mateu, en el seno de una concepción imperativa de la norma, la exigencia del bien jurídico para la tipificación de una conducta es, ciertamente, un loable deseo: desde el principio de ofensividad se limita el poder punitivo del Estado, en el sentido de que el legislador no deberá prohibir la realización de conductas -ni obligar a la realización positiva- si no es en virtud de que ellas puedan resultar lesivas para un bien jurídico. Desde la concepción valorada de la norma, el principio de

ofensividad, entendido como exigencia de bien jurídico, no comporta limitación alguna: toda norma penal supone una valoración; por consiguiente, de toda norma penal se desprenderá necesariamente la existencia de un bien jurídico. Sólo si atendemos a la dignidad de ese bien jurídico, puede recobrar el principio de ofensividad su razón de ser como limitador del poder punitivo del Estado”.

“Pues no se trata aquí de referirnos a la no aplicación de la pena cuando de la conducta realizada no se desprenda lesión al bien jurídico, cuanto de que el legislador democrático no tipifique conductas delictivas que no sean necesarias para la tutela de un bien jurídico digno de protección penal. Y la dignidad tiene, a nuestro juicio, una doble vertiente. En primer lugar, resulta necesario referirse a la dignidad formal del bien jurídico, ya que sólo los bienes jurídicos con relevancia constitucional pueden ser objetos de tutela penal”. (1995, p. 213).

“Pero no sólo la dignidad formal es necesaria para afirmar el principio de ofensividad, también es necesario atender a su concepción material: ha de tratarse de un valor asumido socialmente, susceptible de ataque y destrucción; esto es, de ser lesionado o puesto en peligro gravemente, y necesitado de tutela penal. Desde luego, la valoración constitucional de un bien jurídico no implica en absoluto la necesidad de su tutela penal, ni siquiera en aquellos supuestos donde la Constitución explícitamente encarga al legislador democrático, la tutela penal del bien jurídico, lo que, por cierto, sólo sucede con el urbanismo, ha de ser ésta interpretada como una exclusiva actuación del ordenamiento punitivo. También en este punto rige el principio de intervención mínima y el carácter subsidiario o fragmentario del Derecho penal”. (Hugo Silfredo, 2011, p.).

7.7. Principio de dignidad

“No obstante que el sujeto resulte imputado por la comisión de un delito, y como consecuencia de ello, sometido a un proceso penal, merece, por su condición de ser humano, el respeto a su integridad, honor y dignidad. Así debe

excluirse todo atentado o discriminación, que parta de consideraciones de edad, raza, color, opinión, cultura, extracción social o económica, etc. Pero ello no exime al juzgador de tener en cuenta, durante la investigación judicial, los factores sociales, económicos, políticos, etc. que puedan ser condicionantes de un comportamiento determinado” (Hugo Silfredo, 2011, p.).

7.8. Principio de necesidad o utilidad

“Este principio informa, que para que el Derecho penal pueda intervenir, con sus graves consecuencias, en la solución o manejo de los conflictos sociales, ha de ser absolutamente imprescindible, *necesario*, puesto que de otra manera la pena constituiría una lesión inútil de derechos fundamentales. El principio de necesidad de la pena es otra expresión del principio de prohibición de exceso. Allí donde la pena resulta innecesaria, es injusta, como se viene diciendo desde Beccaria y reconoce la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. No sólo no debe intervenir el Derecho Penal allí donde no es necesario, bien porque puede ser el bien jurídico tutelado por otro mecanismo menos costoso, bien porque no necesita de tutela alguna, sino que hay que proclamar que la intervención ha de ser también la mínima imprescindible; por consiguiente, la consecuencia jurídica, la pena, ha de ser la menor posible.

Si el Derecho Penal se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. Así, el principio de necesidad conduce pues, a la exigencia de utilidad, lo que plantea la controvertida cuestión de si realmente el Derecho Penal sirve para evitar delitos” (Hugo Silfredo, 2011, p.).

“Si el Derecho Penal de una sociedad democrática se legitima en tanto en cuanto previene la realización de hechos delictivos, es lícito llegar a la conclusión de que el recurso al Derecho Penal (y a la pena) deviene en ilegítimo

desde el mismo momento en que se demuestre que es inútil o innecesario en orden a alcanzar el fin que se le asigna” (Zugaldía Espinar, ob. cit. p. 240).

“Según este postulado, cuando se demuestre que una determinada reacción penal es inútil para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve. Así, por ejemplo, estudios importantes han demostrado que la supresión de la pena de muerte no ha determinado un aumento en los delitos para los que estaba conminada; ello confirma que debe bastar una pena inferior. Como ya señalaba Beccaria, con frecuencia más importante que la gravedad del castigo es la seguridad de que se impondrá pena”. (Hugo Silfredo, 2011, p.).

7.9.- Principio de proporcionalidad

“Por proporcionalidad, no debe entenderse simplistamente, que la pena debe ser estrictamente fijada según la entidad del daño causado a la víctima o de acuerdo con el grado de culpabilidad (que en esta acepción se refiere al principio de proporcionalidad en la aplicación de la pena <proporcionalidad en concreto>). El principio va más allá, pues exige acomodación del Derecho penal (en lo sustancial y en lo procesal) a las finalidades del Estado en que se desenvuelve, es decir, que aquél debe seguir los lineamientos establecidos en la Constitución, especialmente en cuanto a los objetivos que se buscan según el tipo de poder plasmado en el ordenamiento jurídico (proporcionalidad en concreto). En sustancia conduce a que la aplicación del Derecho penal, se asiente sobre la base del respeto al libre ejercicio de los derechos esenciales. Trátase, en pocas palabras, de hacer coincidir las decisiones tomadas en materia penal, con las finalidades previstas en la Carta Suprema, pues no se puede concebir una medida, por ejemplo un auto de detención, que no persiga los mismos fines que pretende la Constitución”. (Hugo Silfredo, 2011, p.).

“Por ello con razón escribe Silvia Barona Vilar: El principio de proporcionalidad tiene la tarea de conseguir una solución del conflicto entre el derecho a la libertad personal del individuo y las necesidades ineludibles de una persecución penal eficaz. En el principio de proporcionalidad deben entrar en juego, además, todas aquellas circunstancias no ya del asunto en sí, pena esperada o dificultad de resolución del mismo, sino incluso además las circunstancias personales y particulares del individuo al que presuntamente se le tuviere por acusado y al que pretende someterse a una de las medidas cautelares del proceso penal y, en este supuesto, de la prisión.

El principio de proporcionalidad, en sentido estricto, obliga a ponderar la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica. Se trata, por emplear expresiones propias del análisis económico del Derecho, de no aplicar un precio excesivo, para obtener un beneficio inferior: si se trata de obtener el máximo de libertad, no podrán preverse penas que resulten desproporcionadas con la gravedad de la conducta. Pero no sólo es preciso ponderar el grado de libertad que se consigue con la limitación penal y el beneficio que se obtiene con ésta, sino además las diferentes intervenciones del Derecho Penal entre sí. Efectivamente, lo primero que hay que ponderar es si la intervención del Derecho Penal resulta rentable para obtener la tutela del bien jurídico: si la materia es propia del Derecho Penal, y si compensa la utilización del poder punitivo del Estado. Ya hemos visto que de la dignidad de los bienes jurídicos se desprende, por una parte la necesidad de un reconocimiento constitucional, en mayor o menor medida; de otra, una materialidad suficiente en el bien jurídico. Precisamente del principio de proporcionalidad se desprende la necesidad de que el bien jurídico tenga la suficiente relevancia como para justificar una amenaza de privación de libertad, en general, y una efectiva limitación de la misma, en concreto. Así, por ejemplo, no se representa como proporcional la utilización del Derecho Penal en contra del dueño del perro que defeca en la calle, para obtener la limpieza de las aceras”. (Hugo Silfredo, 2011, p.)

“También la conducta, en relación al grado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, tiene que ser lo suficientemente grave como para justificar la intervención del Derecho Penal (verbigracia, la afectación nimia, por ejemplo del bien jurídico representado por la libertad personal, en el caso del chofer del autobús, que no se detiene en la parada solicitada por el pasajero, llevándolo a un paradero posterior, no justifica la intervención del Derecho Penal, aunque ciertamente éste habrá retenido contra su voluntad a dicho pasajero). Por último, también es necesario comprobar la relación existente entre las distintas respuestas que el ordenamiento da a diferentes conductas: no es posible castigar más gravemente conductas menos importantes y trascendentes, y castigar con penas leves conductas gravemente atentatorias contra bienes jurídicos importantes”. (Hugo Silfredo, 2011, p.)

7.10. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

“Para justificar y legitimar la función de tutela y protección de la sociedad, asignada al Derecho Penal, éste ha de propender la protección de aquellos intereses sociales fundamentales, que por su importancia deban merecer la protección punitiva. Se trata de la protección de los denominados *bienes jurídicos*. Se dice entonces, que el Derecho Penal sólo puede proteger bienes jurídicos, pero ello no significa que todo *bien jurídico* hay de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del Derecho Penal. En tal sentido, estamos de acuerdo con Mir Puig” (1995, p. 91), por cuanto ambas cosas se opondrían respectivamente, a los principios de subsidiaridad y carácter fragmentario del Derecho Penal. “El concepto de <bien jurídico> es, pues, más amplio que el de <bien jurídico-penal>” (Loc. cit.).

7.11.- Principio de humanidad

“En su desenvolvimiento histórico, el Derecho penal ha transcurrido diversos estadios, marcados en principio por épocas de bárbara venganza, hasta su humanización. Contemporáneamente este principio conduce a la obligatoriedad del respeto a la persona humana y a la necesidad de disminuir cada vez más la presión individual y social constituida por la pena. De allí la preponderancia del principio de mínima intervención y la urgencia de descriminalizar, despenalizar, desprisionizar, etc.

El principio de humanidad se refleja principalmente en el sistema de ejecución de penas privativas de libertad. La consideración del penado como miembro de la sociedad exige que sea tratado como persona y no como simple objeto, respetando su dignidad, procurando su reeducación, si ello es necesario, ayudando a su reinserción social y prohibiendo los trabajos forzados y cualquier tipo de malos tratos de palabra u obra hacia su persona. Como efecto de ello, las cárceles tienen que garantizar condiciones de humanidad mínimas, como lo exige contemporáneamente las Naciones Unidas en sus Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos”. (Hugo Silfredo, 2011, p.)

7.12. Principio de Derecho Penal mínimo

“Más que un principio es toda una corriente del Derecho Penal, que condensa los enunciados anteriores y aporta otros. El Derecho Penal mínimo se fundamenta en que el Derecho punitivo es violento, no resuelve ni afronta convenientemente los conflictos sociales, los enraíza y aumenta, así como también es altamente clasista, pues selecciona sus destinatarios. Por estas razones, y otras, debe ser”:

“a) Restringido desde el punto de vista de la cantidad de tipos estructurados en la parte especial de los códigos penales, para prever regulación penal sólo en aquellas hipótesis de lesión sumamente grave”.

“b) Considerablemente ampliado en su operatividad, es decir, en materia procesal penal, para extender al máximo todas las garantías del individuo, previstas en la Constitución, los tratados sobre derechos humanos y en la ley penal, tales como presunción de inocencia, derecho de defensa, derecho de ser oído y vencido en juicio, etc”.

“El denominado Derecho Penal mínimo no significa que no deba haber Derecho Penal; no significa que debamos prescindir del poder punitivo del Estado. Es ésta, ciertamente, una idea ya antigua, y fue Radbruch el que expresaba que lo ideal no era un *Derecho Penal mejor*, sino *algo mejor que el Derecho Penal*. Esto es, lo ideal sería asegurar las libertades sin restringir ninguna. Pero eso, hoy por hoy, no parece posible. Debemos, pues, contentarnos con aspirar al Derecho Penal mínimo, esto es, a las mínimas intervenciones posibles para conseguir tutelar el máximo de bienes jurídicos necesarios para asegurar las libertades de los ciudadanos”.

“Este principio, a su vez, resulta de otros, que, con contenido similar aunque con diferente nombre, conducen a la misma finalidad. Surge entonces, otros enunciados y características del Derecho penal, inclusive tradicional. Por ejemplo”:

“7.12.a) Carácter fragmentario.- En el campo penal se detectan comportamientos positivos o negativos que respetan y vulneran determinados intereses o bienes pertenecientes al individuo, la sociedad o al Estado; por ejemplo la vida, la salud, el honor, la administración pública, etc. Así, en toda sociedad, existen conductas jurídicas y conductas antijurídicas respecto de intereses tutelables. De estas últimas, que constituyen lo que podríamos denominar antijuricidad general, unas son extraídas por el Derecho Penal para configurar la llamada antijuricidad penal, previa descripción legal de los tipos.

De la amplia gama de acciones y omisiones antijurídicas, entonces, el Derecho Penal toma algunos trozos, partes o fragmentos, con el propósito de otorgarles una tutela muy particular, ordinariamente represiva y más severa que la concedida a otras conductas violatorias de intereses por los demás sectores del ordenamiento jurídico”.

“Carácter fragmentario alude a pedazos de la antijuricidad general que son tomados, para su propia regulación por el Derecho Penal. Se entiende, además, que estos fragmentos deben ser los menos posibles y que, de otra parte, no haya posibilidad de regularlos acudiendo a otras vías, como las civiles, administrativas, laborales, etc”.

“7.12.b) Ultima ratio.- Quiere decir que la agresión institucional, constituida por el Derecho Penal, debe proceder únicamente cuando sea indispensable, es decir, necesaria. A esta clase de Derecho debe acudir exclusivamente cuando fallen los demás mecanismo de control social formal o informal, es decir, que su puesto es el de instancia final (última razón). A decir de Calliess, citado por Bustos, Sólo cuando fracasan la política social y de formación, y sólo cuando es ineludible para la vida en común de la sociedad, interviene la protección del Derecho Penal”.

“Fragmentariedad y última ratio señalan el carácter excepcional del Derecho Penal, que solamente debe intervenir frente a hechos muy particulares y de cierta significación en la vida social. Si así no fuera, el Estado se convertiría en un ente simplemente policial, y, además se correría el riesgo de paralizar la actividad social por medio de la violencia penal. Los ciudadanos, dentro de un Estado de Derecho no pueden vivir bajo la amenaza constante de la violencia; tampoco de la que ejerce el Estado, pues ello significaría la negación de ese propio Estado de Derecho”.

“El respeto de los derechos fundamentales de la persona y de la sociedad, determinan la necesidad de que el empleo del Derecho Penal, como medio de control social, sea lo menos extenso y significativo, evitándose en lo posible, la aflicción o la estigmatización”.

“7.12.c) Carácter subsidiario. Tal denominación no quiere significar dependencia o sujeción del Derecho Penal a otra rama de las ciencias jurídicas, ni posición privilegiada o rezagada. Indica que en la sociedad se presentan conductas lícitas e ilícitas, y que éstas últimas son castigadas de diversas maneras, por ejemplo pérdida de las arras, ejecución de la cláusula penal, indemnización por despido injusto del empleado, etc. Sin embargo puede suceder que la ilicitud sea de tal proporción, que merezca otra forma de sanción, momento en el cual la conducta entra al grupo escogido por el Derecho Penal para ser objeto de reproche punitivo. De aquí resulta, igualmente, que con autonomía no existe una ilicitud penal, sino más bien conductas antijurídicas o lesivas que son reguladas de diversas maneras por el derecho civil, laboral, administrativo, etc. El Derecho Penal selecciona sectores de lo antijurídico y acude a su coercitividad para contrarrestar las conductas que se dirigen contra ellos”.

“7.12.d) Mínima intervención (intervención mínima o no intervención). El Derecho penal sólo debe inmiscuirse en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos de mayor trascendencia, pues las ofensas menores son objeto de otras áreas del ordenamiento. Constituye no sólo un límite importante al derecho de castigar que posee el Estado, sino que ubica al Derecho Penal en su verdadera posición dentro del ordenamiento jurídico: La última instancia a la que pueden acceder los ciudadanos para dirimir sus disturbios, o el recurso final del que dispone el Estado de derecho para conseguir una sociedad democrática avanzada. Pátese del convencimiento que la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta que debe utilizarse solamente cuando no haya más remedio, es decir, tras el fracaso de cualquier otro modo de protección”.

“Como se puede observar, estas cuatro características o tendencias, en sustancia coincidentes, se orientan a un mismo objetivo: La estrechez o restricción del Derecho penal”.

“El *Derecho Penal Mínimo*, además de lo expuesto, y conforme lo reseña Pérez Pinzón, determina la formulación de otros principios subsidiarios”:

“1.- Irretroactividad de la ley sustancial, procesal y ejecutiva, salvo claro está, si favorece al procesado o condenado”;

“2.- Primacía de la ley sustancial o aplicación de los axiomas democráticos a todos los subsistemas en que puede ser dividido el sistema penal, principalmente en lo relacionado con la policía, el proceso y la ejecución”.

“3.- Representación popular. En el proceso de formación y conocimiento de la ley penal deben ser respetados los requisitos mínimos del Estado de Derecho, es decir la participación en las decisiones y funcionamiento de la ley, de las asambleas legislativas, de las clases populares y de todos los partidos y movimientos políticos”.

“4.- La ley penal no puede ser respuesta inmediata de naturaleza administrativa, ante uno o varios conflictos. Es un acto solemne que tiene que emanar de amplios y detenidos debates llevados a cabo en las asambleas, parlamentos o congresos. Los disturbios que esperan una contestación legal deben ser suficientemente decantados antes de dar una respuesta penal. Trátase de frenar la ejecutivización o administrativización de la justicia penal”.

“5.- Idoneidad. La pena no debe ser impuesta si no existen pruebas empíricas de su efectividad o probabilidad de efectividad. De manera que no basta la lesión de los derechos humanos ni la proporcionalidad. Estos dos aspectos, ya reseñados, son condiciones necesarias pero no suficientes para castigar. Este principio, entonces, obliga al estudio atento de los efectos socialmente útiles que se puedan esperar de la pena”.

“6.- Respeto por la autonomía cultural. Se enuncia diciendo que falta una condición necesaria para la criminalización de determinados comportamientos, cuando estos pueden ser considerados normales dentro de una subcultura bien delimitada”.

“7.- Primacía de la víctima. La pretensión del sistema penal de tutelar intereses generales, que van más allá de aquellos de la víctima es injustificada. Es necesario discriminalizar buena parte de conflictos para llegar a la *privatización* de los mismos, sustituir el Derecho penal por el derecho restitutorio, ampliar las facultades de las partes involucradas para con el delito, asegurar el derecho de indemnización de la víctima, etc. Búscase, sencillamente, que antes de la intervención de una persona *desconocida* (el Juez), los protagonistas del acto lamentable pueden afrontarlo y solucionarlo”. (Hugo Silfredo, 2011, p.)

7.13) Principio ne bis in Idem

“Conforme al mandato constitucional, se establece en nuestro sistema la prohibición de *revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada* (Art. 139.13). Este principio denominado también de no dos veces por lo mismo, prohíbe a los órganos judiciales que reabran un proceso que ya que habiendo sido resuelto ha quedado ejecutoriado (salvo la excepción del recurso de revisión).

La aplicación de este principio reclama como presupuestos concurrentes: la identidad de persona, que trate del mismo hecho ilícito y que tal hecho ya haya sido resuelto judicialmente en la jurisdicción nacional o de otro país.

El anteproyecto de Ley del Código Penal 2004, también resalta el principio ne bis in idem (artículo IX: *Nadie podrá ser procesado, ni sancionado mas 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 preeminencia sobre el derecho administrativo*). Este principio consiste en la garantía que tiene el ciudadano de no ser sometido a proceso dos veces por un mismo hecho, sea en forma simultánea o sucesiva.

Ello significa que la persona no puede ser sometida a una doble condena ni afrontar el riesgo de ello. Sin embargo, sí puede ser sometida a un segundo proceso si el objeto de este último consiste en revisar la sentencia condenatoria del primero para determinar si es admisible una revocación de esa condena y una absolución. Lo inadmisibles, pues, no la repetición del proceso, sino una doble condena o el riesgo de afrontarla. Existe uniformidad en la doctrina respecto de los requisitos para determinar cuándo estamos frente a un supuesto del *ne bis in idem*. Estos son la misma persona, el mismo hecho y el mismo motivo de persecución (*causa petendi*). En la doctrina y jurisprudencia no existe inconveniente alguno con relación a la aplicación del principio *ne bis in idem* dentro del ámbito del Derecho Penal (nadie puede ser sancionado dos veces por la misma conducta delictiva). Sin embargo, no existe uniformidad de criterios cuando se trata de la aplicación del *ne bis in idem* en el contexto general del Derecho sancionador; esto es, cuando se trata de la aplicación del principio en las relaciones del Derecho Penal con el Derecho extrapenal, prohibiendo doble sanción por una misma conducta: sanción penal y sanción administrativa. Se señala en el Anteproyecto la primacía del Derecho Penal sobre las facultades de la Administración, con lo cual se busca evitar, que una sanción administrativa previa que pueda dictarse no deba usarse como barrera que impida la actuación del Derecho Penal". (Hugo Silfredo, 2011, p.)

7.14. Principio de protección a la víctima

"Conforme al mandato constitucional, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 C.E.). En este sentido se atribuye al Derecho Penal la función de protección de la persona humana en sociedad anteponiendo la pena como instrumento preventivo.

En tal sentido surge como principio la primacía de la víctima. Así La pretensión del sistema penal de tutela debe realizarse teniendo en perspectiva la entidad y la gravedad del derecho afectado a la víctima, asegurándosele también el derecho restitutorio bajo la premisa de la concesión

de una adecuada y oportuna indemnización, que de alguna manera satisfaga su pretensión resarcitoria". (Hugo Silfredo, 2011, p.)

CAPITULO II

LA PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO

DE SUFRAGIO

1. Realidad actual de la protección penal

El Sistema Electoral en un Estado democrático, tiene como misión fundamental “garantizar como elemento nuclear del mismo, la libre expresión de la soberanía popular, y esta libertad genérica se rodea hoy día, de otro conjunto de libertades encaminadas a salvaguardar la opción entre diversos términos de una alternativa verdaderamente plural. A hacer efectiva dicha pluralidad y su fecunda concurrencia en la conquista del electorado se dirigen un conjunto de previsiones de muy diversa naturaleza entre las que es preciso incluir la tipificación, como delitos electorales, de un conjunto de conductas atentatorias contra la libertad y secreto del voto, contra la libre opción por una u otra candidatura por parte del elector, y en definitiva, contra la pureza de los comicios” (Fernández Doblado 1973, p. 142).

La estrecha vinculación que existe entre el Derecho Electoral y la democracia ha tenido vigencia en nuestro Derecho Constitucional desde la Carta de 1931, señalándose en la actual que, “el sistema electoral tiene por finalidad asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos; y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa” (primer párrafo del artículo 176 de la Constitución Política del Perú). Es así, como bien dice Adelaida Bolívar, “la libre expresión de la voluntad soberana del pueblo, se rodea en nuestro tiempo de un conjunto de garantías y libertades, que también por mandato constitucional, está encaminado a salvaguardar la participación de los electores, pues a través de ella se fortalece la democracia como forma de gobierno y de vida” (2002, p. 33)

La realidad contemporánea y la práctica electoral en nuestro país, nos demuestra, lamentablemente, que no bastan las garantías de carácter preventivo para evitar la ejecución de actos encaminados a falsear el resultado de las luchas electorales; de aquí la necesidad de que las leyes electorales que se postulen en nuestro sistema, dediquen uno de sus capítulos a la tipificación de aquellas conductas que han de ser enjuiciadas como delitos electorales, con la concreción de las penas que les correspondan.

En tal sentido, para González Arzac, que la votación traduzca la expresión auténtica, libre y espontánea de la voluntad de una ciudadanía informada, participativa y responsable, debe estar garantizada por “un conjunto de previsiones de diversa naturaleza entre las que se encuentra la tipificación de los delitos o faltas electorales, sancionando un conjunto de conductas atentatorias de la transparencia y objetividad del proceso electoral, y de la igualdad entre los distintos competidores en el proceso electoral; así como contra la libre manifestación de la voluntad, en su opción de voto, por parte del elector; es decir contra la pureza de los comicios” (1960, p. 211).

La experiencia contemporánea en el campo de la administración de justicia electoral y la realidad jurídico-social actual, nos muestra un preocupante alto grado de desprotección del fundamental derecho de sufragio, que constitucionalmente se representa por el derecho del ciudadano a elegir y ser elegido en cargos de representación popular, siendo necesario por ello, buscar los factores y causas, de tipo social, normativo entre otros, que determinan los defectos que originan una inadecuada protección del sistema de control penal, a un bien jurídico tan fundamental como el ejercicio de los derechos políticos, que fundamentan el sistema democrático de gobierno que nos rige, para de esta manera ofrecer aportes que puedan a futuro ser tomados en cuenta para posibles modificaciones legislativas, que complementen el universo normativo penal protector de tanpreciado derecho.

Al efecto, es posible constatar que en nuestro país no existe una criminalización integral de las conductas lesivas al derecho de sufragio, debido al deficiente modelo político criminal implementado por el Estado. Incluso existe en nuestra realidad jurídica, una injustificada vastedad y dispersión de la normatividad punitiva en materia de sanción del delito electoral. El código penal tipifica estos delitos bajo el membrete de "Delitos Contra la Voluntad Popular" (Título XVII del Libro Segundo), sancionando en un capítulo único los "Delitos Contra el Derecho de Sufragio" (artículos 354 al 360). La "Ley Orgánica de Elecciones" (LOE), contiene, en su Título XVI, la referencia al rubro: "De los delitos, sanciones y procedimiento judicial", tipificando las conductas atentatorias contra "el derecho de sufragio" (Arts. 382 al 393). Ello determina que en la actualidad existe una coexistencia simultánea y duplicidad innecesaria de normas, que podría traer como consecuencia inequidades, así como la afectación de la seguridad jurídica, e incluso la trasgresión del mismo principio de legalidad.

Se evidencia así una arraigada y antigua anomalía legislativa, que denota la existencia de una inadecuada técnica legislativa nacional. Por todo ello, urge una revisión y toma de conciencia, que derive en la implementación de un nuevo contenido típico electoral, que contenga in extensu la tipificación de todos los actos vulnerantes del fundamental derecho a la libertad de sufragio, que se ajuste al tiempo actual. Máxime si el anteproyecto de Código Electoral, presentado por el Jurado Nacional de Elecciones, mediante su Dirección General de Normatividad y Asuntos Jurídicos, ya no contempla la tipificación de delitos contra la voluntad popular.

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 legisladores

- c) Conflicto de intereses político partidarios en tres 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-positivo: Por cuanto la normatividad vigente evidencia un sistema insuficiente de protección jurídico penal, que no concretiza 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 a la lucha contra las conductas que atentan contra el derecho de sufragio.

2. Reseña histórica de la vulneración del derecho de sufragio

“Derecho de sufragio y participación política están, en teoría, íntimamente vinculados. Son o deberían ser, en cierto modo, directamente proporcionales. No ha sido ese el caso del Perú en los dos últimos siglos” (Paniagua, 2000, pp 38-42). “La extensión del sufragio, por paradoja, redujo la participación popular y la libertad del elector. El voto de los analfabetos, lejos de permitirles una mayor participación en la vida política del país, aumentó el poder de los gamonales. La reducción del cuerpo electoral, por obra de las limitaciones impuestas a la participación popular (por ejemplo, voto capacitario, voto masculino o exclusión de ciertos sectores como el ejército, el clero, etc.) o a la forma de elección (sufragio indirecto), tampoco aseguró una mayor pulcritud y verdad en los comicios. No obstante el reducido cuerpo electoral constituido sólo por los alfabetos, con excepción de los indios, las elecciones fueron casi siempre fraudulentas durante los inicios de la República y, desde luego, en la República Aristocrática” (Paniagua, 2000).

“Con excepción de las elecciones presidenciales de 1872 y 1895, todas las demás en el siglo pasado tuvieron vicios fundamentales, señala Basadre (1980). Las dos elecciones de Gamarra a mediados del siglo XIX, fueron una *imposición oficial*. Castilla se *autoeligió* en 1845 y se reeligió en 1858 usando de su poder mediante *un proceso doble de seducción e intimidación*; del mismo modo impuso a sus sucesores: Echenique en 1851 y San Román en 1862. El coronel Balta *debía* ganar por ser militar, y Manuel Toribio Ureta debía perder *todavía* en 1868. Pardo pudo ganar en 1872 por su enorme prestigio político y económico y porque, finalmente, contó con el respaldo popular frente a la intentona militar que trató de impedirle la asunción del mando. Por su parte, Piérola era en 1895 el caudillo indisputable de la República” (Paniagua, 2003). Los comicios lo fueron todavía más irregulares bajo el imperio de las autocracias, tanto civiles (Leguía, Prado en su primera administración, y Fujimori) como militares (Benavides, en 1936 y 1939, y Odría en 1950 y 1956).

Un factor preponderante para entender lo irregular de los orígenes de nuestra historia electoral “está, sin duda, en la situación de servidumbre a la que se hallaba sometida la raza indígena, en una legislación incoherente con la verdadera realidad del país y, por cierto, en unas *costumbres electorales* reñidas con el respeto a los más elementales principios éticos y democráticos. Es innegable que las primeras elecciones republicanas no correspondieron a la genuina voluntad popular. Si en un primer momento podían justificarse, por diversas circunstancias (ocupación del territorio por fuerzas externas, enfrentamientos de facciones, períodos de anarquía, etc.), no había ninguna excusa para tolerar los mismos vicios en pleno siglo XX, en cuyo contexto todavía se podían identificar actos reñidos con la pureza y honestidad que debería guiar el sufragio, como: suplantación o adulteración del voto popular, coacción e intimidación al elector, imposiciones oficiales, manipulación de los organismos electorales, entre otros” (1871).

“Cincuenta años después de la emancipación, Manuel Pardo creía que el sistema electoral estaba enteramente viciado. Hallaba que sus deficiencias comenzaban con la calificación misma de los ciudadanos (abuso en la formación del registro cívico y en la emisión de las cartas de ciudadanía), y seguían con la designación de *mesas instantáneas* que se integraban por los primeros sufragantes que llegaban al acto electoral, lo que era causa no sólo de violencia sino de las más graves corruptelas. El sistema obligaba a que, en palabras de Manuel Pardo: los partidos procuren cerrar el paso a todo voto contrario o a abrírselo para emitirlo, naciendo allí, generalmente, la lucha. Desde 1851 [venimos contemplando que] el partido dueño de la mesa momentánea se defiende en ella con un grupo de la peor gente que pueda hallar a mano [...] y forma la mesa permanente como más conviene a sus intereses”. (1871)

“Dos décadas después, la situación no se había modificado ni siquiera luego de la catástrofe que significó la agresión de Chile al Perú. Piérola decía en 1886: *Nos falta verdad en las leyes, verdad en las instituciones, verdad en todas partes. Traerla, combatiendo el engaño donde se presente es la necesidad suprema del Perú*. Tres años después, el Programa del Partido Demócrata proclamaba la necesidad de autenticidad en el sufragio. Su prédica resultó estéril. Fue necesario que, en 1895, se pusiera a la cabeza de sus montoneras para que el país comprendiera la necesidad de la verdad electoral si quería crear un *Estado en forma*. Sin embargo, ni ese empeño ni otros que emprendió, modificando sustancialmente la legislación electoral, fueron suficientes”.

Casi medio siglo después, Víctor Andrés Belaunde comprobaba, con amargura, que en el Perú no existía ni había habido jamás «verdad electoral» ni «sufragio libre» y que las elecciones habían sido siempre «una comedia» y «una imposición del gobierno y de la mayoría del Congreso» (1963). Era verdad en 1914 y lo sería también hasta muy entrados los años sesenta.

“Hasta 1992 era casi una verdad inconcusa que el Perú había conquistado por fin, en 1963, un régimen de genuina libertad electoral. Había la sensación de que nada retrotraería etapas superadas o comprometería el curso de un proceso que parecía irreversible. Esa convicción se fundaba en la experiencia vivida desde 1962 en que se depuró y reguló el Registro Electoral con mayor propiedad (Decreto ley 14207) y se expidió una nueva ley de elecciones políticas (Decreto ley 14250); y, posteriormente, ya en pleno régimen democrático (1963), se sancionó una nueva ley de elecciones municipales (Ley 14669). Esa convicción estaba avalada, además, por la conducta de los gobiernos tanto democráticos como autocráticos en los procesos electorales celebrados entre 1963 y 1990. A todo ello se añadía una circunstancia singular, el Jurado Nacional de Elecciones, integrado por ilustres magistrados y juristas, había afianzado no sólo su autoridad sino también su autonomía, siempre discutida y avasallada antes de 1963. La quiebra del orden constitucional el 5 de abril de 1992 puso fin a esa etapa”.

“Las elecciones del llamado Congreso Constituyente Democrático (CCD) en 1992 (en el apogeo del fuji-montesinismo), el referendo ratificatorio del 31 de octubre de 1993, las elecciones generales de 1995, las elecciones municipales de 1998 y, sobre todo, las elecciones generales de 2000 (con la reelección de Fujimori), resucitaron métodos y conductas que se suponía superados. Retornaron, con toda su indeseable secuela, la intromisión gubernativa a través de la participación de funcionarios y servidores públicos en actividades proselitistas y, desde luego, con el uso de los bienes y recursos estatales; la modificación sorpresiva e inopinada de la legislación electoral; el sometimiento dócil de los órganos electorales a la voluntad estatal, vía la corrupción de sus integrantes (ex miembros del JNE y ex jefe de la ONPE); el control de los medios de comunicación social y, en especial, radios y televisoras; la persecución y hostilización a los opositores; y hasta el uso fraudulento de la administración electoral, incluyendo los sistemas informáticos. En este periodo fuimos “fuente” de las más inverosímiles y descaradas formas de torcer la

voluntad popular”.

“Pero como lo demuestra la historia, toda dictadura inexorablemente está condenada al fracaso y en esos años la lucha por la libertad y la verdad electoral recobró plena actualidad. El Perú libró, en el curso del año 2000, una fiera campaña para reconquistar su derecho a elegir libremente. Esa lucha significó no sólo el triunfo de la verdad electoral, sino el derrumbe del *fujimorato*, que se constituyó en el más corrupto y desaprensivo de los gobiernos que jamás haya tenido el Perú. Las elecciones del año 2001 —cuya limpieza y transparencia nadie se ha atrevido a cuestionar— abrieron, a no dudarlo, una nueva etapa en la historia política y constitucional del Perú y cerraron, también, una de fraude y adulteración de la voluntad popular que se inició, obviamente, con el golpe militar del 5 de abril de 1992 del que Fujimori fue cómplice y dócil instrumento. Puede decirse que la propia democracia, siempre precaria, y la libertad y la verdad electorales sufrieron los avatares de aquella a pesar de una legislación electoral que, aunque defectuosa, pudo permitir un desarrollo democrático más apropiado”.

3. Fundamento del injusto en el delito electoral

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.

Ya en Grecia merecía pena de muerte el ciudadano que votaba dos veces, castigándose con la misma pena al que lo vendía o compraba. En la estructura jurídica romana, surgen con autonomía destacada, en virtud de la “lex julia de ambitu”, el delito de **ambitus** o ámbito para significar la venalidad en la obtención del voto para acceder a

funciones públicas, y cuya penalidad, si bien al principio fue solamente pecuniaria, alcanzó después la privación de honores e incluso el destierro y la deportación. Aparece después en el derecho histórico, la figura del “broglio”, alusiva al fraude electoral y a la compra de votos. Pero ha sido en los Códigos franceses de Brumario (1795) y Napoleónico (1810) donde obtienen sus fuentes los códigos modernos, “ya que instituyen en sus preceptos las tres formas específicas de suplantar la voluntad popular: la violencia o coerción, la corrupción y el fraude electoral que lesionan, respectivamente, la libertad, la honestidad y la sinceridad del sufragio” (Hugo Vizcardo 2014, p. 32).

El código de Brumario (Arts. 616 y 617) establecía severas penas para los actos de violencia dirigidos contra la libertad de sufragio, sin ocuparse de proteger la sinceridad y la legalidad del mismo. El código napoleónico introdujo esta protección, reprimiendo también los actos de corrupción y falsedad del escrutinio; pero la evolución del sistema representativo ocasionó la insuficiencia de aquella legislación, debiéndose introducir la protección de la universalidad del sufragio en la ley del 15 de marzo de 1849 y el decreto del 2 de febrero de 1852.

El Código imperial alemán sí contemplaba en título especial los delitos contra el sufragio, erigiendo un grupo de infracciones cuya característica común consistía en “no querer permitir que la voluntad política de la comunidad llegue a manifestarse, con relación a determinados asuntos, de una manera libre y genuina, de conformidad con el derecho público vigente”. El objeto inmediato de estos delitos era, en el Código imperial, de doble naturaleza: a) En cuanto se producía el ataque al libre ejercicio de los derechos de una asamblea legislativa o de un miembro de la misma; y, b) En cuanto se vulneraba “el ejercicio del derecho electoral o de sufragio de los ciudadanos del Estado alemán. También se sancionaba en el acotado Código imperial (“Delitos que hacen relación al ejercicio de los derechos políticos”), los actos de violencia o las amenazas para impedir el voto, la falsificación de los resultados electorales y la compra del voto (loc. cit.).

“El *pucherazo* era uno de los métodos de manipulación electoral usados principalmente durante el periodo de la Restauración borbónica en España para permitir la alternancia pactada previamente entre el Partido Liberal y el Partido Conservador[, dentro del modelo de dominación política local (sobre todo en las zonas rurales y las ciudades pequeñas) conocido como caciquismo. Para llevar a cabo la manipulación, se guardaban papeletas de votación (en pucheros), y se añadían o se sustraían de la urna electoral a conveniencia del resultado deseado. Otros métodos consistían en la colocación de las urnas en lugares de imposible acceso o la manipulación de las votaciones con *lázaro* (votos de fallecidos que, al menos sobre el papel *resucitaban* como el Lázaro de los Evangelios y *cunero* (electores que se inscribían irregularmente en una circunscripción que no les correspondía). En los periodos posteriores de la historia electoral española, el nombre de pucherazo siguió empleándose como sinónimo de fraude electoral” (Hernández Becerra 1989, p. 135).

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 (1957, p. 169).

A decir de Víctor García Toma, el sufragio representa una técnica y un procedimiento institucionalizado que permite a la ciudadanía comunicar y expresar de consuno 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 derecho (en Primer Seminario de Coordinación Interinstitucional del Sistema Electoral, 1999, pgs. 19-22). 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 a variar, lo que es más notorio después, cuando el respaldo popular amengua o crece de modo visible; siendo más frecuente lo primero" (loc. cit.).

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 al 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 naturaleza de derecho ciudadano, por lo que no es completamente cierto que cuando éste 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. Indicase así que tal función no es una manifestación individual, sino forma de acción del poder constituido (Lucas Verdú 1976, p. 79)..

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 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 (Art. 31 C.P.E.) (Cfrme. Hugo Vizcardo 2016, p. 63).

En tal sentido, señala García Toma (Op. cit. p. 23), “se trataría de la potestad o prerrogativa perteneciente al ciudadano, que le permitiría participar en la designación de las autoridades públicas y formar parte de la decisión de algún asunto de interés político u opinión sobre aspectos sustantivos de carácter administrativo o político.

Esta tesis surge de manera concomitante con la doctrina de la soberanía popular desarrollada en los siglos XVII y XVIII. En atención a ello, la soberanía se encontraría dividida en partes iguales entre todos los ciudadanos, que tendrían el derecho a contribuir con su voto en la expresión de la voluntad general. Así, cada individuo, al ser titular de una fracción de la soberanía del pueblo, tendría la atribución de colaborar en la organización del gobierno”.

Dicha concepción puede, a su vez, subdividirse en dos planos, ya sea como parte de una prerrogativa natural o de una facultad nacida del derecho positivo. En referencia a lo primero, se le advierte como el ejercicio de una atribución originaria concebida por la razón y fundada en la naturaleza del hombre, que se objetivaza en la medida que el ordenamiento jurídico crea los mecanismos democráticos necesarios para hacerla viable (derecho positivo).

No siendo el Estado un fin en sí mismo, sino un medio necesario para conseguir fines de satisfacción social de necesidades y convivencia ordenada y en paz, el sufragio no es conquista que beneficia a aquel organismo, sino un recurso de las personas dirigido a la satisfacción de sus necesidades. Y como es recurso de origen constitucional, reglamentado en la ley, tiene calidad jurídica, por lo que puede ser exigido y desde la perspectiva social del derecho punitivo, debe ser tutelado penalmente (al respecto Duguit decía que la función electoral persigue obtener la síntesis de las voluntades individuales, que es la voluntad nacional, y designar las personas que están encargadas de expresar esta voluntad) (González Arzac 1960, p. 131)

Pero, más que origen de las instituciones republicanas, el sufragio es una creación de la misma democracia, que se evidencia tanto más puro cuanto más evolucionada sea ésta. La autenticidad del sufragio no solamente implica un control de forma sobre la emisión y uso de cédulas o papeletas, sino que principalmente radica en que puedan exteriorizarse libremente las necesidades de las grandes mayorías nacionales. Sufragio auténticamente democrático es, pues, el que se ejerce para que el propio pueblo se constituya en conductor de sí mismo. Todo lo dicho sostiene pues, la fundamentación de la represión de estos actos delictivos, denominados "delitos electorales", que evidencian el carácter de lo injusto en el atentado contra la libre determinación de la voluntad popular y el derecho al sufragio (Bolívar Arteaga 2002, p. 44).

“El fundamento de la penalidad de los delitos electorales deriva del principio de que es de sustancial importancia mantener la pureza del sufragio, que sirve de base a la forma representativa de gobierno sancionada por la Constitución, y reprimir todo lo que de cualquier manera puede contribuir a alterarla, dando al pueblo representantes que no sean los que él ha tenido la voluntad de elegir” (González Arzac 1960, p. 233).

4. El delito electoral: Naturaleza jurídica

La tipificación de las conductas atentatorias contra la voluntad popular, desde los inicios de la época republicana, siempre estuvieron presentes en los diversos ordenamientos electorales aprobados por los gobiernos de turno. Los primeros dispositivos que ordenaron el proceso electoral, contenían normas que sancionaban algunas conductas contrarias al desarrollo del mismo, que pueden ser segmentadas dentro de faltas electorales y otras como delitos. Y es que como bien señala Carlos Ariel Sánchez Torres, “históricamente se justifica la sanción contra quien atenta vulnerar la naturaleza del proceso electoral, en el presupuesto según el cual, la democracia es un mecanismo de convivencia, que se califica por el consentimiento ciudadano manifestado

a través de su participación, que persigue la identificación entre gobernantes y gobernados” (2000, p. 132).

Por otro lado, en lo que respecta al tema de la naturaleza jurídica de estos delitos, si son delitos comunes o políticos, es de advertirse que en la construcción teórica de los delitos políticos, surgió una fase, hoy definitivamente superada en el propio ámbito doctrinal, que pretendió caracterizar o delimitar la naturaleza de este tipo de infracciones atentatorias contra el derecho de sufragio, bajo la contemplación meramente objetiva de los intereses o bienes jurídicos lesionados por aquéllas. Dentro de estas tesis objetivistas, no faltó quien ubicara a los delitos contra la libertad del sufragio, entre los atentados de carácter político (caso de la legislación italiana y francesa) y en razón de que se conceptuaban como delitos políticos, no sólo los que atacaban la existencia y organización del Estado, así como su funcionamiento, sino, además, los que lesionaban los derechos políticos de los ciudadanos derivados de los códigos fundamentales, y entre los cuales adquiere relevante importancia el atentado al libre ejercicio del sufragio, que al decir de Manzini, es el máximo de los derechos individuales políticos, en cuanto por medio de él, es llamado el particular a cooperar en la organización y gestiones de la cosa pública (Hugo Vizcardo 2014, p. 79).

Así, la tesis doctrinaria actual y mayoritariamente aceptada, se pronuncia en el sentido de atribuir a estas modalidades delictivas, naturaleza común y no política (siendo esta también la postura asumida en nuestra legislación penal). El delito electoral no puede tener carácter de delito político ya que no reúne las características propias de tal (Loc. cit.).

El delito político está considerado dentro de una categoría privilegiada por la doctrina y la legislación, por cuanto constituye una especie de delitos que (si bien son penados porque alteran la paz de la sociedad), no se advierte en ellos la naturaleza inmoral de los delitos comunes, ya que pueden ser cometidos por móviles altruistas, con fines éticamente superiores (en tal sentido, indica Quintano Ripollés, se atenta contra un orden

localmente predeterminado en un cierto país o nación, por lo que la delincuencia política es nacional, y por lo mismo inocua en otro país, donde el delincuente no ofende con su actividad e ideología las instituciones dominantes, 1953, p. 278).

El delincuente político social, manifiesta Roy Freyre, es el que comete un delito inspirado en un móvil político o de interés colectivo; así lo dice el artículo 13 del proyecto Ferri de 1921, que ha servido de fuente a nuestra legislación. Está inspirado por un móvil noble, de avance, de progreso; pertenece a la llamada delincuencia evolutiva, quiere llegar al poder por medios más o menos equivocados o acertados, pero incursiona dentro de alguna organización paramilitar; viste incluso como lo hacen los guerrilleros, un uniforme y usa ostensiblemente las armas (Fundamentos de la Ley Antiterrorista, Revista del Foro, Año LXVIII, 1981, p. 150). ("Agli effetti della legge penale, é delitto politico ogni delitto, che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino. E altresí considerato delitto politico il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici", expresa el artículo 8 del C.P. italiano) (nuestra legislación penal no ha sido extraña a la tipificación de estos delitos, así: El Código penal de 1924 (Art. 6.2) hacía referencia a "delitos político sociales" y el vigente de 1991 (Art. 4.2) hace referencia a "delitos políticos o hechos conexos con ellos", sin entrar a ningún tipo de definición conceptual).

El delito electoral indica Eusebio Gómez es ajeno a esa característica, por cuanto no existe en él la nobleza del fin, ya que al triunfo de los propios principios nada tiene que hacer con las intrigas ni las violencias; ni la variabilidad de los principios morales y jurídicos, ya que el fraude y la violencia son siempre y en todas partes repudiados y condenables; ni el objeto de abatir o modificar la organización política, ya que en el delito electoral, el agente, para cometerlo, se vale de las instituciones vigentes, que permanecen siempre las mismas, después de consumado el hecho. En definitiva: "estos delitos no son dignos de simpatía y benevolencia; antes bien, son odiosos y funestos, porque hacen impura la representación legal de la voluntad común (1941, p. 424).

5. El bien jurídico protegido

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 él se subvierte la democracia misma ya que, como hemos precisado, la libertad política de carácter electoral es esencial al 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". 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 (Cit. Fernández doblado 1973, p. 194).

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 (Hugo Vizcardo 2014, p. 178).

"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" (conf. Fernández Doblado, op. cit. p. 195). Señala Sebastian 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 (Loc. cit.).

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 del Estado, como lo es el derecho al sufragio, mediante la protección jurídica de la "Voluntad Popular" (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 (traducido 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".

En consecuencia, es el derecho al sufragio lo que el sistema penal protege, como un atributo inherente a la soberanía popular y como punto de partida de todas las realizaciones democráticas, preservando de esta manera el derecho de los ciudadanos a participar en la vida política del Estado, consagrando como fin superior la protección al respeto de la voluntad popular.

6. Denominación

En el ámbito doctrinario e histórico, se han establecido una diversidad de denominaciones, cada una de ellas comprensiva de aquellos actos atentatorios contra la

libre determinación ciudadana, de ejercer su sagrado derecho a la participación en la vida política de sus respectivos países.

Así, el antiguo Código italiano, fuente de las legislaciones modernas, incluía la tipificación de los **delitti contro la libertà**, en la esfera de la libertad política del ciudadano. Posteriormente la vigente normatividad itala, tipifica estas modalidades delictivas como: **dei delitti contro i diritti politici del cittadino**, en el título correspondiente a los **delitti contro la personalità dello Stato**.

Otra de las fuentes históricas es el Código penal francés, que consideró a los **crimes et délits relatifs á l'exercise des droits civiques**, entre los crímenes y delitos **contre la Charte constitutionnelle**.

La denominación de "crímenes y delitos relativos al ejercicio de los derechos cívicos", fue adoptada por el Código alemán ("Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte"), expresión menos amplia que la de "delitos contra el derecho electoral" seguida por el Código Húngaro. Por su parte el Código penal de Holanda prefiere el rubro de "Delitos Relativos al Ejercicio del Derecho y Deberes Cívicos". El Código Suizo hace referencia a: "Delitos Contra la Voluntad Popular". Actualmente el Código penal alemán hace referencia a: "Hechos punibles contra órganos constitucionales así como contra elecciones y votaciones".

Precedentes pre-legislativos y legislativos argentinos, han usado indistintamente denominaciones como: "Delitos Contra la Voluntad Popular" (proyecto Peco 1941); "Delitos Contra la Voluntad del Pueblo y el Fundamento de sus Instituciones" (anteproyecto Oyhanarte 1936); "Delitos Contra la Soberanía Popular" (decreto 11.976/45). Actualmente la legislación electoral del país gaucho se refiere a: "Delitos Electorales".

El Código penal Colombiano hace referencia a: "Delitos Contra los Mecanismos de Participación Democrática" (Título XIV). El Código penal Venezolano tipifica los "Delitos Contra las Libertades Políticas" (Título II: Delitos contra la libertad). La legislación electoral uruguaya hace referencia a los "Delitos Electorales". El Código penal paraguayo refiere a: "Hechos punibles contra la constitucionalidad del estado y el sistema electoral". El artículo 137 del Código penal chileno, referido a los "Delitos Relativos al Ejercicio de los Derechos Políticos y a la Libertad de Imprenta", destina la sanción de los "Delitos Relativos al Libre Ejercicio del Sufragio", a la legislación electoral (leyes de elección).

Nuestro Código penal de 1863 tipificaba los "Delitos Contra el Ejercicio del Sufragio" (en la sección Cuarta, inmediatamente después de los Delitos Contra la Seguridad Interior del Estado). El código penal de 1924, siguiendo la fuente Suiza, tipificaba estas conductas en la Sección Undécima (del Libro Segundo), como: "Delitos Contra La Voluntad Popular" (luego de los delitos contra los Poderes del Estado y la Autoridad de la Constitución). Nuestro vigente Código penal de 1991, tipifica también estas conductas bajo el membrete de: "Delitos Contra la Voluntad Popular" (Título XVII del Libro Segundo, después de los Delitos Contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional), sancionando en un capítulo único los "Delitos Contra el Derecho de Sufragio". Por su parte, nuestra legislación electoral hace referencia a delitos "Contra el Derecho de Sufragio".

Todo ello nos informa, como aprecia Bertoli, que las distintas formas de conceptualización de este universo de conductas típicas, tienen como factor común a todos los actos que atentan contra el secreto, la universalidad, la obligatoriedad o la individualidad del sufragio (Alberto Bertoli 1957, p. 425).

En tal consideración, desde la perspectiva de que la denominación genérica del rubro delictivo, no tiene por que reproducir in extensu el contenido del género delictivo en cuestión, el mismo que puede ser desarrollado mediante denominaciones específicas, en

el desarrollo del tratamiento de los diferentes delitos en particular, nosotros, consideramos adecuado, desde la perspectiva del bien jurídico protegido y de los fundamentos doctrinarios e históricos que lo sustentan, encuadrar esta familia delictiva bajo el membrete de **"Delitos Electorales"**, que es una denominación comprensiva del contenido de lo injusto que orienta la sanción de estas conductas lesivas y por que contiene raigambres históricas y doctrinarias sólidamente constituidas.

7. Ámbito de protección penal

Conforme a la naturaleza del bien jurídico protegido y de acuerdo a 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, a la actividad del Estado encaminada al reconocimiento del derecho de votar y asegurar 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, alterar la realidad 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 sus simpatías, el que hace desaparecer o retiene indebidamente una cédula o documento de ciudadanía (título de sufragio). 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 arrebatara a éste 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 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 su empleo resultan lesionados o puestos en peligro, respectivamente: **la libertad, la honestidad y la sinceridad del sufragio**.

8. Sistemas normativos en la legislación comparada

En la legislación comparada podemos identificar, hasta tres sistemas en la técnica de legislar estos ilícitos:

a) En sección especial del Código penal; Legislaciones que tipifican los delitos electorales específicamente en un Título o Sección en el Código penal, con tratamiento diferencial al de los tipos que sancionan los atentados contra la libertad individual. Tales son los casos de Colombia, Ecuador y el Perú (que constituye un caso especial, ya que también la legislación electoral sanciona este tipo de delitos)

b) De manera genérica en el Código penal, sin tratamiento específico; Legislaciones que contemplan los delitos contra el sufragio dentro del precepto general que tutela las

libertades individuales, sin conformar una Sección o Título especial, como es el caso de: Venezuela, Uruguay, Panamá, México, Haití y Costa Rica.

c) Sin precisión codificada indicativa y/o remitiendo la sanción a la legislación electoral; Legislaciones que omiten prescribir normas relativas a los delitos contra el sufragio, u otro tipo de derechos políticos del ciudadano: Argentina, Brasil, Cuba y Chile (que apenas los menciona en el artículo 137, remitiendo su sanción a la ley de electoral, así: "Los delitos relativos al libre ejercicio del sufragio y a la libertad de emitir opiniones por la prensa, se clasifican y penan respectivamente por las leyes de elecciones y de imprenta"). En el caso peruano se observa una duplicidad en la sanción penal de estos preceptos, ya que se tipifican tanto en el Código penal como en la ley electoral.

CAPITULO III

DELITOS CONTRA LA VOLUNTAD POPULAR EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

1.- Marco normativo nacional

En una revisión histórica del contexto codificado de nuestra legislación penal, podemos apreciar, como ya hicimos referencia, que nuestro primer Código penal (de 1863) tipificaba los "Delitos Contra el Ejercicio del Sufragio" (en la Sección Cuarta, inmediatamente después de los Delitos Contra la Seguridad Interior del Estado). El código penal de 1924, siguiendo la fuente Suiza, también tipificaba estas conductas de manera específica, en la Sección Undécima (del Libro Segundo), como: "Delitos Contra La Voluntad Popular" (luego de los delitos contra los Poderes del Estado y la Autoridad de la Constitución). Por su parte, nuestro vigente Código penal de 1991, tipifica actualmente estas conductas bajo el membrete de: "Delitos Contra la Voluntad Popular" (Título XVII del Libro Segundo, después de los Delitos Contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional), sancionando en un capítulo único los "Delitos Contra el Derecho de Sufragio" (artículos 354 al 360).

Por su parte, nuestra frondosa legislación electoral, en el transcurso de nuestra historia republicana, hace referencia a una serie de actos ilícitos atentatorios contra el Derecho de Sufragio y el proceso electoral. Así, la Ley de Elecciones de 13 de abril de 1861 (estando en la Presidencia de la República don Ramón Castilla), refiere a "Los Actos Prohibidos en las Elecciones" (Título IX); La Ley Electoral, sancionada por el Congreso Extraordinario de 1896 y proclamada por don Nicolás de Piérola sancionaba las "Infracciones de esta Ley" (Título XIII); La Ley Electoral No 2108 de 1915, (siendo Presidente Oscar R. Benavides); La Novísima Ley Orgánica de Elecciones No 2108

sancionada por el 2do Congreso Extraordinario de 1915, hacia referencia a: "De las infracciones de esta Ley y de la nulidad de las Elecciones" (Titulo IX); La Ley de Elecciones Nacionales del Perú, Ley No 4907, durante el gobierno de Augusto B. Leguía no hacía referencia expresa a actos ilícitos específicos sino que disgregaba en su normatividad ciertos actos punibles contra el sufragio; el Estatuto Electoral expedido mediante Decreto Ley No 7160 en 1931 siendo presidente de la Junta Nacional de Gobierno J. F. Tamayo, hacía referencia, con mejor técnica legislativa en su Capítulo V a las "garantías electorales y penas"; la Legislación Electoral de 1936 (Leyes 8252 y 7780) consignaba también un título referido a las "garantías electorales, control de sufragio y sanciones penales aplicables a los delitos contra la voluntad popular"; en igual sentido, la legislación electoral de 1939 (Estatuto Electoral, Ley No 8901), resguardaba la voluntad popular en su Capítulo X: "De las garantías electorales y penas", al igual que lo hacía la Legislación Electoral de 1945 (Estatuto Electoral, Leyes 8901 y 8932); en igual sentido también en su Título X el Estatuto Electoral de 1949 (Decretos Leyes Nros 11100 y 11172) reprimía tales conductas en su Título IX: "De las garantías electorales y de las penas".

El Decreto Ley No 14250, promulgada en 1979 durante el gobierno del General Francisco Morales Bermúdez, legislaba en materia de ilícitos electorales, en su Título XI: "De los delitos, penas y procedimiento judicial". Nuestra actual legislación electoral, sancionada mediante Ley 26657 (23-08-1996): "Ley Orgánica de Elecciones" (LOE), contiene, en su Título XVI, la referencia al rubro: "De los delitos, sanciones y procedimiento judicial", sancionando las conductas atentatorias contra "el derecho de sufragio" (Arts. 382 al 393).

Por otro lado, y ya en el campo netamente Registral Electoral (vease: Procedimiento Registral Electoral y Delitos contra la Inscripción Electoral; Hugo Vizcardo, Silfredo, 1990), el devenir histórico de nuestra legislación electoral de la materia, nos informa la tipificación de diversas conductas, directamente referidas al atentado contra los

actos propios de la inscripción electoral, base de la acreditación del derecho ciudadano, que en nuestro sistema es de naturaleza obligatoria.

Así, el Decreto Ley 14207, de fecha 25 de setiembre de 1962, de creación del “Registro electoral del Perú”, contiene, en su Título Octavo, la referencia a: "De Los Delitos, Penas y Procedimiento Judicial" (artículos 91 al 107); tipificándose las siguientes conducta delictivas (ob. cit): Falsedad en el aporte de documentos y datos; falsificación y adulteración de documentos destinados a la inscripción electoral; duplicidad de inscripciones; impedimento y obstrucción de la inscripción; abuso de autoridad de registrador; falsificación, alteración y desaparición de inscripciones; omisión maliciosa de la depuración; sustracción de material electoral; inscripción fuera del local del Registro Electoral; retención o desaparición de material electoral por empleados postales; y, responsabilidad del funcionario del Registro Electoral.

Todo lo dicho no hace sino demostrar, en nuestra realidad jurídica, una injustificada vastedad y dispersión de la normatividad punitiva en materia de sanción al delito electoral. Esta coexistencia simultánea y duplicidad innecesaria, que podría traer como consecuencia inequidades, así como la afectación de la seguridad jurídica, e incluso la trasgresión del mismo principio de legalidad (confr. Urquiza Olaechea, 2000; en relación a los fundamentos del principio de legalidad).

Se evidencia así una arraigada y antigua anomalía legislativa, que denota la existencia de una inadecuada técnica legislativa nacional. La normatividad vigente se contrapone entre sí; **no se aprecia la posibilidad de interpretarlas como complementarias**, ya que las diferentes descripciones típicas comprenden supuestos delictivos similares o idénticos (por ello la disposición normativa contenida en el artículo 393 de la LOE, que establece que las normas punitivas contenidas en ella, se aplican sin perjuicio de las normas contenidas en el C.P. representa una norma meramente simbólica).

Planteado así el problema, desde la perspectiva del principio de tipicidad objetiva, la aplicación de tales textos normativos se representa como incierta por parte del operador penal, ya que las carencias normativas y la falta de coherencia legislativa, no orientan una actuación dentro de los márgenes del principio de imputación contenido en los artículos III, IV y VII del Título Preliminar del Código Penal.

Presentado objetivamente el caso, una misma acción podría ser reclamada, por identidad, por dos normas de contextos legislativos diferentes (C.P. y LOE). En este supuesto, la solución no pasa por la aplicación de las normas que solucionan el concurso aparente de leyes penales (por que técnicamente no se excluyen). La solución tampoco se orienta a la aplicación de las normas relativas a los casos de conflictos de la ley penal en el tiempo (Arts. 6 y 7 del C.P.), en las que la regla general informa que la ley posterior deroga a la anterior. Ello no es de aplicación por cuanto tales leyes constituyen derecho positivo que no se contraponen (incluso la LOE señala la aplicación simultánea, Art. 393: "Los artículos anteriores de este Título rigen, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 354 al 360 del Código penal"). Esta situación podría ser determinante de la trasgresión del principio non bis in idem, en virtud del cual una persona no puede ser objeto de sanción penal dos veces por el mismo hecho, sobre todo en cuanto apreciamos que en materia de delitos electorales, en algunos casos, se contemplan dos sanciones penales para una idéntica conducta. Urge pues una mejor precisión jurídica. En todo caso la solución ha de partir del principio de estar a lo más favorable al reo o procesado.

2.- Clasificación típica

Conforme a lo expuesto, de acuerdo a la doctrina en general y la normatividad nacional (tanto la vigente como la histórica), es posible establecer la siguiente clasificación del universo delictivo en materia electoral:

a) Actos destinados a distorsionar, perturbar o impedir la constitución del registro de electores, el padrón general de votantes y el registro de organizaciones políticas y su funcionamiento; Que se subdividen en:

a.1) Delitos contra la inscripción electoral

Ámbito de aplicación poco desarrollado en nuestro sistema ante la inaplicación del D.L. 14207, que merecería un mejor tratamiento legislativo. Actualmente se tipifican las siguientes conductas:

- 1) Inserción o supresión indebida de nombres en la formación de registro electoral; Art. 359.1) C.P.
- 2) Cambio de domicilio fraudulento; Art. 359.8) C.P.

Durante la vigencia del D. Ley 14207 (25 de setiembre de 1962), de creación del “Registro electoral del Perú”, se tipificaron diversas modalidades atentatorias contra la inscripción electoral, que hoy deberían servir de base para cubrir el vacío que se presenta en nuestra legislación penal:

- 1) Falsedad en el aporte de documentos y datos;
- 2) Falsificación y adulteración de documentos destinados a la inscripción electoral;
- 3) Duplicidad de inscripciones;
- 4) Impedimento y obstrucción de la inscripción;
- 5) Abuso de autoridad de Registrador;
- 6) Falsificación, alteración y desaparición de inscripciones;
- 7) Omisión maliciosa de la depuración;
- 8) Sustracción de material electoral;
- 9) Inscripción fuera del local del Registro Electoral;
- 10) Retención o desaparición de material electoral por empleados postales;

11) Responsabilidad del funcionario del Registro Electoral.

a.2) Delitos contra la inscripción de agrupaciones políticas y/o candidatos

Ámbito de aplicación también poco desarrollado en nuestro sistema, que merecería un mejor tratamiento legislativo. Actualmente se tipifica la siguiente conducta:

1) Coacción por funcionario o servidor público para suscribir lista de adherentes; Art. 385.a) L.O.E.

b) Acciones destinadas a distorsionar, perturbar o impedir el acto de sufragio

Ámbito de aplicación que denota la ya criticada anomalía, que denota la existencia de una inadecuada técnica legislativa nacional. La normatividad vigente en el C.P. y la L.O.E. se contraponen entre sí.

1) Turbación violenta de proceso electoral; Art. 354 C.P. y Art. 384.b) L.O.E.

2) Impedimento o turbación violenta del sufragio; Art. 355 C.P.

3) Impedimento o perturbación de reuniones políticas; Art. 384.d) L.O.E.

4) Realización indebida de propaganda electoral; Art. 389 L.O.E.

5) Sufragio y participación indebida en actos políticos de miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; Art. 382.a) L.O.E.

6) Portar armas durante el acto electoral; Art. 382.c) L.O.E.

7) Realizar actividades políticas en zonas y plazos prohibidos; Art. 388 L.O.E.

8) Venta de bebidas alcohólicas o realización de espectáculos prohibidos; Art. 390.a) L.O.E.

9) Atentado contra derechos laborales por funcionario o servidor público; Art. 385.b) L.O.E.

10) Destrucción, impedimento u obstaculización de propaganda electoral; Art. 390.b) L.O.E.

- 11) Incumplimiento de remisión de material electoral por parte de presidente de mesa de sufragio; Art. 384.a) L.O.E.
- 12) Detención o retardo del transporte de material electoral o comunicaciones oficiales; Art. 383.d) L.O.E.
- 13) Violación del secreto de comunicaciones oficiales y ánforas electorales; Art. 383.e) L.O.E.
- 14) Omisión injustificada a integrar jurado electoral; Art. 391 L.O.E.
- 15) Omisión injustificada a instalación de mesa de sufragio; Art. 392 L.O.E.
- 16) Impedimento de designación para integrar jurado electoral; Art. 387 L.O.E.
- 17) Suplantación o integración ilegal de jurado electoral; Art. 383-a) L.O.E.
- 18) Coacción o instigación para suplantar a miembro de jurado electoral; Art. 383-b) L.O.E.
- 19) Actos de falsificación o destrucción de material electoral tendientes a dificultar la elección o falsear su resultado; Art. 359.2) C.P.
- 20) Sustracción, destrucción o sustitución de cédulas sufragadas; Art. 359.4) C.P.
- 21) Recepción o rechazo indebido de voto; Art. 383. c) L.O.E.
- 22) Recepción o rechazo injustificado de voto; Art. 359.6) C.P.
- 23) Votación fraudulenta; Art. 386 L.O.E.
- 24) Violación del secreto del voto; Art. 358 C.P. y 382.b) L.O.E.
- 25) Despojo o retención indebida de documento de votación; Art. 359.7) C.P. y 384.c) L.O.E.
- 26) Agravante por calidad personal del autor; Art. 360 C.P.

c) Actos destinados a impedir, perturbar o distorsionar el resultado electoral

- 1) Alteración del resultado electoral; Art. 359.5) C.P.
- 2) Sustracción, destrucción o sustitución de ánforas electorales; Art. 359.3) C.P.

d) Consecuencias derivadas de la omisión de la obligatoriedad del sufragio

1) Omisión a exigencia de presentación de documento de identidad con constancia de sufragio por parte de funcionarios y servidores públicos; 390.c) L.O.E.

3.- Bien jurídico protegido

En el caso nuestro, como ya tuvimos oportunidad de referir, 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 del Estado, como lo es el derecho al sufragio, mediante la protección jurídica a la "Voluntad Popular" (Título XVII).

En igual sentido, la Ley Orgánica Electoral hace referencia a los delitos "contra el derecho de sufragio", 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 (traducido 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. Es el derecho al libre sufragio lo que se protege como expresión de la voluntad popular.

4.- Sujetos de la acción

En cuanto a los sujetos activos de los delitos electorales, una mirada de conjunto a los diferentes tipos que componen el universo normativo, nos permite advertir que en sus diferentes modalidades se incluyen indistintamente sujetos activos genéricos, comunes o indeterminados (pudiendo ser cualquier persona) y sujetos cualificados o específicos, en cuyo caso el tipo exige un sujeto activo determinado (intraneus) (tipos especiales propios), como cuando la acción la realiza un miembro de la Fuerza Armada, Policía Nacional, funcionario o servidor público, etc. (Cit. Hugo Vizcardo 2014, p. 132).

La condición de sujeto activo específico condiciona a su vez la penalidad, determinando la presencia típica de circunstancias agravantes específicas relacionadas a la calidad del agente, que por disposición del artículo 26 del C.P. (principio de incommunicabilidad de circunstancias personales), no se transmiten a otros sujetos de la acción (Art. 26: "Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible").

En igual sentido, con respecto a los sujetos cualificados pertenecientes a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, por imperativo de lo dispuesto por el artículo X del Título Preliminar del C.P. (aplicación extensiva), rige lo normado por el artículo 46-A del Código Penal: "Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello, armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público".

En estos casos el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo ésta exceder del máximo de pena privativa de libertad temporal establecida en el artículo 29 del Código (35 años). Este adicional de pena no será aplicable cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal específico o cuando ésta sea elemento constitutivo del hecho punible.

La Ley Orgánica Electoral, también señala para algunos tipos penales ciertas causas adicionales de agravación funcional, como en el caso del artículo 384 in fine, que establece: "Si el culpable fuese funcionario o empleado público, además de la pena indicada sufre pena accesoria de inhabilitación por igual tiempo al de la condena, de conformidad con los incisos 1), 2), 3), 4), y 8) del artículo 36 del Código Penal".

En la misma línea de determinación, el artículo 360 del Código Penal (Delitos Contra la Voluntad Popular) establece: "El funcionario o servidor público o miembro de las fuerzas Armadas o de la Policía Nacional que incurra en uno de los delitos previstos en este Título sufrirá además, inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, inciso 1 y 2".

Igualmente resultan de aplicación, a los efectos de la imposición de la penalidad, los principios sobre fundamentación y determinación de la pena contenidos en los artículos 45 y 46 del Código Penal.

El sujeto pasivo lo será de manera genérica, quien resulte afectado en su derecho al libre sufragio. El Estado (representado por el JNE, ONPE y RENIEC) también resultará agraviado por la acción delictiva.

5.- Actos destinados a distorsionar, perturbar o impedir la constitución del registro de electores, el padrón general de votantes y el registro de organizaciones políticas y su funcionamiento

5.1) Delitos contra la inscripción electoral

Como derecho consagrado en la Constitución, le asiste al ciudadano la facultad de participar en los asuntos políticos del país (Art. 31 C.P.E.). Así, nuestra carta magna, establece como 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 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.

Para que este derecho se constituya, es necesario, debido al principio "obligatorio" que orienta nuestro sistema de participación electoral, que la persona, al llegar a la mayoría de edad establecida en la Constitución (18 años), se inscriba en un registro especial, que por imperio de la ley, se denomina Registro Nacional de Identificación y Estado Civil -RENIEC- (Ley 26497 de 28 junio 1995), recibiendo, luego de dicho trámite administrativo, un documento, denominado Documento Nacional de Identidad (DNI), que al efecto se constituye en su única cédula de identidad y título de sufragio (respecto a los elementos del derecho electoral: fundamentos reales y requisitos de la capacidad electoral: véase: Francesc de Carreras y Josep M. Valles, 1977).

Este registro público y obligatorio de ciudadanos, que expresa la fase previa e instrumental del acto electoral, y que en nuestro sistema es permanente (salvo la excepción de cierre de registro en el período inmediato anterior a la elección), servirá posteriormente, para que se confeccione el padrón general de votantes, que permite a su vez identificar, en el acto electoral, quienes tienen derecho activo al sufragio y sirve de fundamento al acto electoral en general.

El registro electoral se constituye así en el origen del derecho al libre sufragio que la ley protege. La sola circunstancia de llegar biológicamente a la edad para poder acceder a la ciudadanía, no faculta directamente al ejercicio del sufragio, para ello, previamente debe el ciudadano inscribirse en tal registro electoral. Al llegar a la edad de la ciudadanía, la persona adquiere un deber-derecho, que lo obliga y lo faculta al ejercicio pleno de los derechos políticos, pero sólo puede efectivizarlos previa su inscripción electoral.

En tal sentido, lo injusto surge al atentar el agente contra esta función de inscripción electoral, que corresponde al Estado mediante el organismo público legitimado para ello: El "Registro Nacional de Identificación y Estado Civil" (RENIEC). A decir de González Arzac, a la protección de los aspectos fundamentales del acto electoral, debe sumarse la

tutela de la "sanidad de los instrumentos". En este sentido, deben preverse las falsedades que pueden afectar la pureza del registro electoral (durante el período preliminar a la elección) (1960, p. 271).

La protección in extensu de la Función Registral Electoral y por ende a los actos mismos de la inscripción electoral, se daban normativamente en el Decreto Ley 14207, que normaba, los fundamentos y procedimientos para la inscripción electoral y obtener la antiguamente denominada "Libreta Electoral". Dicho dispositivo legal representó en su momento una fuente directa del actual procedimiento para la obtención del Documento Nacional de Identidad (DNI).

Dicha legislación que data de 1962, ha sido reemplazada por la legislación posterior que crea el sistema electoral ("Ley Orgánica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales" -ONPE- (Ley 26487), "Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil" -RENIEC- (Ley 26497)), sin que se haya realizado un adecuado "reemplazo típico", que traiga a la actualidad la sanción de este tipo de conductas.

Así, dicho Decreto Ley 14207 tipificaba en su Título Octavo acerca de los delitos y su procedimiento penal, y que se referían a los "delitos contra la inscripción electoral" (frase que acuñara el profesor Hugo Vizcardo en su libro sobre la materia, 1990). En tal sentido, el espíritu de la ley era justamente sancionar este tipo de delitos contra la inscripción electoral (que actualmente carecen de una adecuada previsión típica).

Actualmente subsisten en nuestro Código penal las siguientes modalidades típicas:

5.1.1) Inserción o supresión indebida de nombres en la formación de registro electoral

Descripción de la norma: **Artículo 359 (C.P.)**.- **"Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años el que, con propósito**

de impedir o alterar el resultado de un proceso o favorecer o perjudicar a un candidato u organización política, realiza cualquiera de las acciones siguientes”:

1. Inserta o hace insertar o suprime o hace suprimir, indebidamente, nombres en la formación de un registro electoral.

La acción típica reclama la conducta dolosa del agente, que puede ser realizada mediante actos de violencia, coacción o fraude, tendiente a perturbar o impedir la formación del registro electoral, entendido desde la perspectiva del atentado a la inscripción electoral misma y también a la constitución del padrón general de electores.

La acción, que es eminentemente comisiva, se representa en el hecho de que el agente, directamente o mediante terceros, inserta o hace insertar o suprime (en el sentido de eliminar, borrar, etc.), sin autorización o derecho, nombres (que determina la supresión de identidades con pleno derecho electoral) en la conformación del registro de votantes, afectando así el padrón general. Los verbos nucleares son: insertar (adicionar) o suprimir (quitar, eliminar).

La maniobra puede ser ejecutada por un sujeto activo genérico. Se representa claramente dolosa (dolo directo). El tipo, que se manifiesta como uno de resultado material lesivo, acepta la autoría (directa, mediata y coautoría), así como la participación delictiva en grado de instigación y complicidad. Dada la naturaleza lesiva y material del tipo, es posible la configuración de la tentativa.

La motivación que orienta la acción y es fundamento del tipo subjetivo, está representada, por el animus de parte del agente de orientar su acción a impedir o alterar un proceso electoral, lo que lo representa como uno de tendencia interna trascendente. El agente obra guiado por una especial motivación subjetiva, que representa una voluntad a futuro, que no necesariamente ha de concretizarse, no siendo necesario que

efectivamente se vulnere el proceso electoral. Lo único que se requiere es que dicha motivación esté presente en la subjetividad del agente y guíe su acción, de lo contrario resultaría atípica.

El delito se consuma en cuanto el agente, directamente o por medio de tercero (P. ej. el funcionario electoral, que puede obrar instigado, amenazado, inducido a error o en coparticipación), realiza la maniobra típica de insertar o suprimir identidades del registro de electores, con la finalidad ulterior de impedir o alterar el proceso electoral. En este caso, el sólo hecho de ejecutar la maniobra, por ejemplo, suprimir el nombre de una persona en el registro respectivo, ya está alterando el sistema, sin necesidad de que se verifique la perturbación objetiva del proceso electoral mismo (el delito se vería consumado no obstante fuese posible que antes del acto de sufragio se hubiese detectado y corregido la supresión).

La sanción prevista en el tipo es, pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

5.1.2) Cambio de domicilio fraudulento: voto golondrino.

Descripción de la norma: **Artículo 359 (C.P.)**.- “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años el que, con propósito de impedir o alterar el resultado de un proceso o favorecer o perjudicar a un candidato u organización política, realiza cualquiera de las acciones siguientes:

8. Realiza cambio de domicilio o induce a realizarlo a una circunscripción distinta al de su residencia habitual, induciendo a error en la formación del Registro Electoral”.

“Un Sistema Electoral en un Estado democrático debe garantizar como elemento nuclear del mismo, la libre expresión de la soberanía popular, y esta libertad genérica se

rodea hoy día, de otro conjunto de libertades encaminadas a salvaguardar la opción entre diversos términos de una alternativa verdaderamente plural. Es este contexto, el fundamento de la penalidad de los delitos electorales deriva del principio de que es de sustancial importancia mantener la pureza del sufragio, que sirve de base a la forma representativa de gobierno sancionada por la Constitución, y reprimir todo lo que de cualquier manera puede contribuir a alterarla, dando al pueblo representantes que no sean los que él ha tenido la voluntad de elegir” (Gonzalez Arzac 1960, p. 233).

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 su empleo resultan lesionados o puestos en peligro, respectivamente: **la libertad, la honestidad y la sinceridad del sufragio** (Rodríguez Acosta 1939, p. 269).

En tal sentido la inscripción del ciudadano ante el registro electoral se constituye en el origen del derecho al libre sufragio que la ley protege. Al llegar a la edad de la ciudadanía, la persona adquiere un deber-derecho, que lo obliga y lo faculta al ejercicio pleno de los derechos políticos, pero sólo puede efectivizarlos previa su inscripción electoral. Este registro público y obligatorio de ciudadanos, expresa la fase previa e instrumental del acto electoral, que servirá posteriormente, para que se confeccione el padrón general de votantes, que permite a su vez identificar, en el acto electoral, quienes tienen derecho activo al sufragio y sirve de fundamento al acto electoral en general.

Por tanto, resulta un imperativo por parte del Estado, el velar por la autenticidad de la inscripción electoral evitando comportamientos fraudulentos que lo distorsionen tendenciosamente con la intención de afectar el proceso electoral. En tal sentido, lo injusto surge al atentar el agente contra esta función de inscripción electoral, que corresponde al

Estado mediante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), propiciando, desde una perspectiva vedada de “cálculo matemático”, tendiente a inflar fraudulentamente una población electoral en beneficio propio o de un determinado candidato, la distorsión del registro electoral. Nuestra “realidad electoral” contemporánea nos ha demostrado la vigencia de esta modalidad defraudatoria, que en muchos casos ha inclinado injustamente la balanza a favor de determinado candidato o grupo político, tergiversándose de esta manera la pureza de las elecciones y la voluntad popular. Por ello, mediante modificación introducida por la Ley N° 29287 (06-12-2008), se introdujo en nuestro circuito punitivo esta modalidad delictiva conocida como “voto golondrino”, orientado a sancionar a quien, con propósito de impedir o alterar el resultado de un proceso, o favorecer o perjudicar a un candidato u organización política, realiza el atentado contra la inscripción electoral.

De esta manera el comportamiento ilícito, que se representa como una forma comisiva, de resultado material lesivo, implica la realización del cambio de domicilio propio o inducir a terceros a realizarlo, a una circunscripción electoral distinta al de su residencia habitual, induciendo a error en la formación del registro electoral. En igual sentido, el Código colombiano refiere al hecho de quien “por cualquier medio indebido logre que personas habilitadas para votar inscriban documento o cedula de ciudadanía en una localidad, municipio o distrito diferente a aquel donde hayan nacido o residan, con el propósito de obtener ventaja en elección popular, plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses. La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público” (Art. 389).

Históricamente, el “pucherazo”, que era uno de los métodos de manipulación electoral usados principalmente durante el periodo de la Restauración borbónica en España para permitir la alternancia pactada previamente entre el Partido Liberal y el Partido Conservador], “dentro del modelo de dominación política local (sobre todo en las

zonas rurales y las ciudades pequeñas) conocido como caciquismo, determinaba, entre otros supuestos fraudulentos, la manipulación de las votaciones con *lázaros* (votos de fallecidos que, al menos sobre el papel "resucitaban" como el Lázaro de los Evangelios y *cuneros* (electores que se inscribían irregularmente en una circunscripción que no les correspondía)" (Cit. Dieter, Nohlen 2010, p. 98).

La maniobra delictiva puede ser ejecutada por un sujeto activo genérico. Se representa claramente dolosa (dolo directo). El tipo, que se manifiesta como uno de resultado material lesivo, acepta la autoría (directa, mediata y coautoría), así como la participación delictiva en grado de instigación y complicidad. Dada la naturaleza lesiva y material del tipo, es posible la configuración de la tentativa.

La motivación que orienta la acción y es fundamento del tipo subjetivo, está representada, por el animus de parte del agente, de orientar su acción a impedir o alterar un proceso electoral o favorecer o perjudicar a un candidato u organización política, lo que lo representa como uno de tendencia interna trascendente. El agente obra guiado por una especial motivación subjetiva, que representa una voluntad a futuro, que no necesariamente ha de concretizarse, no siendo necesario que efectivamente se vulnere el proceso electoral. Lo único que se requiere es que dicha motivación esté presente en la subjetividad del agente y guíe su acción, de lo contrario resultaría atípica.

El delito se consuma en cuanto materialmente se produce el fraudulento cambio de domicilio, propiciado directamente por el agente o inducido por éste, con la finalidad ulterior de impedir o alterar el proceso electoral. El hecho que la norma se refiera a "induce a realizarlo", no determina, en el contexto típico interpretativo, que el legislador haya tenido la intención de constituir el tipo, en este extremo, como uno de mera actividad y de peligro. Por el contrario, consideramos que es requisito el que materialmente se produzca el cambio de domicilio. La inducción o instigación en este contexto puede representar la acción en la fase de tentativa (Cit. Hugo Vizcardo 2014, p. 131).

La sanción prevista en el tipo es, pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor

5.1.3) Atentados contra la formación de registro electoral en el D.L.14207

Conforme a lo ya manifestado, en estos casos lo injusto surge al atentar el agente contra la función de inscripción electoral, que corresponde al Estado mediante el organismo público legitimado para ello: El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC). A decir de González Arzac, a la protección de los aspectos fundamentales del acto electoral, debe sumarse la tutela de la "sanidad de los instrumentos". En este sentido, deben preverse las falsedades que pueden afectar la pureza del registro electoral (durante el período preliminar a la elección) (Ob. cit, p. 271).

La protección in extensu de la Función Registral Electoral y por ende a los actos mismos de la inscripción electoral, se daban normativamente en el Decreto Ley 14207, que normaba, los fundamentos y procedimientos para la inscripción electoral y obtener la antiguamente denominada "Libreta Electoral". Dicho dispositivo legal representó una fuente directa del actual procedimiento para la obtención del "Documento Nacional de Identidad" (DNI).

Dicha legislación que data de 1962, ha sido reemplazada por la legislación posterior que crea el sistema electoral ("Ley Orgánica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales" -ONPE- (Ley 26487), "Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil" -RENIEC- (Ley 26497)), sin que se haya realizado un adecuado "reemplazo típico", que traiga a la actualidad la sanción de este tipo de conductas.

Así, dicho Decreto Ley 14207 tipificaba en su Título Octavo acerca de los delitos y su procedimiento penal, y que se referían a los "delitos contra la inscripción electoral". En

tal sentido, el espíritu de la ley era justamente sancionar este tipo de delitos contra la inscripción electoral (que actualmente carecen de una adecuada previsión típica):

5.1.3.a) Falsedad en el aporte de documentos y datos

Artículo 91 (D. Ley 14207).- El que incurriera en falsedad al presentar cualquiera de los documentos consignados en los artículos 37 y 38, o diera datos personales falsos para solicitar su inscripción en el Registro Electoral u obtuviera dicha inscripción sin reunir los requisitos establecidos en el artículo 32 o estuviera impedido de hacerlo, conforme lo estatuyen los artículos 34 y 46, será reprimido con prisión no menor de un año ni mayor de tres, y multa no menor de cincuenta soles oro ni mayor de quinientos soles oro.

5.1.3.b) Falsificación y adulteración de documentos destinados a la inscripción electoral

Artículo 92 (D. Ley 14207).- El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adulterare uno verdadero y lo utilizare para obtener su inscripción en el Registro Electoral, será reprimido con prisión no menor de un año ni mayor de tres y multa no menor de cien soles oro ni mayor de un mil soles oro.

En las mismas penas incurrirán en su caso, el que intencionalmente hiciere uso de un documento falso o falsificado como si fuere legítimo.

5.1.3.c) Duplicidad de inscripciones

Artículo 93 (D. Ley 14207).- El que se inscriba más de una vez en el Registro Electoral sufrirá prisión no menor de seis meses ni mayor de dos años e inhabilitación relativa con privación de los derechos a que se refieren los incisos 1, 2 y 3 del artículo 27 del Código Penal, por tiempo igual al de la pena privativa de la libertad.

5.1.3.d) Impedimento y obstrucción de la inscripción

Artículo 94 (D. Ley 14207).- El que, en cualquier forma que no constituya violencia o amenaza, impidiese a uno o varios ciudadanos inscribirse en el Registro Electoral u obstruyera deliberadamente el desarrollo de los actos de inscripción, será reprimido con prisión no menor de un mes ni mayor de seis. Si el medio empleado fuese la amenaza o violencia, la pena será de prisión no, menor de un año ni mayor de tres.

La pena será de prisión no menor de un año ni mayor de tres si el culpable hubiese impedido la inscripción a varios ciudadanos con el propósito de alterar los resultados de un proceso electoral.

5.1.3.e) Abuso de autoridad de registrador

Artículo 95 (D. Ley 1427).- El Registrador Electoral que cometiese el delito previsto en el artículo 338 del Código Penal, será reprimido con prisión no menor de un mes ni mayor de un año, e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27 del mismo Código, por no menos de dos años.

5.1.3.f) Falsificación, alteración y desaparición de inscripciones

Artículo 96 (D. Ley 14207).- El que falsificare o alterar un Registro Electoral o lo hiciere desaparecer o lo destruyere, será reprimido con prisión no menor de un año ni mayor de tres y multa no menor de cincuenta soles oro ni mayor de quinientos soles oro".

Si el delito fuera cometido por el Registrador Electoral, la pena será de prisión no menor de dos años ni mayor de cinco, e inhabilitación absoluta por diez años.

5.1.3.g) Omisión maliciosa de la depuración

Artículo 97 (D. Ley 14207).- El funcionario o empleado del Registro Electoral que omitiere efectuar la depuración del Registro, proporcionare voluntariamente datos falsos en los documentos electorales o adulterase estos, será reprimido con prisión no menor de seis meses ni mayor de dos años e inhabilitación no mayor de diez años, conforme a los incisos 1,2,3,4 y 5 del artículo 27 del Código Penal.

Las mismas penas sufrirán los que participaron en la comisión del delito indicado.

La pena será de prisión no menor de dos años ni mayor de seis, e inhabilitación absoluta por diez años si el culpable hubiese obrado con el propósito de alterar la exactitud de un proceso electoral.

La pena será de prisión no mayor de seis meses y multa no menor de cincuenta soles oro ni mayor de quinientos soles oro si el culpable hubiese obrado por negligencia.

5.1.3.h) Sustracción de material electoral

Artículo 98 (D. Ley 14207).- Los Registradores Electorales que extrajeren o permitiesen extraer o entregar los libros o documentos del Archivo Electoral, serán reprimidos con pena de prisión no menor de un año ni mayor de tres, e inhabilitación absoluta por diez años. La misma pena sufrirá la autoridad, cualquiera que fuese su jerarquía, que ordene la entrega o retiro de los documentos del Archivo General del Registro.

5.1.3.i) Inscripción fuera del local del Registro Electoral

Artículo 99 (D. Ley 14207).- El Registrador Electoral que efectúe inscripciones fuera del local del Registro y los ciudadanos que obtengan en esta forma su inscripción, serán reprimidos con prisión no menor de seis meses ni mayor de dos años y multa no menor

de quinientos soles oro ni mayor de cinco mil soles oro. Al Registrador se le impondrá además, inhabilitación relativa no menor de cinco años.

En Caso de que el Registrador hubiese efectuado más de diez inscripciones en la forma indicada, será reprimido con prisión no menor de un año ni mayor de cinco e inhabilitación absoluta por diez años.

Los Registradores Electorales condenados por el delito a que se refiere este artículo y el anterior, quedarán además permanentemente inhabilitados para el desempeño de cargos electorales.

5.1.3.j) Retención o desaparición de material electoral por empleados postales

Artículo 100 (D. Ley 14207).- El funcionario o empleado de Correos que intencionalmente retuviere o hiciere desaparecer los libros y demás documentos del Registro Electoral que se remitan de un lugar a otro de la República será reprimido con arreglo al artículo 362 del Código Penal.

5.1.3.k) Responsabilidad del funcionario del Registro Electoral

Artículo 101 (D. Ley 14207).- El funcionario que no cumpla con las obligaciones que le señala este Decreto Ley, será penado con arreglo al artículo 338 del Código Penal (Referencia: C.P. de 1924).

5.1.4) Propuesta de modalidades típicas a legislar

Como ya ha quedado suficientemente dicho, la inscripción del ciudadano ante el registro electoral se constituye en el origen del derecho al libre sufragio que la ley protege. Este registro público y obligatorio de ciudadanos, expresa la fase previa e instrumental del acto electoral, que servirá posteriormente, para que se confeccione el padrón general de votantes, que permite a su vez identificar, en el acto electoral, quienes tienen derecho activo al sufragio y sirve de fundamento al acto electoral en general.

Por tanto, resulta un imperativo por parte del Estado, el velar por la autenticidad de la inscripción electoral evitando comportamientos fraudulentos que lo distorsionen tendenciosamente con la intención de afectar el proceso electoral. En tal sentido, lo injusto surge al atentar el agente contra esta función de inscripción electoral, que corresponde al Estado mediante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC).

Lamentablemente, al ser inaplicable el mencionado D.L. 14207 (que contenía in extensu los “delitos contra la inscripción electoral”) urge la necesidad de dotar al sistema de un adecuado marco de protección penal, ya que al momento actual este ámbito se encuentra reducido, tan sólo a la existencia de dos tipos penales: Inserción o supresión indebida de nombres en la formación de registro electoral (Art. 359.1) y cambio de domicilio fraudulento (“voto golondrino”) (Art. 359.8). La Ley Orgánica Electoral no tipifica esta clase de conductas.

“En el contexto del Derecho comparado podemos observar al respecto, que el Código penal alemán, tipifica en su artículo 107-b, bajo el membrete de “Falsificación de documentos electorales”, los siguientes comportamientos; Quien:

- “1. Consiga su inscripción en la lista de electorales (boleta electoral) por medio de datos falsos.
2. Inscriba a otro como elector, de quien él sepa que no tiene ningún derecho a inscripción.
3. Impida la inscripción como elector de quien tenga derecho a votar, aunque el conozca su derecho a votar.
4. Permita su inscripción para una elección como candidato, aunque no seas elegible” (López, Traducción Código Penal Alemán, 1999, Colombia).

Será castigado con pena privativa de la libertad hasta seis meses o con multa hasta de ciento ochenta días de importes diarios, cuando el hecho no este amenazado en otras disposiciones con castigo mayor.

El Código penal paraguayo tipifica también como “falseamiento de documento electoral” (Art. 277), el comportamiento de quien:

- “1. Lograr su inscripción en el padrón electoral mediante declaración falsa.
2. Inscribiera a otro como elector, a sabiendas de que no tiene derecho a la inscripción.
3. Conociendo la habilitación de otro para elegir, impidiera su inscripción como elector, o
4. Se hiciera proponer como candidato para una elección, pese a no ser elegible,

Será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa, salvo que el hecho sea sancionado por otro artículo con una pena mayor”.

De esta manera, recogiendo los aportes de nuestro Derecho histórico y del Derecho comparado, y ante el vacío existente en cuanto a la protección de la inscripción electoral, como componente inicial y básico del proceso electoral, es que proponemos la tipificación de las siguientes conductas:

1. Falsedad en el aporte de documentos y datos: En cuyo caso el tipo objetivo comprendería la conducta de quien fraudulentamente presentara documentos fraguados o falsos, o proporcionara datos personales inexactos o falsos para solicitar su inscripción ante el Registro Nacional de Identidad (RENIEC). O en su caso lograrse su inscripción sin reunir o presentar los requisitos exigidos por ley.

El Registro Electoral, por imperativo de su ley de constitución, es un registro público de identidad y acreditación electoral, de naturaleza permanente y obligatoria, a cargo, como ya se ha dejado indicado, del RENIEC, ante cuyas oficinas descentralizadas, el ciudadano personalmente se presenta a solicitar su inscripción y recabar su DNI, en un acto solemne y formal por excelencia, que se verifica bajo la exigencia legal del aporte de dos clases de requisitos: documentos que acrediten su derecho adquirido y su identidad;

y demás datos que de manera verbal deberá aportar, bajo el respeto del principio de veracidad. Tales datos aportados verbalmente, se realizan ante el funcionario encargado del registro y tienen naturaleza de declaración jurada.

En esta modalidad delictiva encontramos que el sujeto activo es el ciudadano, que pretende su propia inscripción electoral y para conseguirlo, fraudulentamente trata de sorprender o sorprende al registrador electoral, realizando alguna de los actos típicos señalados, que a su vez determinan las modalidades de consumación del delito, y que se materializan:

a) Incurriendo en falsedad al presentar cualquiera de los documentos exigidos por la ley como requisitos para la inscripción.

Modalidad que incluso puede concurrir con los tipos que reprimen los actos contra la fe pública tipificados en el Código Penal, ya que el agente opta por utilizar documentos adulterados o falsificados, que como requisito previo a la inscripción, le son exigidos al presentarse a solicitar su registro (generándose un concurso aparente, que por principio de especialidad y en relación a la prevalencia del bien jurídico, correspondería en su aplicación el delito electoral). Tales pueden ser: Boletas Militares, Libretas Militares, partidas de matrimonio o defunción, Títulos de naturalización, Partidas de matrimonio con anotación del divorcio, etc.. En estos casos la falsedad documental puede ser total o parcial. Puede incluso utilizar documentos formalmente legales, pero pertenecientes a otra persona (su hermano o primo por ejemplo).

En este supuesto, el autor material de la falsificación documental puede ser un tercero o incluso puede darse el caso que sea el mismo agente. El acto es necesariamente consciente y voluntario (dolo directo). El error de tipo tendrá que ser valorado en sus efectos de exclusión o no de responsabilidad, de acuerdo a la vencibilidad o invencibilidad del mismo (Art. 14 C.P) (como en el caso de quien confiando en su abogado, recibe copia

de su partida de matrimonio con anotación marginal del divorcio, y la presenta al registrador en la confianza de que el letrado ha realizado los trámites legales y el documento es verdadero, cuando en realidad el abogado le ha dado un documento falsificado).

b) Aportando datos personales falsos para solicitar su inscripción.

Como ya se dijo, la inscripción se realiza de manera personal y en un sólo acto, en cuyo desarrollo el registrador solicita al ciudadano, la presentación de sus documentos y también el aporte de datos complementarios, que éste ha de aportar en forma verbal a modo de declaración jurada, que como tal le obliga a la veracidad, pudiendo, en caso contrario, incluso incurrir en acto de falsedad genérica, tipificado en el Código sustantivo. No interesa la motivación que oriente tal falta de veracidad (puede incluso ser por vanidad o vergüenza), ya que en todo caso se estaría afectando la "pureza del instrumento". El aporte de datos personales que no se ajustan a la realidad pueden ser por ejemplo en cuanto a su educación, estado civil, edad, etc. Si el dato falso es sobre su dirección podría tipificarse el denominado "voto golondrino".

2) Obtención de inscripción electoral estando legalmente impedido: Figura que implica un acto defraudatorio, que se presenta cuando el agente vulnera el registro electoral, al obtener su inscripción electoral no teniendo derecho a ello, por estar específicamente prohibido por la ley.

Así, la ley de inscripciones electorales señala la prohibición, para la inscripción electoral, de aquellos que tengan en suspenso el ejercicio de la ciudadanía por incapacidad física o mental o por ejecución de sentencia que imponga pena privativa de libertad, de los extranjeros, de los menores de edad (salvo las excepciones de ley, como el caso de estar casado), etc. Sujeto pasivo en este delito será el RENIEC como institución del Estado.

Conforme al tipo subjetivo, el delito se representa como eminentemente doloso (dolo directo). El agente actúa con plena conciencia y voluntad.

El tipo admite la tentativa y también la participación (v. gr. ser detectado en el acto de inscripción, en cuyo caso se presenta la tentativa; o cuando el hermano le presta sus documentos, en cuyo caso habrá complicidad). En el caso del tercero que realiza materialmente la falsificación documentaria, consideramos que por especialidad, su conducta se tipifica en los delitos contra la fe pública.

En el derecho comparado podemos encontrar el caso argentino, cuyo Código Electoral Nacional, en su artículo 137, “impone la pena de prisión de seis meses a tres años, al ciudadano que se inscribiere más de una vez, o lo hiciere con documentos apócrifos, anulados o ajenos, o denunciare domicilio falso. Por su parte, en Francia, el Código Electoral, sanciona en su artículo 86, a toda persona que se inscriba en una lista electoral con nombre falso, o falseando sus cualidades, ocultando su incapacidad legal, etc”.

El Código Penal colombiano, sanciona en su artículo 389, el delito de "fraude en inscripción de cédulas": "El que por cualquier medio indebido logre que personas habilitadas para votar inscriban documento o cédula de ciudadanía en una localidad, municipio o distrito diferente a aquel donde hayan nacido o residan, con el propósito de obtener ventaja en elección popular, plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mando, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años” .

Esta modalidad puede ampliarse en responsabilidad, al funcionario electoral que a sabiendas realiza la inscripción (el artículo 107-b, numeral 2, del C.P. alemán, tipifica bajo el membrete de “Falsificación de documentos electorales”, la conducta de quien: “Inscriba a otro como elector, de quien él sepa que no tiene ningún derecho a inscripción”).

3. Duplicidad de inscripciones: circunstancia en la que se sancionaría la conducta de quien se inscriba más de una vez en el Registro Electoral

El sujeto activo de esta figura será el ciudadano que se inscribe más de una vez en el registro electoral. Sujeto pasivo de este delito lo será el RENIEC. El tipo se perfecciona en cuanto el agente, no obstante haber obtenido una primera inscripción, válida y vigente, acude nuevamente al registro electoral e intencionalmente obtiene una u otras inscripciones, diferentes y formalmente válidas.

Como ya vimos, en derecho comparado podemos encontrar que el Código Electoral argentino, en su artículo 137, “impone la pena de prisión de seis meses a tres años, al ciudadano que **se inscribiere más de una vez**, o lo hiciere con documentos apócrifos, anulados o ajenos, o denunciare domicilio falso”.

En este caso puede presentarse una situación de concurso de delitos con los que sancionan la fe pública, pero en atención al principio de especialidad y la prevalencia del bien jurídico, que en el balance la voluntad popular aparece como de mayor importancia, la tipificación debería corresponder a los atentados contra el derecho electoral.

El tipo es eminentemente doloso, el agente actúa con plena conciencia y voluntad de procurarse dos o más inscripciones electorales (dolo directo). En este caso se descarta la figura culposa, o cualquier otro tipo de motivaciones (p. ej. por no realizar el trámite de cambio de domicilio el agente opta por sacar un nuevo DNI, o por tener un nombre feo obtiene otro documento colocándose el nombre de su artista favorito, o para dedicarse a actividades ilícitas en las que necesita aparentar otra identidad, etc.).

4) Impedimento y obstrucción de la inscripción: en cuyo caso el tipo objetivo reprimiría la conducta de quien, con el propósito de alterar los resultados de un proceso electoral, en cualquier forma, incluso mediante engaño, violencia o amenaza, impidiese a uno o varios ciudadanos inscribirse en el Registro Electoral u obstruyera deliberadamente el desarrollo de los actos de inscripción (el artículo 107-b, numeral 3, del C.P. alemán, tipifica bajo el membrete de “Falsificación de documentos electorales”, la conducta de quien: “Impida la inscripción como elector de quien tenga derecho a votar, aunque el conozca su derecho a votar”).

Se trata de un sujeto activo genérico, incluso militares, policías o funcionarios públicos, que intencionalmente impidiesen u obstruyesen la inscripción de uno o varios ciudadanos. Sujeto pasivo en este caso lo será tanto el RENIEC, como el ciudadano a quien el agente privó u obstruyó el acto de su inscripción.

El tipo penal representa dos modalidades de acción: una primera, en la que el agente se vale del fraude, engaño o cualquier otra circunstancia que no implique violencia o coacción y una segunda en la que la acción se viabiliza mediante el uso de la violencia y la amenaza. Todo ello con la intención de impedir la realización de una o varias inscripciones, o "deliberadamente" obstruir o dificultar el acto de la inscripción.

La acción de impedir se refiere a no permitir, evitar o imposibilitar la inscripción, mientras que la acción de obstruir denota más bien la intención de dificultar, poner trabas, hacer difícil, atentar contra la realización de la inscripción sin conseguirlo. Actos que determinan el momento consumativo.

Los medios que puede utilizar el agente para esta finalidad, pueden ser diversos, que incluso pueden o no implicar violencia o amenaza. Por ejemplo, puede utilizar el engaño, la astucia, la persuasión, etc. Es el caso de quien esconde los documentos para que su víctima no pueda inscribirse, o de quien en pleno acto de la inscripción se presenta

y pretende tachar de nulos o falsos los documentos del ciudadano, oponiéndose a la Inscripción, sin seguir los procedimientos formales de la impugnación a la realización de la inscripción señalados en la ley.

En la segunda modalidad delictiva acotada, la conducta del agente reviste mayor gravedad, por cuanto para conseguir impedir u obstruir la inscripción utiliza como medio la violencia (vis absoluta) o la amenaza (vis compulsiva). En este caso observamos la posibilidad de un concurso ideal de delitos con el tipo delictivo de coacción contemplado por el Art. 151 del Código Penal, que se refiere a que nadie puede ser impedido de hacer lo que la ley no prohíbe; u obligado a ejecutar o dejar de hacer lo que no quiere. En este caso, por aplicación del principio de especialidad y por la prevalencia del bien jurídico, primaría el delito en propuesta por la especial finalidad del agente.

El tipo, en sus diversas modalidades, reclama en el agente conciencia y voluntad, intención directa de impedir u obstruir la inscripción, para atentar contra el proceso electoral. Así, la figura es eminentemente dolosa (dolo directo), descartándose la forma culposa.

5. Falsificación, alteración y desaparición de inscripciones: cuya tipicidad objetiva comprendería la conducta de quien falsificare o alterar un Registro Electoral o lo hiciere desaparecer o lo destruyere.

En este caso, el sujeto pasivo sería genérico, pudiendo ser cualquier persona. Podría ampliarse el tipo a modo de agravante, con respecto al funcionario electoral que incurriese en el comportamiento típico. Sujeto pasivo lo será tanto el RENIEC, como el ciudadano inscrito que eventualmente resulte perjudicado con la acción del agente.

La acción en este delito está representada por la actitud material del agente, que falsifica, altera, destruye o hace desaparecer una inscripción electoral ya efectuada.

Falsificar o alterar tiene semejante connotación y se refieren a la acción de modificar maliciosamente en todo o en parte una inscripción electoral. Hacer desaparecer una inscripción, significa el ocultamiento o sustracción de la misma, con la intención de que se ignore su paradero y con ello evitar que se conozca su contenido. Destruir la inscripción, significa el atentar físicamente contra la integridad del documento. Evidentemente, el delito queda consumado cuando materialmente se produce la falsificación, adulteración, destrucción o desaparición de una o más inscripciones.

Consideramos, desde la perspectiva interpretativa, que la circunstancia agravante, no sólo debe abarcar a los registradores electorales, debiendo extenderse incluso para los funcionarios y servidores del RENIEC, ya que ellos, eventualmente, también pueden cometer este delito. No es extraño ni extraordinario enterarse que existen trabajadores de dicha institución que falsifican, alteran e incluso hacen desaparecer, o destruyen las inscripciones electorales, contenidas en las partidas de inscripción y demás documentos que se encuentran en los Archivos Electorales.

La acción en este delito es eminentemente dolosa, existe conciencia y voluntad por parte del agente de falsificar, adulterar, desaparecer, o destruir la Inscripción Electoral. La modalidad culposa no es típica (como cuando por ejemplo el agente no toma las prevenciones del caso y producto de su negligencia, ocasiona la desaparición o destrucción de la partida de inscripción).

5.2) Delitos contra la inscripción de agrupaciones políticas y/o candidatos

Ninguna otra especialidad ni rama del Derecho se ocupa sistemáticamente de los sujetos o protagonistas del derecho electoral, que son principalmente: el ciudadano singularmente considerado como titular de derechos políticos y particularmente del derecho del sufragio; y la masa de los ciudadanos, considerados como cuerpo electoral y

que para participar en las justas electorales requieren asociarse constituyendo partidos o agrupaciones políticas (conf. Hernández Becerra 1989, p. 141).

Adquiere así fundamental preponderancia la existencia de estas agrupaciones políticas, que adquieren personería electoral en cuanto cumplen los requisitos exigidos en la ley electoral y formalizan su inscripción ante el Jurado Nacional de Elecciones. Entre estos requisitos está el acreditar un número mínimo de adherentes ante el ente electoral, tanto para la inscripción del partido o agrupación política y los mismos candidatos en su caso.

Es así que en el desarrollo del proceso de su acreditamiento, es posible afectar el derecho del ente colectivo y de los ciudadanos (tanto de los que componen la asociación política como del resto del conglomerado social). Así, es posible que con la intención de beneficiar ilegítimamente a la agrupación o partido político, se atente contra la libertad y el derecho de participación política de los ciudadanos y su libre decisión de adhesión o pertenencia (Bertoli 1957, p. 325)..

Observamos que en cuanto a estas modalidades de acción, nuestra ley vigente no introduce un tratamiento adecuado, resultando muy exigua su tipificación, no obstante la importancia que el tema merece. “Algunas leyes electorales incluyen dentro de los delitos electorales, las actuaciones de los partidos políticos que vulneren lo establecido por la ley en relación con las limitaciones fijadas para los gastos electorales, considerando responsables de estos delitos a los administradores de la institución electoral” (Bolívar Arteaga 2002, p 113).

En igual sentido, deberían considerarse como actos punibles, las trasgresiones a la actividad democrática e institucional al interior de las propias organizaciones políticas. Incluso debería tipificarse el aporte y la recepción de aportaciones económicas de origen ilícito (Loc. cit.).

En la actualidad, bajo este rubro se tipifica tan sólo una modalidad delictiva:

5.2.1) Coacción por funcionario o servidor público para suscribir lista de adherentes

“Artículo 385 (LOE).- Son reprimidos con pena privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de seis y pena no mayor de treinta días de multa, así como con pena accesoria de inhabilitación por igual tiempo al de la condena, de conformidad con los incisos 1), 2), 3) y 4) del artículo 36 del Código Penal:

a) Las autoridades políticas, militares, policiales, municipales y los funcionarios o empleados públicos que, abusando de sus cargos, obliguen a un elector a firmar una lista de adherentes a un partido político o para la presentación de una candidatura, o en favor o en contra de determinado partido, lista o candidato, o los que realicen algún acto que favorezca o perjudique a determinado partido o candidato”.

El tipo reclama en su estructura, a un sujeto activo cualificado o específico. Sólo pueden serlo las autoridades políticas (por elección, designación o nombramiento), los miembros de la Fuerzas Armadas, los miembros de la Policía Nacional, las autoridades municipales (incluidos los serenos) y los funcionarios y servidores públicos. Sujeto pasivo lo será el ciudadano sobre el cual recae el acto de coacción e incluso el Estado.

La conducta típica está representada en el tipo, por el verbo "obligar", que denota imposición, coacción, afectación de la libertad individual de decisión, de libre participación y adherencia que tiene el ciudadano para integrar o favorecer determinada posición política, agrupación o candidatura.

Lo injusto radica en la conducta impositiva del agente, que trasgrediendo el marco de su obligación reglamentaria y evidenciando abuso de su cargo o función, realiza cualquiera de las modalidades delictivas que el tipo contiene:

1) Coaccionar a uno o más electores, a firmar como adherentes para la inscripción de una agrupación o partido político o candidatura, o para favorecerlo o perjudicarlo. Conducta que involucra afectación a la libertad individual de libre determinación del elector. La modalidad de la acción, que es eminentemente comisiva, admite la utilización de la amenaza e incluso la violencia (u otras modalidades más sutiles, que incluso pueden incluir el fraude, el engaño, la explotación de las carencias sociales, etc. Como por ejemplo aprovecharse de la necesidad y la pobreza, para hacer firma al ciudadano, por una candidatura que no es de su preferencia, prometiéndole o dándole un kilo de fréjoles o una botella de aceite, etc.). .

2) Realizar algún acto que favorezca o perjudique a determinado partido o candidato, que involucra una diversidad de conductas, como por ejemplo, favorecer la campaña electoral de unos y entorpecer la de otros. Prohibir en un caso y autorizar en otro el uso de las plazas públicas, realizar campañas de propaganda, valerse de los medios y fondos públicos, repartir con fines electoreros alimentos o ropas donadas, etc.

Las acciones descritas involucran la presencia del dolo (directo). Es posible la tentativa y la participación delictiva, en cuanto sean los mismos sujetos intraneus quienes participen en la acción.

La pena a imponerse “es privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de seis y pena no mayor de treinta días de multa, así como la pena accesoria de inhabilitación por igual tiempo al de la condena, de conformidad con los incisos 1), 2), 3) y 4) del artículo 36 del Código Penal”:

6) Acciones destinadas a perturbar o impedir el acto de sufragio

El sufragio canalizado mediante el acto electoral, que en sí es todo un proceso de carácter administrativo-electoral, se constituye en la expresión suprema del ejercicio de la ciudadanía y los derechos políticos, que el estado está en el deber de proteger como atributo jurídico de protección (Carreras de Francesc y Vallés, Josep M. 1977, 215).

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 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" (Art. 31 C.P.E.).

En tal sentido, señala Dieter Nohlen, "se trataría de la potestad o prerrogativa perteneciente al ciudadano, que le permitiría participar en la designación de las autoridades públicas y formar parte de la decisión de algún asunto de interés político u opinión sobre aspectos sustantivos carácter administrativo o político. Esta tesis surge de manera concomitante con la doctrina de la soberanía popular, desarrollada en los siglos XVII y XVIII. En atención a ello, la soberanía se encontraría dividida en partes iguales entre todos los ciudadanos, que tendrían el derecho a contribuir con su voto en la expresión de la voluntad general. Así, cada individuo, al ser titular de una fracción de la soberanía del pueblo, tiene la atribución de colaborar en la organización del gobierno" (2010, p. 113).

En atención a ello, las acciones, tanto de coacción, violencia o fraude, que atenten contra el proceso del acto electoral (sea como manifestación individual o como expresión colectiva de la voluntad popular), deben estar tipificados en la ley penal.

En cuanto a su contenido, la protección de la libertad del sufragio no puede reducirse a vejaciones en la persona del elector, sino extenderse hasta la tutela de todas las garantías que deben complementarse en el momento en que se materializa la voluntad colectiva. Pero no bastaría la protección de la libertad electoral dado el supuesto de que no estuvieran tutelados, al mismo tiempo, todos los caracteres esenciales del sufragio, en su concepción doctrinal contemporánea, los avances tecnológicos y la realidad nacional. Así, junto a la libertad individual o colectiva de los electores, deben protegerse también la sinceridad, la individualidad y el secreto del sufragio (Hugo Vizcardo 2014, p. 125).

Otros elementos que no deben ser perdidos de vista, son los que corresponden al incremento, cada vez más fundamental, del uso de los medios técnicos modernos y en especial la informática, que adicionan nuevas modalidades de manipulación o fraude, que pueden perjudicar la esencia del acto electoral, ya no con la violencia propia de antaño, donde en tropelía y bajo la motivación del "pisco y la butifarra", se atacaba impunemente los locales de votación o cuando el ejército tomaba las ánforas y todos los "cachaquitos", en su cuartel, llenaban nuevamente las cédulas para inclinar la balanza al dictador candidato (Cit. Chirinos soto, Enrique 1984, p. 77).

Ahora es diferente la posibilidad de la manipulación de la voluntad popular, es posible el fraude computacional, ello debido a la dependencia cada vez más notoria del uso de las computadoras para vaciar los resultados parciales de la elección, para que sea el ordenador el que proporcione los resultados finales. Ante ello el atentado puede presentarse manipulando dichos ordenadores, que por más secreta que sea su locación, no deja de existir el factor humano de los operadores, que motivados por la corrupción, la amenaza o el chantaje, pueden acceder, a veces de manera indetectable, para falsear el resultado electoral (Cfrme. Falconi Pérez 1991, p. 127).

Ante ello, “nos dice Tiedemann, que la tarea del derecho no es la de quedarse atado a viejas categorías teóricas que nada sirven sino más bien de adaptarse y proveerse de nuevas formas de prevención y protección a la sociedad. El derecho penal debe también prevenir la comisión de este tipo de hechos que de ninguna manera pueden ser entendidos como errores involuntarios ya que son realizados por personas que generalmente están familiarizadas y se encuentran especializadas en el trabajo con computadoras y que fácilmente pueden conocer como entrar en los archivos de datos de cualquier individuo o institución” (1999, p. 344).

El “derecho penal debe resguardar los intereses de la sociedad, evitando manipulaciones computarizadas habituales o no basadas en conocimiento de los objetos, programas, así como de algunas informaciones que extiendan y hagan imposible la detección de estos ilícitos (el desarrollo actual y moderno nos ha traído avances importantes para la humanidad, pero es penoso a su vez que vengan acompañados de hechos delictivos no deseados)” (Loc. cit).

Así, nuestra normatividad penal en materia electoral ha sufrido un estancamiento histórico, no ha evolucionado con la rapidez del desarrollo contemporáneo de los actos delictivos tendientes a materializar la coacción y el fraude destinados a la frustración o distorsión de la libertad del sufragio. Nuestro ordenamiento jurídico debe prepararse normativamente, para afrontar estos tipos de "nuevos delitos de avanzada", sobre todo en el ámbito informático, máxime ahora que se postula la utilización del voto electrónico, requiriéndose una respuesta normativa.

En igual sentido, la nefasta experiencia vivida en la década de la dictadura fuji-montesinista, ha denotado la debilidad de nuestro sistema normativo, para enfrentar toda la vasta gama de delitos que con "tanta imaginación" ("imaginación maquiavélica" diríamos), supieron implementar desde las instancias del poder político (constituyendo a nuestro sistema, como "fuente" y "exportador" de nuevas maneras y modos de torcer la

voluntad ciudadana). Tales como los actos de corrupción, compra de conciencias, compra de líneas editoriales, connivencia, chantaje o extorsión para doblegar voluntades, dádivas (como el regalo de comida, ropa donada y en algunos casos joyas y dinero o prebendas políticas), manipulación psico social, falsificación de firmas, uso de los recursos del Estado y la fuerza pública, intervencionismo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, impedimento del uso de señales abiertas de televisión, manipulación de las noticias, manipulación de encuestas, homicidios y asesinatos, etc.

Por todo ello, urge una revisión y toma de conciencia, que derive en la implementación de un nuevo conjunto de modalidades delictivas, que contenga in extensu la tipificación de todos los actos vulnerantes del fundamental derecho a la libertad de sufragio.

Nosotros pasaremos al estudio de las diferentes modalidades típicas vigentes, que se insertan tanto en el Código Penal, como en la Ley Orgánica de Elecciones, desde la perspectiva de la clasificación ya esbozada y nombrándolas con sus respectivos nomen iuris que la interpretación teleológica y sistemática nos ha permitido identificar.

6.1) Turbación violenta de proceso electoral

En esta modalidad delictiva se evidencia la duplicidad normativa ya criticada. Así, la acción se encuentra tipificada en las siguientes normas:

“Artículo 354 (CP).- El que, con violencia o amenaza, perturba o impide que se desarrolle un proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal, o los procesos de revocatoria o referéndum será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de diez años”.

“Artículo 382 (LOE).- Son reprimidos con pena privativa de la libertad no menor de un mes ni mayor de un año:

b) Aquél que trate de conocer el voto de un elector o de obligarlo a votar por determinado candidato u obstruya el desarrollo de los actos electorales, o provoque desórdenes durante éstos.

Artículo 384 (LOE).- Son reprimidos con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres años:

b) Aquél que mediante violencia o amenaza interrumpe o intenta interrumpir el acto electoral. Si el culpable forma parte integrante de un grupo, la pena es no menor de dos años ni mayor de cinco.

Si el culpable fuese funcionario o empleado público, además de la pena indicada sufre pena accesoria de inhabilitación por igual tiempo al de la condena, de conformidad con los incisos 1), 2), 3) 4) y 8) del artículo 36 del Código Penal”.

El sujeto activo de la acción se presenta como genérico, pudiendo ser cualquier persona, que puede actuar individualmente o como miembro integrante de una agrupación (aunque eventualmente actúe sólo). En este último caso la conducta se agrava. Igualmente pueden ser sujetos activos en este delito, los miembros de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional y los funcionarios o empleados públicos (caso en el cual la conducta se agrava). Sujeto pasivo lo será el Estado.

En este delito se ataca el acto electoral mismo, en el sentido de proceso y no la individualidad manifestada en la libertad propia del derecho de sufragio como expresión de la voluntad particular. En este supuesto, el agente utiliza como medio para la perturbación o impedimento del acto electoral, la violencia física o la amenaza.

La violencia implica el despliegue de su propia fuerza física o material, contra el cuerpo del elector. El concepto jurídico de violencia, conocida ya por el derecho romano como *vis absoluta* o *vis corporalis*, involucra, como indica Roy Freyre (1983, p. 76) “que el agente actúe físicamente sobre el soma de la víctima con la finalidad de obligarle a permitir, o dejar de hacer, lo que su voluntad no desea. En la hipótesis estudiada, la violencia consiste en el empleo de medios materiales para anular o quebrantar la resistencia que ha sido ofrecida por la víctima, para cumplir con su deber de participación política”.

“No es cualquier violencia la que requiere el precepto que comentamos, debe ser de cierta intensidad y amenaza para la vida o salud de las personas” (Peña Cabrera, 1995, p. 149). Por lo que respecto al nivel cuantitativo que debe alcanzar la violencia para alcanzar el fin propuesto por el agente, nos refiere Muñoz Conde (1966, p. 340) hay que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, la fuerza física que haya que desplegar, etc. Entonces no toda violencia resultará típica. Ella ha de tener una adecuada potencialidad, que lleve aparejada cierta eficacia sobre el sujeto pasivo, debiendo ser suficiente su intensidad para quebrantar su legítima libertad de participar en el acto electoral. La violencia física no necesariamente debe recaer sobre el elector al cual se coacciona, puede verificarse incluso sobre terceros (ejemplo: lesionar a la madre para que el elector no sufrague).

Por otro lado, la amenaza, traducida en intimidación, constituye el sucedáneo psicológico de la violencia física. Esta forma de violencia moral era conocida en el derecho romano como *vis compulsiva*. A ella se refiere la ley de elecciones de Uruguay al referirse a la “violencia moral” ejercida en el sentido de impedir, coartar o estorbar en cualquier forma el ejercicio libre y personal del sufragio (Ley de Elecciones, Art. 191.5)

Esta amenaza, desde la perspectiva típica, se constituye en un anuncio del propósito de causar un mal inminente, capaz de poner en peligro la vida o integridad física

de la víctima (o de un tercero especialmente ligado a él), tendiente a evitar o perturbar el acto electoral, intimidando a los sufragantes. Violencia que a decir de Antón Vives, se constituye en el medio capaz de vencer la voluntad contraria del o los sujetos (electores) contra los que se dirige, y provocar inmediatamente el efecto distorsionador o impeditivo que busca el agente, con respecto a la realización del acto electoral (1990, p. 827).

“Esta forma de intimidación es fundamentalmente subjetiva, y está dirigida directa e intencionalmente a quebrantar la voluntad de la víctima. Tiene como característica, a decir de Roy Freyre, ser: determinada, considerable, seria, posible e inminente. Sin embargo, anota Irureta Goyena, la gravedad de la amenaza debe entenderse en un sentido muy relativo. Su mayor o menor trascendencia depende de factores variables relacionados con el sexo, con la edad, con la psicología de la víctima y que el buen sentido prescribe se dejen librados a la soberana apreciación de los Tribunales” (Cit. Roy Freyre 1983 p. 121).

Al igual que en el caso de la violencia física, la amenaza puede dirigirse directamente contra el titular del bien jurídico o contra un tercero (amenazar la vida de la esposa, la madre, etc.). En esta modalidad, que resulta una forma indirecta, el mal amenazado tiene como destinatario a una tercera persona con quien la víctima se encuentra ligada por lazos de grande y especial afecto, familiares o no.

En el ámbito del derecho comparado, encontramos que el Código Electoral Belga (Artículo 190) “sanciona toda irrupción en un colegio electoral, consumada o intentada violentamente”, orientada a obstaculizar las operaciones electorales. En España, la Ley Orgánica 5/1985, en similar dirección castiga a quienes impidan o dificulten injustificadamente la entrada salida o permanencia de los electores, candidatos, apoderados, interventores y notarios en los lugares en que se realicen actos del procedimiento electoral, y también a quienes perturben gravemente el orden en cualquier

acto electoral o penetren en los locales donde éstos se celebren portando armas u otros instrumentos susceptibles de ser usados como tales

Por su naturaleza lesiva y material, el tipo admite la tentativa y también la participación delictiva. La acción se representa eminentemente dolosa.

En cuanto a la pena, apreciamos la criticada presencia de duplicidad de normas, que sancionan con penas distintas un mismo hecho. Por lo que reafirmamos la crítica ya establecida y consideramos que la solución debe basarse en la aplicación de lo que más convenga al reo o procesado.

6.2) Impedimento o turbación violenta del derecho de sufragio

Modalidad delictiva también conocida como **"coacción electoral"**, encuentra su tipificación en las siguientes normas:

“Artículo 355 (CP).- El que, mediante violencia o amenaza impide a un elector ejercer su derecho de sufragio o le obliga a hacerlo en un sentido determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Artículo 382.- Son reprimidos con pena privativa de la libertad no menor de un mes ni mayor de un año:

b) Aquél que trate de conocer el voto de un elector o de obligarlo a votar por determinado candidato u obstruya el desarrollo de los actos electorales, o provoque desórdenes durante éstos”.

En este caso se presenta la anomalía legislativa de duplicidad de normas (que vulnera el principio de la certeza de la norma), que ya criticáramos, que en la práctica

determina un concurso de leyes, que en realidad no se excluyen, por lo que la tipificación y la determinación de la pena por el operador penal se ve dificultada (máxime si para una misma conducta se señalan penas diferentes). En este supuesto, la solución no radica en la aplicación de los principios del concurso, ni de la aplicación temporal de la ley, sino apelando al fundamental principio constitucional de estar a lo que más favorece al reo o procesado.

La figura de coacción electoral, nos dice Carlos Sánchez, protege la libertad individual del sufragante (2016 p. 272). La acción delictiva consiste en impedir al elector el ejercicio del sufragio, o compelerlo mediante violencia (vis absoluta) o amenaza (vis compulsiva) a que lo haga en un sentido determinado. Así el agente puede optar por diversas modalidades de acción, que incluso pueden afectar la libertad personal, el cuerpo y la salud (con cuyos ilícitos es posible el concurso), puede atar, encerrar, llevar a la inconciencia, drogar, amenazar de muerte (incluso a terceros ligados al elector, como su madre, hija, etc.) (al respecto, la ley electoral uruguaya establece: Art. 191: Son delitos electorales; 5): "La violencia física o moral ejercida en el sentido de impedir, coartar o estorbar en cualquier forma el ejercicio libre y personal del sufragio"). "En Francia, el artículo 107 del Código Electoral penaliza al que, bien atemorizando a un elector, bien amenazándole o violentándole, intente influenciar su opción de voto o lograr su abstención". El Código Penal Alemán prescribe que "quien con violencia o por medio de amenaza de violencia impida o perturbe la elección o la verificación de un resultado, será castigado con pena privativa de la libertad hasta de cinco años o con multa, en casos especialmente graves con pena privativa de la libertad no inferior a un año" (artículo 107).

Esta modalidad de coacción, se nutre de los fundamentos doctrinales de la coacción genérica, que como delito contra la libertad, contiene la ley penal general. Este delito, conforme lo precisa Prats Canut (en: Quintero Olivares 1996, p. 197), es uno de conducta y resultado, no de mera actividad, que lesiona la libertad de determinarse y obrar de una persona según sus propios motivos, cuyo bien jurídico protegido es la facultad de

libre determinación de la voluntad y de expansión de la misma, al que si bien se le ha atribuido un dolo específico de atentar contra la libertad de obrar del ofendido, se ha considerado suficiente el dolo genérico o intención simplemente maliciosa del agente, cuya generación delictual requiere la amplia interpretación del término modal "violencia".

Tanto para la figura genérica como para esta modalidad especial, es posible apreciar, como bien lo hace Peña Cabrera (1994, p. 510), que el delito de coacciones constituye en verdad un **tipo abierto** ya que la descripción de la conducta típica está sujeta a las apreciaciones valorativas que hace el juez, y precisamente su contenido y amplitud ha sido motivo de una interesante evolución en los últimos años. Se ha dicho que el delito de coacción es un resultado de elaboración de la ilustración penal alemana e incluso se cuestiona su naturaleza constitucional debido a su amplitud valorativa. Las objeciones entonces radican en su carácter abierto, pero realmente tratándose de esta infracción penal una precisión matemática no es posible en razón de que el precepto revela un genuino "tipo de recogida" y cuyo significado apunta a incorporar conductas que otros tipos no logran cubrir, este es el caso del robo, extorsión, usurpación, etc.

El sujeto activo es genérico (puede ser cualquiera incluso funcionario público o miembro de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, en cuyo caso será de aplicación la agravante contenida en los artículos 46-A y 360 del C.P.). El sujeto pasivo lo será directamente el elector afectado.

Dentro de las garantías que la ley electoral establece, se dispone que ninguna autoridad pueda detener o reducir a prisión el día de las elecciones, ni veinticuatro horas antes, a los ciudadanos capacitados para votar, salvo caso de flagrante delito (Art. 343 L.O.E.).

El diccionario de la Real Academia trae dos acepciones del verbo impedir: la de imposibilitar y la de estorbar. Esta supone, con más propiedad un obstáculo indirecto y a

veces una mera dificultad u obstáculo. El tipo al emplear como verbo rector el término "impedir", supone la acción decidida de hacer imposible el voto. Así, los obstáculos posibles de poderse superar o vencer, no entran en la prohibición, resultando atípicos.

El acto de obligar denota ideas de poder y de fuerza, de imposición sobre el consentimiento, que por lo mismo, se manifiesta viciado. La coacción en que se coloca al elector debe determinarlo desde una perspectiva, seria, posible, potente, cierta a obrar en contra de la corriente política o candidato de su preferencia (Nadie puede considerarse ofendido si se le induce a cumplir sus propios propósitos, siendo así la conducta atípica).

En tal sentido se descarta el animus jocandi o cualquier otra circunstancia no potencialmente suficiente para lograr el "constreñimiento al sufragante", del cual nos habla el Código colombiano (Artículo 387). "El sujeto activo ha de exteriorizar su propósito de un modo que haga creer al sujeto pasivo que es real, serio y persistente, independientemente de la forma que se use para su exteriorización. No es preciso, sin embargo que ese propósito piense realizarlo realmente el sujeto activo, basta con que aparentemente pueda considerarse como tal por parte del sujeto pasivo. Es necesario, por tanto, que la amenaza llegue a conocimiento del amenazado, aunque sea por vía indirecta, y que éste comprenda e internalice el sentido de la amenaza. De aquí se deduce que hay que tener en cuenta las circunstancias del hecho". (Muñoz Conde 1996, p. 142).

El análisis de las diferentes normas que contienen el tipo en estudio, permite, conforme a una interpretación teleológica y sistemática, inferir que las modalidades de acción (violencia o amenaza), no permiten incluir los actos defraudatorios, como el caso de usar el engaño con la finalidad de impedir el sufragio o imponerse a la voluntad del elector obligándolo a votar en un sentido determinado diferente al deseado.

No obstante ello, el tipo debería incluir también como modalidad de acción, el engaño (en el sentido del fraude inductivo, material o subliminal), que también vicia la

voluntad en el sentido reclamado por el tipo (también el amenazar a la víctima con excluirlo de beneficios alimenticios, no darle ropa, etc.). Se establece en doctrina que el medio aceptado para consumir este delito es doble: el empleo de la violencia sobre el elector y el engaño.

Así, el Código penal argentino indica en su artículo 140: "Se impondrá prisión de dos meses a dos años al que con engaños indujere a otro a sufragar en determinada forma o abstenerse de hacerlo". En igual sentido, el artículo 388 del Código penal colombiano establece: "El que mediante maniobra engañosa, obtenga que un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, vote por determinado candidato, partido o corriente política, o lo haga en blanco, incurrirá en prisión de uno a cuatro años". De modo similar, "el artículo 152 de la Ley Electoral portuguesa penaliza con prisión de seis meses a dos años a quien usare de la violencia o amenaza sobre cualquier elector, o usare de engaño o artificios fraudulentos, falsas noticias o cualquier otro medio ilícito para constreñir o inducir a votar una determinada lista o abstenerse de votar". También la legislación comparada permite incluso inferir, que el tipo ganaría en precisión si además de la exigencia típica objetiva de constreñir al elector a no sufragar o a hacerlo de manera distinta a su elección (que implica el voto en blanco), se incluya también la posibilidad de que la víctima se viera constreñida a abstenerse de cumplir con su obligación electoral (ello en atención al carácter obligatorio del voto).

Una modalidad agravante podría ser también el caso de la afectación de una multiplicidad de víctimas (por ejemplo, amenazando al chofer, el camión que transportaba a los veinte votantes, es desviado de su ruta y no llegaron a su local de votación).

En la modalidad de coacción para que vote en determinado sentido, el delito se consuma cuando el elector ha depositado su cédula de votación en el ánfora electoral (si llenó su cédula así constreñido, pero no la depositó, el hecho no se habrá consumado, presentándose la tentativa). Tratándose de la modalidad de impedimento, el hecho se

consume en el momento en que termina el acto electoral y el elector se vio impedido de votar (mientras dure el acto electoral se mantendrá latente la posibilidad de poder llegar a ejercer su derecho. Por ejemplo en el caso de aquél que fue atado para no llegar a su local de votación, pero logra desamarrarse y llega a tiempo pudiendo sufragar. En este caso el agente no habrá objetivamente logrado impedir el voto, quedando su conducta en fase de tentativa).

Siendo el tipo de naturaleza lesiva y material, como se ha podido apreciar, es posible la tentativa. Se admite también la participación. Desde la perspectiva subjetiva, el tipo se representa como eminentemente doloso.

Con respecto a la duplicidad de pena, nos pronunciamos en el sentido de estar a lo que más favorece al reo o procesado.

6.3) Impedimento o perturbación de reuniones políticas

“Artículo 384 (LOE).- Son reprimidos con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres años:

d) Aquél que impida o perturbe una reunión en recinto privado o la que se realice en lugar de uso público, convocada con fines electorales conforme al artículo 354 del Código Penal.

Si el culpable fuese funcionario o empleado público, además de la pena indicada sufre pena accesoria de inhabilitación por igual tiempo al de la condena, de conformidad con los incisos 1), 2), 3) 4) y 8) del artículo 36 del Código Penal”.

Conforme lo precisa Peña Cabrera, no puede hablarse de soberanía del pueblo ni de forma republicana de gobierno sin antes reconocer y garantizar como presupuesto el

derecho de los ciudadanos a reunirse. El derecho de reunión es una consecuencia de la libertad de pensamiento y de la libre locomoción. En efecto, la libertad de pensamiento y la libertad de movilizarse serían ilusorias si por otro lado los individuos estuviesen impedidos de congregarse para expresar sus ideas. En suma, sin libertad de reunión no existe libertad política (1994 p. 623).

Tal prerrogativa ciudadana es reconocida por la Carta Magna, cuando, como garantía y derecho fundamental de la persona, “el artículo 2, inciso 12 de nuestra Constitución, establece que toda persona tiene derecho a reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas” (asimismo nuestra ley electoral (LOE), en sus artículos 190 establece que “desde dos días antes del día señalado para las elecciones no pueden efectuarse reuniones o manifestaciones públicas de carácter político. Desde veinticuatro horas antes se suspende toda clase de propaganda política”).

Asimismo, el artículo 184 (LOE), prescribe que “las oficinas públicas, los cuarteles de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, los locales de las Municipalidades, los locales de los Colegios Profesionales, Sociedades Públicas de Beneficencia, entidades oficiales, colegios y escuelas estatales o particulares y los locales de las iglesias de cualquier credo, no pueden ser utilizados para la realización de conferencias, asambleas, reuniones o actos políticos de propaganda electoral de ninguna especie en favor o en contra de cualquier partido, candidato o tema por consultar, o para la instalación de juntas directivas o el funcionamiento de cualquier comité de tendencia política”.

El objeto de tutela, como bien aprecia Villa Stein, es la libertad de reunión pacífica e inermes de los ciudadanos. Con la inclusión de un tipo de esta naturaleza, el

ordenamiento tiende a preservar intangible el inalienable derecho ciudadano de libre reunión con fines de realización de la libertad política (1998, p. 164).

La acción, que se manifiesta fundamentalmente comisiva, se relaciona, conforme el mismo tipo lo señala y remite, a las formas de impedimento o turbación del proceso electoral (Art. 354 del C.P., ya tratado).

El sujeto activo es genérico. El delito incluso puede ser cometido por miembros de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, empleados y funcionarios públicos, caso en el cual la conducta se agrava. Sujeto pasivo lo será individualmente el ciudadano afectado en su derecho.

En este supuesto delictivo, la conducta del agente se dirige específicamente al impedimento o turbación de una reunión, sea en recinto privado o en lugar de uso público, convocada con fines electorales. Los medios de ejecución son también la violencia y la amenaza (en el sentido y en el contexto ya estudiado en el tipo de impedimento o turbación de proceso electoral).

El tipo subjetivo está representado con el dolo (directo) con el que el agente actúa al impedir o perturbar la reunión política. Asimismo, el tipo integra dentro de la perspectiva psicológica, una motivación especial en el agente, que es la especial motivación de dirigir su conducta a perturbar o impedir el contexto del proceso electoral (p.ej. organizar mítines paralelos, infiltrar contra manifestantes, lanzar piedras, utilizar armas, etc.).

El delito se consuma en el momento en que la reunión es impedida o perturbada. El tipo admite la participación delictiva y es posible la configuración de la tentativa (como cuando el grupo de contra manifestantes, ingresa a la plaza pública con la firme intención de dispersar a los opositores políticos reunidos, pero inmediatamente son repelidos por la policía que ya había sido puesta sobre aviso)

La pena a imponerse es “privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres años. Si el culpable fuese funcionario o empleado público, además de la pena indicada sufre pena accesoria de inhabilitación por igual tiempo al de la condena, de conformidad con los incisos 1), 2), 3) 4) y 8) del artículo 36 del Código Penal”.

6.4) Realización indebida de propaganda electoral

“Artículo 389 (LOE).- Es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos años aquél que haga propaganda electoral, cualquiera que sea el medio empleado, en las horas en que está suspendida; o aquél que atente contra la ley, las buenas costumbres, o agravia en su honor a un candidato o a un partido”.

“La propaganda ha adquirido en los procesos electorales una importancia decisiva. Se trata de una actividad lícita que, por su influencia en la selección de los gobernantes y autoridades, requiere una adecuada regulación y protección. La propaganda es una actividad que persigue ejercer influencia en la opinión pública y en la conducta de la sociedad, con el fin de que adopte determinadas formas. En otras palabras, por propaganda se entiende el conjunto de acciones que, técnicamente elaboradas, utilizando principalmente los medios de comunicación colectiva, pretenden influir en determinados grupos humanos para que éstos actúen de cierta manera” (González LLaca 1981, p. 35).

Los “medios básicos de la propaganda consisten pues, en una técnica o medio de comunicación que surge de estudios, investigaciones, hipótesis, encuestas, etc., con una finalidad muy clara: influir en determinado grupo social. En síntesis, es un medio o técnica de comunicación para influir colectivamente” (Landa Arroyo 1981, p. 546).

“En algunos países, se han dictado regulaciones especiales en las leyes o códigos electorales, como por ejemplo en España, que define la propaganda así: "Se entiende por campaña de propaganda electoral el conjunto de actividades lícitas organizadas o desarrolladas por los partidos, las federaciones, las coaliciones, las agrupaciones de electores y los candidatos en orden a la captación de sufragios (Art. 137 del Real Decreto -Ley de 18 de marzo de 1977, sobre Normas Electorales). Por su parte, el Tribunal Supremo de Elecciones afirmó que: Resulta fácil para cualquiera darse cuenta de que una publicación es propaganda político-electoral, cuando se pondera o se combate a uno de los partidos políticos que participan en la contienda electoral, o se pondera o se combate a uno de sus candidatos. Si una publicación se reitera en forma sistemática e inclusive se cita en forma continua el nombre de un candidato o de su partido, no cabe duda que se trata de propaganda político-electoral” (Diccionario Electoral/IIDH, 1988, p.548)

Tanto la Constitución española, como la jurisprudencia del Tribunal Electoral Costarricense definen la propaganda: la primera, como el conjunto de actividades lícitas de los partidos políticos y otras organizaciones y candidatos para captar votos; y el segundo, entre otras cosas, como la ponderación o combate de una persona, publicada en forma sistemática. Es obvio que con el fin de obtener votos a favor y que el partido contrario no los consiga.

“En suma, cabe concluir que la propaganda política o político electoral, es concebida como el conjunto de actos de partidos políticos o de personas que tienen como fin persuadir al electorado en determinado sentido para obtener votos”. (conf. Landa Arroyo 1981, p. 549).

Considerada así su licitud, pertinencia e importancia, la propaganda electoral es materia de tratamiento legislativo en nuestra ley electoral (LOE), cuyo Título VIII: De la Propaganda Electoral, en sus disposiciones más importantes y relacionadas con el tema, señala:

En cuanto a la propaganda política permitida, (artículo 186), nos dice:

“Que los partidos, agrupaciones independientes y alianzas, sin necesidad de permiso de autoridad política o municipal y sin pago de arbitrio alguno, pueden:

a) Exhibir letreros, carteles o anuncios luminosos, en las fachadas de las casas políticas, en la forma que estimen conveniente.

b) Instalar en dichas casas políticas, altoparlantes, que puedan funcionar entre las ocho de la mañana y las ocho de la noche. A la autoridad respectiva corresponde regular la máxima intensidad con que puede funcionar dichos altoparlantes.

c) Instalar altoparlantes en vehículos especiales, que gozan de libre tránsito en todo el territorio nacional, dentro de la misma regulación establecida en el inciso anterior.

d) Efectuar la propaganda del partido o de los candidatos, por estaciones radiodifusoras, canales de televisión, cinemas, periódicos y revistas o mediante carteles ubicados en los sitios que para tal efecto determinen las autoridades municipales. Deben regir iguales condiciones para todos los partidos y candidatos.

e) Fijar, pegar o dibujar carteles o avisos en predios de dominio privado, siempre que el propietario conceda permiso escrito, el cual es registrado ante la autoridad policial correspondiente.

f) Fijar, pegar o dibujar tales carteles o avisos en predios de dominio público, previa autorización del órgano representativo de la entidad propietaria de dicho predio”.

En cuanto a las prohibiciones, el artículo 187 prescribe que “quedan prohibidos, como forma de propaganda política, el empleo de pintura en las calzadas y muros de predios públicos y privados, la propaganda sonora difundida desde el espacio aéreo, y la propaganda por altoparlantes que no estén ajustados a lo dispuesto en el artículo anterior. La propaganda política es permitida en los predios privados siempre y cuando se cuente con autorización escrita del propietario”.

“Está prohibido también el uso o la invocación de temas religiosos de cualquier credo, en la propaganda política. Se prohíbe a los electores hacer uso de banderas, divisas u otros distintivos desde el día anterior al de la elección hasta un día después de ésta” (Art. 188). Igualmente está prohibida la destrucción, anulación, interferencias, deformación o alteración de la propaganda política cuando ésta se realice conforme a ley (Art. 189). Además hay que tener en cuenta la prohibición contenida en el artículo 190 (LOE), que dispone la suspensión de toda clase de propaganda política veinticuatro horas antes del día señalado para las elecciones.

“La importancia que tiene la propaganda electoral orientada a dar a conocer muchas veces como producto, la personalidad de los candidatos y, en menor grado, los programas de los partidos políticos, obliga a establecer una regulación adecuada que garantice principios fundamentales del proceso electoral: el pluralismo, la libertad política y la igualdad de oportunidades de los electores y de los partidos políticos. Sin duda, la desigualdad financiera de los partidos políticos, sin la adecuada regulación, lleva a un desequilibrio en el empleo de los medios de comunicación y de propaganda, lo que se convierte en factor importante y hasta decisivo en el resultado electoral. La ventaja de un partido político, sólidamente financiado, frente a aquellos que no tienen acceso a los medios de comunicación para persuadirlos de las bondades de su programa y candidatos, no armoniza con principios democráticos de igualdad de oportunidades en los procesos electorales” (Diccionario Electoral IIDH, 1988, p. 550).

“Para resolver esta desigualdad antidemocrática, surge la necesidad de establecer limitaciones importantes: imponer restricciones a los gastos electorales, controlar el financiamiento de los partidos políticos con la obligación jurídica de indicar la fuente de los ingresos, y así evitar aquellos de dudosa procedencia, desautorizar recursos privados, desproporcionados para los partidos políticos que desequilibran los procesos democráticos”. (TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE ZACATECAS, EXPEDIENTE : SU-JNE-013/2007, p. 85).

Al respecto nuestra ley electoral (LOE), establece (Art. 183) que “dentro de los sesenta días anteriores a las elecciones, las Organizaciones Políticas, Listas Independientes y Alianzas, presentan al Jurado Nacional de Elecciones la proyección de los fondos que serán invertidos durante el proceso electoral correspondiente, así como su fuente de financiamiento. Dentro de los sesenta días posteriores a la proclamación oficial electoral, los partidos, agrupaciones independientes, alianzas y listas independientes presentan al Jurado Nacional de Elecciones, con carácter de declaración jurada, la relación de gastos destinados a la campaña electoral correspondiente, quedando el Jurado Nacional de Elecciones facultado para efectuar las indagaciones necesarias para establecer la exactitud del movimiento económico correspondiente a dicha campaña”.

Asimismo, el artículo 184 (LOE), prescribe que “las oficinas públicas, los cuarteles de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, los locales de las Municipalidades, los locales de los Colegios Profesionales, Sociedades Públicas de Beneficencia, entidades oficiales, colegios y escuelas estatales o particulares y los locales de las iglesias de cualquier credo, no pueden ser utilizados para la realización de conferencias, asambleas, reuniones o actos políticos de propaganda electoral de ninguna especie en favor o en contra de cualquier partido, candidato o tema por consultar, o para la instalación de juntas directivas o el funcionamiento de cualquier comité de tendencia política”.

Desde la perspectiva penal, el ilícito se presenta cuando el agente (sujeto activo genérico) conscientemente realice la propaganda electoral, en cualquier modalidad o mediante cualquier medio (sean lícitos o ilícitos desde la perspectiva administrativa), en horas en las que ésta ha sido prohibida conforme a ley, o que con ella se atente contra el orden jurídico, las buenas costumbres, o se agravie el honor de candidatos, partidos o grupos políticos (con lo que apreciamos se extiende el objeto de protección jurídica).

La acción se manifiesta directamente comisiva. El tipo acepta la tentativa. La participación delictiva también es posible. El tipo subjetivo evidencia el dolo que motiva la acción del agente.

La pena señalada en el tipo, pasible de ejecución, es privativa de la libertad no menor de dos años (lo que parecería indicar que se extiende hasta el extremo máximo conminado para la pena privativa de libertad que es de treinta y cinco años). Consideramos que se trata de un error, ya que desde la perspectiva del principio de equidad de la pena, no resultaría adecuado (incluso sería lesivo e inconstitucional), sancionar con pena tan severa un acto de esta naturaleza (suponemos que el texto debió ser: pena privativa de libertad "no mayor" de dos años). En todo caso urge una aclaración legislativa.

6.5) Sufragio y participación indebida en actos políticos de miembros de las fuerzas armadas y policía nacional

“Artículo 382 (LOE).- Son reprimidos con pena privativa de la libertad no menor de un mes ni mayor de un año:

a) Los miembros de la Fuerza Armada y de la Policía Nacional en situación de disponibilidad o retiro que, vistiendo uniforme, participen en manifestaciones u otros actos de carácter político”.

Es de vieja data ya, la discusión de si los miembros de las fuerzas armadas o policiales deben acceder o no al derecho de sufragio. Existen sistemas electorales que permiten ello, consagrando la más irrestricta protección al derecho de la persona humana, a participar en los asuntos políticos de su nación (que evidentemente los involucra y sobre el cual pueden interactuar).

Pero en el caso peruano, la tradición legislativa e incluso constitucional, ha evidenciado un factor común histórico: la prohibición de la participación política directa de los miembros de la Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, y ello no por considerarlos "ciudadanos de segunda clase", sino porque, de acuerdo a la especialidad de sus respectivas funciones (que responden fundamentalmente a un sistema verticalizado), pueden ser objeto de presiones de sus superiores e incluso del poder político, bajo el consabido principio de que "las ordenes se cumplen sin dudas ni murmuraciones".

Argumentos que no resultan sólidos, siendo poco probable que la permisibilidad del voto de militares genere la politización de las fuerzas armadas. En realidad es muy poco probable que esto vaya a suceder. Los militares y los policías van a estar tan politizados como están ahora ni más ni menos, al igual que cualquier ciudadano que está preocupado por su propio futuro y el del país.

Con fecha 27 de julio del 2001 los legisladores del Partido Aprista (PAP), "Mercedes Cabanillas y José Luis Delgado presentaron un proyecto de ley que proponía una reforma constitucional para introducir el voto facultativo de los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, así como regular su participación en los procesos electorales". (Recuperado de <https://peru.com/noticias/especiales/elecciones2006/>), El debate sobre reforma constitucional, presentaba el proyecto de permitir el voto de militares, pero negándoles la posibilidad de ser elegidos a cargos de elección popular ni participar en actividades partidarias mientras no hayan pasado a la situación de retiro. Al respecto se presentaron posiciones encontradas, unas en contra y otras a favor.

Al respecto, el congresista Natale Amprimo (El Peruano, 16 enero 2003), expresaba su opinión de la siguiente manera: Nos hemos opuesto a esta propuesta por cuanto no se puede jurídicamente reconocer un derecho en forma parcial, incompleta o mutilada. No se puede reconocer el derecho de elegir y negar el derecho de ser elegido.

No se puede reconocer el derecho de elegir y negar el derecho de reunión, expresión y propaganda electoral. El voto implica participación política plena y no mutilada. No es viable ejercitar a plenitud el derecho de voto en esas condiciones.

Si se reconoce el derecho político de elegir a los militares en actividad, se les debería también reconocer el derecho de la militancia político-partidaria o de constituir células partidarias dentro, incluso, de las instituciones castrenses. Es evidente que se afectaría gravemente la jerarquía y la disciplina, principios fundamentales de la organización de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

El que en algunos países latinoamericanos se haya reconocido el derecho de voto de los militares, siguiendo realidades políticas distintas a las nuestras y olvidando la historia política de esta región, es un error en el que no podemos incurrir (decía el parlamentario). Debemos tener en cuenta, además, que en nuestro país ya es una costumbre fuertemente arraigada la colaboración activa de las Fuerzas Armadas con el proceso electoral desde la instalación de las mesas de sufragio. Es otra razón por la que no resulta conveniente que voten los militares en actividad. Se debe garantizar la neutralidad de su colaboración en el proceso electoral.

Reconocer el ejercicio de un derecho sin la plenitud de sus atributos es un espejismo constitucional. Resulta ser una propuesta que ignora que no es conveniente la politización de los cuarteles cuando el Perú está en proceso de consolidar un nuevo marco institucional. Es por este fin que exhortaba el congresista a la reflexión antes de tomar la decisión de introducir una reforma que puede ser perniciosa.

En contra se manifiestan también “el general EP en situación de retiro José Pastor Vives, al sostener que los militares no son deliberantes, pero que, sin embargo, el ejercicio del derecho de sufragio conlleva a tomar una determinada posición política que puede ser llevada en algún momento al cuartel. Además, indicaba, si los militares no pueden ser elegidos hasta que no pasan a situación de retiro entonces para que darles derecho de sufragio en actividad” (El peruano, 21 enero del 2003).

Por su parte, el Congresista Heriberto Benites era de opinión que de otorgarles el derecho al voto a los militares, equivaldría a quebrar la disciplina castrense y afectaría la jerarquía militar y la obediencia debida. La política ingresaría a los cuarteles. Nadie duda que para votar y elegir hay que discutir y convencer. Entonces se van a comenzar a dar debates políticos partidarios en cuarteles y comisarías.

Por otro lado, quienes estaban de acuerdo con el voto de los militares, como el congresista Henry Pease, afirmaban que ellos son iguales que cualquier persona que vive en este país. Son ciudadanos que sirven a la Patria y, por ello, no hay ninguna razón para que se disminuyan sus derechos. No olvidemos, refería el ex-representante nacional, que Miguel Grau fue diputado por Paita y pidió licencia al Congreso para defender a la Patria. En tal sentido se preguntaba el Congresista ¿por qué en esa época los militares podían votar incluso ser elegidos, pasando a disponibilidad previamente? ¿por qué entonces sí y ahora no?. Además, los cuarteles han estado politizados siempre. El ser humano es político por naturaleza y aquél cuya vida depende del Estado los es más todavía (El Peruano, 20 enero 2003).

En igual sentido, el jurista Francisco Miró Quesada opinaba que en la mayoría de los países los miembros de las Fuerzas Armadas votan y los miembros de la Policía votan, mas no son elegidos. Pero hay casos especiales que deben ser considerados. La Constitución brasileña establece que un militar, además de elegir, puede ser elegido, pero

para participar en una elección tiene que ser de capitán para arriba. No sé por qué se comete esa arbitrariedad, no entiendo porque no puede ser elegido también un soldado. Pero de lo que se trata aquí es que haya democracia en las Fuerzas Armadas, sin necesidad de partidizarlas (El Peruano 20 enero 2003)

El representante del Jurado Nacional de Elecciones de ese entonces, Dr. Gastón Soto Ballena se mostraba “a favor de que los efectivos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional tengan derecho al sufragio universal y directo. Considera a título personal que no tiene fundamento el argumento de que el voto que podrían emitir los miembros de los institutos castrenses pueda ser condicionado por superiores jerárquicos: *el voto es personal y secreto*. Refería el magistrado electoral que si se tiende a universalizar el voto, no deben existir diferencias respecto a las actividades o profesiones que ejercen determinadas personas como, por ejemplo, los miembros de la Fuerzas Armadas y de la Policía nacional” (El Peruano 21 enero 2003).

Por su parte el general en retiro Germán Parra expresaba al respecto, que no afectaría la disciplina castrense, porque ello no ocurre en ningún país donde sí se da este derecho, como Bolivia, Brasil, Argentina y Uruguay. No hay riesgo de politización y partidización, porque la ley lo impedirá. Aquí el voto de los militares significa aproximadamente doscientos mil votos adicionales, pero cualitativamente sí, porque son gente pensante e instruida. Si quisieran postular, deberían renunciar a la institución seis meses antes, como cualquier funcionario público. En resumen, opinaba el general Parra, que el voto castrense será muy importante para cerrar la brecha entre civiles y militares y para consolidar la democracia (El Peruano 20 enero 2003).

“Después de tres largos meses, el 12 de octubre del 2004 la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso aprobó por 9 votos a favor, ninguno en contra y 2 abstenciones ese documento. Un mes después el Pleno le dio el visto bueno en primera votación con 99 votos a favor, 2 en contra y 4 abstenciones. Posteriormente, el 11 de marzo del 2005 en segunda votación el Congreso de la República aprobó en forma definitiva por 87 votos a favor, 1 en contra y 8 abstenciones, la propuesta que reforma los artículos 31 y 34 de la Constitución política”, (Ley 28480, 30 de marzo de 2005).

El texto de la Ley 28480 establece que los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú tienen el derecho al voto y a la participación ciudadana regulada por Ley. Sin embargo, no podrán postular a cargos públicos, participar en actividades partidarias o manifestaciones, ni realizar actos de proselitismo mientras se encuentren en servicio activo.

En tal virtud, conforme al texto actual del artículo 34 de la Constitución, “los miembros de las Fuerzas Armadas y policía Nacional tienen derecho a voto y a la participación ciudadana, reguladas por ley. No pueden postular a cargos de elección popular, participar en actividades partidarias o manifestaciones ni realizar actos de proselitismo, mientras no hayan pasado a la situación de retiro de acuerdo a ley”.

Así, el injusto en este caso se presenta cuando **los miembros de la Fuerza Armada y de la Policía Nacional en situación de disponibilidad o retiro que, vistiendo uniforme, participen en manifestaciones u otros actos de carácter político (sujeto activo específico).**

En tal sentido la prohibición jurídica insertada en el tipo, se justifica por cuanto sanciona la intromisión indebida de los elementos militares y policiales en el discurrir de las actividades electorales, sean de propaganda, reunión u opinión, que puedan distorsionar el correcto desarrollo del proceso electoral. No es ajena a nuestra realidad la

perniciosa participación de los entes militares en los procesos electorales, constituyéndose en factores decisivos para vulnerar el libre ejercicio del sufragio (militares favoreciendo la campaña presidencial entregando regalos, almanaques y comida, militares haciendo proselitismo opinando en cuestiones políticas partidarias, etc.)

El tipo reclama la presencia de sujetos activos cualificados: los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, en situación de disponibilidad o retiro. En este aspecto, de acuerdo a la modificación constitucional y conforme a lo sustentado, el tipo debería modificarse para comprender también como sujeto activo a los miembros militares y policiales en actividad.

La acción típica está representada en la conducta del agente que, vistiendo el uniforme de su institución, en la condición personal de disponibilidad o retiro (factor psicológico conducente o intimidante), participe en manifestaciones u otros actos de carácter político (participación que entendemos en el ámbito de la dirigencia o simple concurrencia como simpatizante). Lo injusto radica pues, en la nocividad que dicha intromisión representa, y que directamente introduce al proceso un factor desequilibrante y distorsionador de la voluntad popular.

El tipo se representa como de mera actividad y se consuma en cuanto el agente participa en reuniones, manifestaciones u otros actos de carácter político. Es un tipo de comisión que admite la participación delictiva. Por su naturaleza nos parece improbable la tentativa. El tipo subjetivo informa lo doloso de la actitud del agente (dolo directo).

La pena a imponerse es privativa de la libertad no menor de un mes ni mayor de un año.

6.6) Portar armas durante el acto electoral

Artículo 382 (LOE).- Son reprimidos con pena privativa de la libertad no menor de un mes ni mayor de un año:

“c) Aquél que porte armas de cualquier clase durante la realización de los actos electorales oficiales, aunque tenga licencia, sin perjuicio del decomiso del arma y de la cancelación de la licencia”.

Presentado así el tipo, la interpretación permite apreciarlo como uno de peligro, en el cual la afectación del bien jurídico no se materializa objetivamente, bastando sólo su puesta en riesgo. Sujeto activo genérico. Sujeto pasivo lo será el Estado.

La acción típica está representada por el acto del agente (sujeto activo genérico), de intencionalmente (y sin fines particulares exteriorizados) portar armas, que pueden ser de cualquier clase, aunque sean elementos de uso común (como el caso de las armas eventuales: cuchillos, garrotes, desarmadores, etc.) o se tenga permiso oficial (caso de las armas de fuego), durante los actos electorales oficiales (que como proceso que es, implica no sólo el acto propiamente del sufragio, sino incluso la campaña electoral, los sorteos públicos y actos oficiales de los entes electorales, etc.).

La acción es comisiva. El tipo admite la tentativa e incluso la participación delictiva. En este supuesto es posible el concurso de tipos en relación a delito de tenencia ilegal de armas, que por principio de subsunción, quedaría integrado en el tipo en estudio.

En España, la Ley Orgánica 5/1985, en similar dirección “castiga a quienes impidan o dificulten injustificadamente la entrada salida o permanencia de los electores, candidatos, apoderados, interventores y notarios en los lugares en que se realicen actos del procedimiento electoral, y también a quienes perturben gravemente el orden en cualquier acto electoral o penetren en los locales donde éstos se celebren portando armas

u otros instrumentos susceptibles de ser usados como tales” (Ley Orgánica 5/1985, España).

La pena a imponerse es privativa de la libertad no menor de un mes ni mayor de un año. Adicionalmente la sanción puede involucrar el decomiso del arma y de la cancelación de la licencia.

6.7) Realizar actividades políticas en zonas y plazos prohibidos

“Artículo 388 (LOE).- Es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres meses ni mayor de dos años aquél que instala o hace funcionar Secretarías o locales políticos u oficinas de propaganda, o que organiza o permite reuniones o manifestaciones políticas dentro de zonas prohibidas o en los plazos en que dicha actividad esté suspendida conforme a esta ley.

Si el culpable es una autoridad política, la pena es no menor de un año ni mayor de tres, además de la pena accesoria de inhabilitación, por igual tiempo del de la condena, de conformidad con los incisos 1),2),3),4) y 8) del artículo 36 del Código Penal”.

Como ya hemos tratado, tanto la participación, la opinión, la reunión y la propaganda política, legitima el irrestricto derecho de participación política del ciudadano y que la ley está obligada a proteger en cuanto sean lícitas. Lo injusto en este caso está representado en el tipo, por la actitud abusiva y trasgresora del agente, que indebidamente hace uso de tales derechos, cuando la misma ley lo prohíbe. Señala el tipo como modalidades de acción (que se representa comisiva): instalar o hacer funcionar Secretarías o locales políticos u oficinas de propaganda; u organizar o permitir reuniones o manifestaciones políticas dentro de zonas prohibidas o en los plazos en que dicha actividad esté suspendida conforme a la ley electoral.

El sujeto activo es genérico, puede ser cualquier persona. Incluso lo puede ser una autoridad política o miembro de las fuerzas armadas o policiales (en cuyo caso se presenta una circunstancia agravante). Sujeto pasivo es el Estado. El tipo admite la tentativa y la participación. Evidencia también la exigencia del dolo directo.

La pena a imponerse es privativa de la libertad no menor de tres meses ni mayor de dos años.

Si el culpable es una autoridad política, la pena es no menor de un año ni mayor de tres, además de la pena accesoria de inhabilitación, por igual tiempo del de la condena, de conformidad con los incisos 1),2),3),4) y 8) del artículo 36 del Código Penal:

6.8) Venta de bebidas alcohólicas o realización de espectáculos prohibidos

“Artículo 390 (LOE).- Son reprimidos con pena privativa de la libertad no mayor de seis meses y pena de multa no menor del diez por ciento del ingreso mínimo vital multiplicado por treinta días de multa más pena accesoria de inhabilitación, por igual tiempo que el de la condena, de conformidad con los incisos 1), 2), 3), 4) y 8) del artículo 36 del Código Penal:

a) Aquellos que hagan funcionar establecimientos destinados exclusivamente a expendio de bebidas alcohólicas, o quienes organizan espectáculos o reuniones prohibidos durante los periodos señalados en el artículo 190 de la presente ley”.

Aunque atendiendo a los principios de lesividad y mínima intervención, consideramos que la entidad del daño representado en el tipo, no justifica su inclusión en el ámbito penal, entendemos, vía interpretación, que el carácter de lo injusto se fundamenta en la actitud trasgresora y abusiva del agente que no acata la prohibición contenida en la ley electoral (Art. 190), que dispone la suspensión de toda clase de

reuniones, manifestaciones públicas de carácter político y propaganda política veinticuatro horas antes del día señalado para las elecciones.

El sujeto activo es genérico (incluso lo pueden ser los funcionarios o servidores públicos y miembros de las fuerzas armadas o policiales, en cuyos casos se presentan condiciones agravantes). El sujeto pasivo lo será el Estado.

La acción, que en este caso admite la omisión impropia (el dueño que no impide que su dependiente abra el negocio), está representada por la conducta de quien, conociendo la prohibición legal (la misma que es pública e inserta en la ley bajo la presunción de su obligatorio conocimiento), hace o permite funcionar establecimientos destinados exclusivamente a expendio de bebidas alcohólicas, o quienes organizan espectáculos o reuniones prohibidas durante las horas de prohibición, que involucran las veinticuatro horas anteriores y las que correspondan al mismo acto del sufragio.

El tipo admite la tentativa y la participación delictiva. Así también, el tipo se representa eminentemente doloso.

La pena a imponerse es “privativa de la libertad no mayor de seis meses y pena de multa no menor del diez por ciento del ingreso mínimo vital multiplicado por treinta días multa (terminología que requeriría mejor precisión), más pena accesoria de inhabilitación, por igual tiempo que el de la condena, de conformidad con los incisos 1), 2), 3), 4) y 8)” (artículo 36, Código Penal)

6.9) Atentado contra derechos laborales por funcionario o servidor publico

“Artículo 385 (LOE).- Son reprimidos con pena privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de seis y pena no mayor de treinta días de multa, así como con

pena accesoria de inhabilitación por igual tiempo al de la condena, de conformidad con los incisos 1), 2), 3) y 4) del artículo 36 del Código Penal”:

“b) Las personas aludidas en el inciso a) de este artículo que, respecto a sus subalternos o particulares, les impongan descuentos o multas u ordenen cambios de colocación o traslado de dichos subalternos o particulares dependientes, con el objeto de favorecer o perjudicar los resultados en favor o en contra de un determinado candidato”.

El derecho a la libertad del trabajo es un atributo incuestionable de orden personal, que las leyes y la constitución consagran como un derecho fundamental de la persona en sociedad. Así el trabajo no debe considerarse como una mercancía o un producto dado al mejor postor o sometido a un precio o recompensa. Por consiguiente el reconocimiento de su utilidad social y moral es un derecho esencial de los trabajadores.

Debe indicarse que el derecho al trabajo está jurídicamente protegido, ya que, es creador de riqueza pública o privada y, además, por ser expresión de la libertad de la persona. De ahí que cualquier atentado contra el trabajo hiera la libertad humana (Peña Cabrera 1994, p. 647).

Por estas consideraciones, lo injusto radica aquí, en la instrumentalización de tal derecho laboral, para servir fines políticos abusivos, atentatorios contra la dignidad y libertad, no sólo laboral, sino de libre determinación del derecho de sufragio, que es el bien jurídico protegido.

Por disposición de la ley, el tipo sólo puede ser realizado por sujetos activos cualificados, tales como las autoridades políticas, militares, policiales, municipales y los funcionarios o empleados públicos (la ley no hace referencia al ámbito privado, que en este aspecto, nos parece, queda injustificadamente fuera de la protección penal). Sujeto

activo lo será el trabajador afectado en su derecho. Se trata, como señala Valle Muñiz, del reconocimiento de un interés susceptible de protección, la clase trabajadora en cuanto tal como sujeto de derecho (en Quintero Olivares 1996, p. 804)

La acción, que evidencia la utilización de la coacción, se representa por la conducta del sujeto activo que, abusando de su cargo y respecto a sus subalternos e incluso particulares, les impongan condiciones laborales evidentemente atentatorias, disponiendo “descuentos o multas u ordenen cambios de colocación o traslado de dichos subalternos o particulares dependientes, con el objeto de favorecer o perjudicar los resultados en favor o en contra de un determinado candidato” (Artículo 385, Ley Orgánica de Elecciones, 1997, Rescatado de <http://aceproject.org/ace-es/topics/lf/onePage>).

La motivación que orienta la acción y es fundamento del tipo subjetivo, está representada, por el animus de parte del agente, de orientar su acción a favorecer o perjudicar los resultados en favor o en contra de un determinado candidato, lo que lo representa como uno de tendencia interna trascendente. El agente obra guiado por una especial motivación subjetiva, que representa una voluntad a futuro, que no necesariamente ha de concretizarse, no siendo necesario que efectivamente se vulnere el proceso electoral. Lo único que se requiere es que dicha motivación esté presente en la subjetividad del agente y guie su acción, de lo contrario resultaría atípica.

El tipo permite la tentativa y la participación delictiva. Desde la óptica subjetiva, el tipo se representa como doloso.

La pena a imponerse es “privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de seis y pena no mayor de treinta días de multa, así como con pena accesoria de inhabilitación por igual tiempo al de la condena, de conformidad con los incisos 1), 2), 3) y 4)”. (Artículo 36, Código Penal)

6.10) Destrucción, impedimento u obstaculización de propaganda electoral

“Artículo 390 (LOE).- Son reprimidos con pena privativa de la libertad no mayor de seis meses y pena de multa no menor del diez por ciento del ingreso mínimo vital multiplicado por treinta días de multa más pena accesorio de inhabilitación, por igual tiempo que el de la condena, de conformidad con los incisos 1), 2), 3), 4) y 8) del artículo 36 del Código Penal:

b) Aquél que destruya, en todo o en parte, impida u obstaculice la propaganda electoral de un candidato o partido; además sufre pena de multa, por el importe del diez por ciento del ingreso diario del condenado, multiplicado por treinta días de multa, de conformidad con los artículos 41 al 44 del Código Penal. Las mismas penas se imponen a los instigadores”.

Al respecto, cabe todo lo manifestado al tratar los temas de la participación política y la propaganda electoral, relevando su importancia como medio lícito, para comunicar al ciudadano las propuestas políticas de las diferentes corrientes políticas en contienda electoral.

Justamente lo ilícito se manifiesta en la acción intencional (comisiva), del agente, que atenta contra este medio de promoción y conocimiento público, adoptando dos modalidades de acción: destruyendo (en todo o en parte: rompe, quema, etc.) o impidiendo u obstaculizando la propaganda electoral de un candidato o partido (no deja pegarlos, los despegas, los pinta de negro, los ensucia, los tergiversa, sobrepone otros afiches, etc.).

El sujeto activo es genérico, puede ser incluso militar, policía, servidor o funcionario público (presentándose en estos casos las agravantes respectivas). Sujeto pasivo lo será la persona afectada en su derecho de participación política, el partido y la agrupación política cuya propaganda se afectó.

El tipo admite la tentativa, la participación y se representa eminentemente doloso.

La pena a imponerse es “pena privativa de la libertad no mayor de seis meses y pena de multa no menor del diez por ciento del ingreso mínimo vital multiplicado por treinta días de multa (aunque el término requiere mayor precisión), más pena accesoria de inhabilitación, por igual tiempo que el de la condena, de conformidad con los incisos 1), 2), 3), 4) y 8)”. (Artículo 36, Código Penal)

Adicionalmente, se impondrá pena de multa, por el importe del diez por ciento del ingreso diario del condenado, multiplicado por treinta días de multa, de conformidad con los artículos 41 al 44 del Código Penal. Las mismas penas se imponen a los instigadores (el candidato opositor que mediante dinero induce a los agentes, a pintarrajear los afiches de propaganda de su contendor político).

6.11) Incumplimiento de remisión de material electoral por parte de presidente de mesa de sufragio

“Artículo 384 (LOE).- Son reprimidos con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres años:

a) Los Presidentes de las Mesas de Sufragios que no cumplan con remitir las ánforas o las Actas Electorales. Además sufren pena accesoria de inhabilitación por igual tiempo al de la condena, conforme a los incisos 1), 2), 3), 4) y 8) del artículo 36 del Código Penal. Las mismas penas sufren los participantes en el antes indicado delito”.

La obligación cívico-jurídica de cumplir con las funciones propias de miembro de la “mesa electoral”, involucra una serie de actos que tienen que ver con la recepción del

material electoral, su revisión y verificación, la instalación de la mesa, la recepción del sufragio, el escrutinio y fundamentalmente la remisión del acta electoral, que contiene el resultado de la votación de la mesa, que será adicionado al cómputo total, que al final arrojará el resultado final de la elección. De ahí su fundamental papel.

Así lo antijurídico radica en la conducta del agente, que siendo específico (sólo puede serlo el presidente de la mesa; sea el designado o el que asumió dicha función), que intencionalmente (la figura culposa resulta atípica) incumpla su función de remitir al órgano electoral, las ánforas o las actas electorales, conforme a la ley electoral.

El tipo admite la tentativa. En cuanto a la participación, ello no es verificable debido a la exigencia de sujeto activo cualificado (el presidente de la específica mesa de votación). Cuando la ley hace mención a "los participantes en el antes indicado delito", hace referencia a la determinación legal de imponer penas similares a las del autor, a los terceros (extraneus), que de alguna manera hayan colaborado en el delito propio del sujeto activo (intraneus).

Desde la perspectiva típica subjetiva, la acción se representa eminentemente dolosa.

La pena a imponerse es privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres años. Además se impondrá pena accesorio de inhabilitación por igual tiempo al de la condena, conforme a los incisos 1), 2), 3), 4) y 8) del artículo 36 del Código Penal.

Las mismas penas sufren los participantes en el antes indicado delito.

6.12) Detención o retardo del transporte de material electoral o comunicaciones oficiales

“Artículo 383 (LOE).- Es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de tres años:

d) Los empleados de Correos y en general toda persona que detenga o demore por cualquier medio, los servicios de correos, telégrafos o mensajeros que transporten o conduzcan ánforas, elementos o comunicaciones oficiales referentes a un proceso electoral”.

“La legislación vigente nos indica que los materiales electorales son diseñados y producidos por la ONPE, siendo propiedad de esta organización. Su uso es exclusivo para un proceso electoral en particular, quedando prohibido su ulterior empleo salvo que, por su naturaleza, puedan volver a ser utilizados.

El material electoral es distribuido por la ONPE a cada una de las ODPES (Oficinas Descentralizadas de Procesos Electorales), dentro de los treinta días naturales anteriores a la elección. Estas a su vez, desarrollan una operación logística, previamente planificada y aprobada, para asegurar que lleguen oportunamente a cada una de las localidades donde se realizará la elección, teniendo como usuario final a los miembros de mesa.

Según el momento en que estos materiales son utilizados, se pueden establecer dos tipos claramente diferenciados”. (Rescatado de: <http://www.onpe.gob.pe>)

a) Materiales para la instalación de las mesas y desarrollo del acto de sufragio: constituido por el tríptico informativo de "como funciona la Mesa de Sufragio", la cartilla de instrucciones para miembros de mesa y personeros, carteles informativos, cédulas de sufragio (denominadas boletas, ballots, tarjetones o papeles de sufragio), el acta padrón, hologramas, constancia de asistencia al sufragio, etiquetas autoadhesivas para cierre de cédulas, sobres de impugnación, ánforas, tinta indeleble y cabina de votación.

b) Materiales empleados durante el acto de escrutinio: etiquetas autoadhesivas para protección de actas de escrutinio, hojas de observación o reclamo al escrutinio, sobre para el envío de actas al JNE, ONPE, JEE, ODPE, conjunto de agrupaciones políticas y F.F.A.A. y carteles de resultados.

“Las actas padrón son documentos integrales que contienen, aparte del acta electoral, una serie de formatos de uso imprescindible en la mesa de sufragio. Existe una acta padrón por mesa y los materiales que la componen son los siguientes” (Cáceres, ONPE, p. 26):

El acta electoral: la cual consta de tres partes o secciones: Acta de instalación, acta de sufragio y acta de escrutinio. **El acta padrón:** que contiene los siguientes formatos y documentos: carteles con el número de mesa y datos de los ciudadanos sorteados como miembros de mesa; hoja de control de asistencia de miembros de Mesa; hoja de registro de personeros; relación de electores y hoja borrador del acta de escrutinio.

“Lo antijurídico de la acción se representa por la conducta del agente, que detenga o demore por cualquier medio, los servicios de correos, telégrafos o mensajeros que transporten o conduzcan ánforas, elementos o comunicaciones oficiales referentes a un proceso electoral” (Hugo, Derecho penal IV, p. 36). Ello podría afectar directamente el proceso electoral.

El sujeto activo es genérico. El sujeto pasivo es el Estado representado por la ONPE. El tipo admite la participación y la tentativa. Asimismo se representa como eminentemente doloso.

La pena aplicable es privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de tres años:

6.13) Violación del secreto de comunicaciones oficiales y ánforas electorales

“Artículo 383 (LOE).- Es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de tres años:

e) Toda persona que viole los sellos, precintos, envolturas o cerraduras de las ánforas utilizadas para el acto electoral, o quien viole las comunicaciones oficiales expedidas por los órganos del Sistema Electoral o la que, suplantando a estos, remita comunicaciones, o sustituya votos que hayan sido impugnados. Si el culpable es funcionario o empleado público, además de la pena indicada sufrirá pena accesoria de inhabilitación por igual tiempo al de la condena de conformidad con los incisos 1), 2), 3), 4) y 8) del artículo 36 del Código Penal”.

El sujeto activo es genérico, pueden serlo incluso los miembros de las fuerzas armadas y policiales y los empleados y servidores públicos (caso en el cual se aplicarán las agravantes respectivas).

La acción, que es comisiva, implica la conducta del agente de violar los sellos, precintos, envolturas o cerraduras de las ánforas utilizadas para el acto electoral, o quien viole las comunicaciones oficiales expedidas por los órganos del Sistema Electoral o la que, suplantando a estos, remita comunicaciones, o sustituya votos que hayan sido impugnados. Lo que evidentemente pone en riesgo el resultado del proceso electoral.

El tipo admite la tentativa y la participación. Desde la perspectiva subjetiva se representa como doloso.

“La pena aplicable es pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de tres años. Si el culpable es funcionario o empleado público, además de la pena indicada sufrirá pena accesoria de inhabilitación por igual tiempo al de la condena de conformidad con los incisos 1), 2), 3), 4) y 8)”. (Artículo 36, Código Penal)

6.14) Omisión injustificada a integrar jurado electoral

“Artículo 391.- Sufre la pena de multa cuyo importe no es menor del veinticinco por ciento del ingreso mínimo vital, con una duración de sesenta días, multa de conformidad con los artículos 41 al 44 del Código Penal, y la pena accesoria de inhabilitación, prevista en los incisos 1),2),3),4) y 8) del artículo 36 del Código Penal por el tiempo de la pena principal, el ciudadano que injustificadamente se abstenga de integrar un jurado electoral”.

Conforme a la ley electoral (LOE), “los Jurados Electorales Especiales son órganos de carácter temporal creados para cada proceso electoral o consulta popular”. (Art. 44)

Los Jurados Electorales Especiales están constituidos por tres miembros: “a) Un miembro nombrado por la Corte Superior bajo cuya circunscripción se encuentra la sede del Jurado Electoral Especial, elegido entre sus magistrados jubilados y en actividad. El magistrado nombrado preside el Jurado Electoral Especial; b) Dos miembros designados por el Jurado Nacional de Elecciones mediante sorteo en acto público de una lista de veinticinco ciudadanos que residan en la sede del Jurado Electoral Especial y que se encuentren inscritos en el RENIEC. Dicha lista es elaborada mediante selección aleatoria sobre la base computarizada de los ciudadanos de mayor grado de instrucción en cada circunscripción electoral”. (Art. 45).

Tal designación constituye una obligación jurídica, ante cuya omisión se presenta lo ilícito (tipo de omisión propia). El sujeto activo es específico, se trata de los ciudadanos

designados conforme a ley, para integrar los Jurados Electorales Especiales. El sujeto pasivo es el Estado.

La acción, que es comisiva, se representa por la conducta del agente, que intencional e injustificadamente omite su obligación legal cívica. El tipo es eminentemente doloso. No obstante ello, de conformidad con los principios de mínima intervención y ultima ratio, nos parece que no hay mérito para la constitución como delito de este comportamiento, siendo suficiente el derecho administrativo sancionador.

La pena aplicable es multa, cuyo importe no es menor del veinticinco por ciento del ingreso mínimo vital, con una duración de sesenta días, multa de conformidad con los artículos 41 al 44 del Código Penal, y la pena accesoria de inhabilitación, prevista en los incisos 1),2),3),4) y 8) del artículo 36 del Código Penal por el tiempo de la pena principal,

6.15) Omisión injustificada a instalación de mesa de sufragio

“Artículo 392.- Sufre pena de multa cuyo importe no es menor del cincuenta por ciento del ingreso mínimo vital, con una duración de quince días, de conformidad con los artículos 41 al 44 del Código Penal, el ciudadano que habiendo salido sorteado para integrar una mesa de sufragio no concurra a su instalación”.

Se trata al igual que en el caso anterior, del flagrante e intencional incumplimiento de funciones electorales.

En todo colegio electoral debe haber como mínimo una mesa integrada por tres miembros, a los que corresponde presidir y dirigir el acto de la votación: La mesa electoral está integrada por un presidente y dos vocales, que son elegidos por sorteo de entre los electores hábiles y con mayor grado de educación que integran el conjunto de los electores inscritos que corresponden a la mesa.

Debido a la naturaleza obligatoria del sufragio en nuestro sistema, la participación como miembro de mesa constituye un deber cívico y una auténtica obligación legal, por lo que su incumplimiento es pasible de sanción penal. No obstante ello, de conformidad con los principios de mínima intervención y ultima ratio, nos parece que no hay mérito para la constitución como delito de este comportamiento, siendo suficiente el derecho administrativo sancionador.

Se trata de un tipo de omisión propia, cuya materialidad está representada por la conducta del agente que habiendo salido sorteado para integrar una mesa de sufragio no concurra injustificadamente a su instalación, con lo que indirectamente pone en riesgo el correcto desarrollo del acto eleccionario (al respecto, existe un trámite administrativo de dispensa).

Dentro de las garantías que la ley electoral establece, se dispone que “los miembros titulares y suplentes de las mesas de sufragio, no pueden ser apresados por ninguna autoridad desde veinticuatro horas antes, hasta veinticuatro horas después de las elecciones, salvo caso de flagrante delito” (Art. 342 L.O.E.).

El sujeto activo así, se representa como cualificado.

El derecho comparado nos permite apreciar tipificaciones similares. Así, “el artículo 242 de la Ley Federal Mexicana de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales, prevé la imposición de la pena de prisión de hasta un año o suspensión de derechos políticos hasta por un año asimismo, a quien se niegue a desempeñar las funciones electorales que le sean encomendadas. Igualmente la Ley Electoral Portuguesa (Art. 164) sanciona a quien, habiendo de formar parte de la Mesa de la asamblea electoral, sin motivo justificado, no asuma o abandone esas funciones”. (Diccionario electoral IIDH, 1988, p. 198)

“También el Código Electoral de Costa Rica (Art. 152.g) sanciona con la pena de inhabilitación absoluta a los electores que, habiendo sido designados para formar parte del Tribunal Supremo de Elecciones o de una Junta Receptora, no se apersonen sin que haya justa causa, para el oportuno juramento después de haber sido requeridos a ese efecto por una vez. Asimismo, el Código Electoral Argentino (Art. 132) penaliza con prisión de seis meses a dos años a los funcionarios creados por la propia ley y a los electores designados para el desempeño de funciones que sin causa justificada dejen de concurrir al lugar donde deban cumplirlas o hicieren abandono de ellas”. (Diccionario electoral IIDH, 1988, p. 198)

La Ley Orgánica Electoral Española, en su artículo 143, “prescribe que el presidente y los vocales de las Mesas Electorales, así como sus respectivos suplentes, que dejen de concurrir a desempeñar sus funciones, las abandonen sin causa legítima o incumplan sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que les impone la propia Ley, incurrirán en la pena de arresto mayor y multa”. (Diccionario electoral IIDH, 1988, p. 198).

El tipo se revela como eminentemente doloso.

La pena a imponerse es “de multa, cuyo importe no es menor del cincuenta por ciento del ingreso mínimo vital, con una duración de quince días, de conformidad con los artículos 41 al 44 del Código Penal, el ciudadano que habiendo salido sorteado para integrar una mesa de sufragio no concurra a su instalación”. (Artículo N° 392, Ley Orgánica de Elecciones, (LEY N.° 26859).

6.16) Impedimento de designación para integrar Jurado Electoral

“Artículo 387 (LOE).- Es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos años, ni mayor de cinco aquél que impida, por cualquier medio, que un ciudadano pueda ser designado para integrar un Jurado Electoral Especial”.

El sujeto activo es genérico, pueden serlo incluso los miembros de las fuerzas armadas y la policía nacional y los funcionarios o servidores públicos (con las agravantes de ley).

La acción, que puede revestir modalidades defraudatorias o coactivas (engaño, o amenaza), se representa por la conducta del agente que, utilizando cualquier medio impida que un ciudadano pueda ser designado para integrar un Jurado Electoral Especial (denuncias falsas, tachas maliciosas, etc.).

Dentro de las garantías que la ley electoral establece, se dispone que los miembros de los Jurados Electorales Especiales y los de las mesas de sufragio, actúan con entera independencia de toda autoridad y no están obligados a obedecer orden alguna que les impida el ejercicio de sus funciones (Art. 341 L.O.E.).

Desde la óptica subjetiva, el tipo es eminentemente doloso.

La pena aplicable es privativa de la libertad no menor de dos años, ni mayor de cinco años.

6.17) Suplantación o integración ilegal de Jurado Electoral

“Artículo 383 (LOE).- Es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de tres años”:

“a) Aquél que integra un Jurado Electoral estando impedido de hacerlo, o suplanta a quien corresponde integrarlo, o utiliza su nombre para efectuar despachos o comunicaciones”.

El sujeto activo es genérico, pueden serlo incluso los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y los funcionarios o servidores públicos (con las agravantes de ley).

La acción típica implica tres conductas en el agente:

a) Integrar un Jurado Electoral estando impedido de hacerlo (se presenta así la característica en blanco del tipo, que reclama para su constitución, la observancia de las normas electorales de la materia (L.O.E.), que determinan las condiciones formales para integrar un Jurado Electoral Especial);

b) Suplantar a quien corresponde integrarlo; y,

c) Utilizar el nombre del titular para efectuar despachos o comunicaciones. Estas acciones evidentemente perjudican el normal desarrollo del proceso electoral.

Desde la óptica del tipo subjetivo, el tipo es eminentemente doloso.

La pena a imponerse es privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de tres años:

6.18) Coacción o instigación para suplantar a miembro de jurado electoral

“Artículo 383 (LOE).- Es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de tres años”:

“b) Aquél que instiga a otro a suplantar a un miembro de un Jurado Electoral, o lo obliga a ello mediante violencia o soborno”.

El sujeto activo es genérico, pueden serlo incluso los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y los funcionarios o servidores públicos (con las agravantes de ley, Art. 46-A C.P.).

A diferencia del caso anterior, el tipo hace referencia al tercero que instiga a otro a suplantar a un miembro de un Jurado Electoral, o lo obliga a ello mediante violencia o soborno (prebenda económica).

“En este supuesto, el agente utiliza como medio para la suplantación, el despliegue de su propia fuerza física o material, contra el cuerpo de su víctima. El concepto jurídico de violencia, conocida ya por el derecho romano como vis absoluta o vis corporalis, involucra, como indica Roy Freyre, que el agente actué físicamente sobre el soma de la víctima con la finalidad de obligarle a permitir lo que su voluntad no desea”. (1983, p. 76)

En la hipótesis legal que estudiamos, la violencia consiste en el empleo de medios materiales para anular o quebrantar la resistencia que ha sido ofrecida por la víctima o para evitar una resistencia que se esperaba, obligándola de esta manera a suplantar a un miembro de un Jurado Electoral.

“No es cualquier violencia la que requiere el precepto que comentamos, debe ser de cierta intensidad y amenaza para la vida o salud de las personas”. (Peña Cabrera 1995 p. 149) En lo que respecta al nivel cuantitativo que debe alcanzar la violencia, para constituir el delito, nos refiere Muñoz Conde (1996, p. 340), hay que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, la fuerza física que haya que desplegar. En atención a lo dicho, es necesario apreciar que la violencia ha de tener una adecuada potencialidad,

que lleve aparejada cierta eficacia sobre el sujeto pasivo, debiendo ser suficiente su intensidad para quebrantar la mínima oposición.

“La amenaza constituye el sucedáneo psicológico de la violencia física. Esta *violencia moral* era conocida en el derecho romano como vis compulsiva. La amenaza, desde la perspectiva típica, se constituye en un anuncio del propósito de causar un mal inminente, capaz de poner en peligro la vida o integridad física de la víctima, violencia, que a decir de Antón Vives, se constituye en el medio capaz de vencer la voluntad contraria del sujeto contra el que se dirige, y provocar inmediatamente el fin propuesto por el autor”. (1990, p. 827)

“Esta forma de coacción es fundamentalmente subjetiva, y está dirigida directa e intencionalmente a quebrantar la voluntad de la víctima. Tiene como características la de ser: determinada, considerable, seria, posible e inminente. Sin embargo, la gravedad de la amenaza debe entenderse en un sentido muy relativo. Su mayor o menor trascendencia depende de factores variables relacionados con el sexo, con la edad, con la psicología de la víctima y que el buen sentido prescribe se dejen librados a la soberana apreciación de los Tribunales”. (Roy Freyre 1983, p. 121)

La instigación se origina cuando una persona induce a otra a la realización de un hecho delictuoso. Hace nacer en otra persona la idea de delinquir o determinar dolosamente a otros para que realicen el injusto, sin que el instigador lleve a cabo el hecho delictivo, porque de lo contrario sería autor. La instigación es accesoria por lo que debe depender de un delito principal. El inductor genera la idea de la comisión dolosa de un delito, cometido por el autor; sin embargo no es necesario que aquél origine el plan del hecho, no basta el consejo o una simple deliberación de ideas hacia el autor, es necesario que la actuación debe ser una *conditio sine quanon* de la resolución delictiva, caso contrario no se dará este grado de participación.

Por otro lado, la inducción debe ser directa, eficaz, es decir debe tener suficiente entidad o fuerza para que el inducido decida cometer el delito y debe comenzar por lo

menos con la ejecución del mismo. Se puede decir también, que la instigación consiste en determinar dolosamente en otro, el hecho antijurídico: el que instiga se limita a provocar en el autor la resolución delictiva pese a que no tiene el dominio del hecho mismo.

En nuestra normatividad penal se encuentra tipificada este grado de participación en el Artículo 24, el cual a la letra prescribe: “El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido a la pena que corresponde al autor”.

El tipo es eminentemente doloso.

La pena aplicable es privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de tres años.

6.19) Actos de falsificación o destrucción de material electoral tendientes a dificultar la elección o falsear su resultado

“Artículo 359 (CP).- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años el que, con propósito de impedir o alterar el resultado de un proceso electoral, realiza cualquiera de las acciones siguientes:

2. Falsifica o destruye de cualquier modo, en todo o en parte un registro electoral, libretas electorales o actas de escrutinio u oculta, retiene o hace desaparecer los documentos mencionados, de manera que el hecho pueda dificultar la elección o falsear su resultado”.

El sujeto activo es genérico, pueden serlo incluso los miembros de las fuerzas armadas y la policía nacional y los funcionarios o servidores públicos (con las agravantes de ley). Sujeto pasivo es el Estado.

La acción típica está representada por la conducta del agente, que motivado por la intención de impedir o alterar el resultado de un proceso electoral (dolo específico), realiza cualquiera de las acciones siguientes: Falsifica (modificación ilegal) o destruye de cualquier modo, en todo o en parte un registro electoral, libretas electorales (DNI) o actas de escrutinio u oculta, retiene o hace desaparecer los documentos mencionados, de manera que el hecho pueda dificultar la elección o falsear su resultado (determinación normativa del tipo que introduce una condición objetiva de punibilidad).

La motivación que orienta la acción y es fundamento del tipo subjetivo, está representada, por el animus de parte del agente de orientar su acción a impedir o alterar un proceso electoral, lo que lo representa como uno de tendencia interna trascendente. El agente obra guiado por una especial motivación subjetiva, que representa una voluntad a futuro, que no necesariamente ha de concretizarse, no siendo necesario que efectivamente se vulnere el proceso electoral. Lo único que se requiere es que dicha motivación esté presente en la subjetividad del agente y guie su acción, de lo contrario resultaría atípica.

La pena a imponerse es privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años

6.20) Sustracción, destrucción o sustitución de cédulas sufragadas

“Artículo 359 (CP).- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años el que, con propósito de impedir o alterar el resultado de un proceso electoral, realiza cualquiera de las acciones siguientes:

4. Sustraer, destruye o sustituye cédulas de sufragio que fueron depositadas por los electores”.

El sujeto activo es genérico, pueden serlo incluso los miembros de las fuerzas armadas y la policía nacional y los funcionarios o servidores públicos (con las agravantes de ley). Sujeto pasivo es el Estado.

La acción típica se encuentra representada por la conducta del agente, que motivada por la intención de impedir o alterar el resultado de un proceso electoral, realiza cualquiera de las acciones siguientes: Sustrae, destruye o sustituye cédulas de sufragio que fueron depositadas por los electores (en este caso se trata de cédulas que válidamente contienen la expresión libre del sufragio popular y antes de ser escrutadas).

La motivación que orienta la acción y es fundamento del tipo subjetivo, está representada, por el animus de parte del agente de orientar su acción a impedir o alterar un proceso electoral, lo que lo representa como uno de tendencia interna trascendente. El agente obra guiado por una especial motivación subjetiva, que representa una voluntad a futuro, que no necesariamente ha de concretizarse, no siendo necesario que efectivamente se vulnere el proceso electoral. Lo único que se requiere es que dicha motivación esté presente en la subjetividad del agente y guie su acción, de lo contrario resultaría atípica.

Un caso interesante se presentó cuando en un proceso electoral, muchos personeros de diferentes partidos políticos, reclamaron nulidad de elecciones y denunciaron fraude y responsabilidad penal, al observar que en varios locales de votación habían restos de cédulas quemadas o destruidas. Lo cierto es que no existió ilícito alguno, por cuanto resulta reglamentario el que, una vez finalizado el escrutinio, los miembros de mesa procedan a destruir las cédulas sufragadas.

La pena aplicable es pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

6.21) Recepción o rechazo indebido de voto

“Artículo 383 (LOE).- Es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de tres años:

c) El miembro de una Mesa de Sufragio que recibe el voto de persona no incluida en la lista de electores de la mesa o rechaza sin justa causa el voto de un elector incluido en dicha lista”.

El sujeto activo es específico, sólo puede ser el miembro de la mesa de sufragio.

Lo injusto se representa por el acto del agente que intencional e irregularmente, permite el voto de un sufragante, no incluido en la lista de electores (el tipo no señala un dolo específico, requiriéndose sólo el acto consciente. Incluso la buena fe de permitir a otra persona el votar para darle facilidades, etc.); o que en el caso contrario, sin mediar causa justa o reglamentaria, rechaza (como acto funcional) el voto de un elector, frustrando de esta manera su derecho de sufragio (P. Ej. cuando al apersonarse el miembro de mesa titular que no estuvo en la instalación de la mesa, no se le permite votar, o cuando el votante se muestra irrespetuoso al orden de la fila, etc.).

La pena aplicable es privativa de la libertad, no menor de seis meses ni mayor de tres años:

6.22) Recepción o rechazo injustificado de voto

“Artículo 359 (CP).- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años el que, con propósito de impedir o alterar el resultado de un proceso electoral, realiza cualquiera de las acciones siguientes”:

“6. Recibe, siendo miembro de una mesa de sufragio, el voto de un ciudadano no incluido en la lista de electores de esa mesa o rechaza injustificadamente el voto de un elector incluido en dicha lista”.

Como en el caso anterior, el sujeto activo es específico, sólo puede ser el miembro de la mesa de sufragio.

La acción típica, que es similar al caso anterior, y representa la ya criticada anomalía que hoy existe en nuestra legislación, se encuentra representada por la conducta del agente, que motivada por la intención de impedir o alterar el resultado de un proceso electoral, realiza cualquiera de las acciones siguientes: “Recibe, siendo miembro de una mesa de sufragio, el voto de un ciudadano no incluido en la lista de electores de esa mesa o rechaza injustificadamente el voto de un elector incluido en dicha lista”. (Código Penal, Art. 359, p. 212)

A diferencia del tipo prescrito en la L.O.E., en este supuesto, la motivación que orienta la acción y es fundamento del tipo subjetivo, está representada, por el animus de parte del agente de orientar su acción a impedir o alterar un proceso electoral, lo que lo representa como uno de tendencia interna trascendente. El agente obra guiado por una especial motivación subjetiva, que representa una voluntad a futuro, que no necesariamente ha de concretizarse, no siendo necesario que efectivamente se vulnere el proceso electoral. Lo único que se requiere es que dicha motivación esté presente en la subjetividad del agente y guie su acción, de lo contrario resultaría atípica.

La pena a imponerse es privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años

6.23) Votación fraudulenta

“Artículo 386 (LOE).- Es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años aquél que vota con Documento Nacional de Identificación ajeno o sin tener derecho de sufragio”.

Este tipo es conocido también como voto múltiple o ilegal

“El principio del sufragio universal e igualitario es uno de los rasgos característicos de todo sistema electoral democrático. De ahí que las leyes electorales sancionen las conductas que tienden a vulnerarlo, pudiendo provenir la conculcación, bien del voto múltiple, bien de la inscripción fraudulenta en una lista electoral o de la emisión asimismo fraudulenta del voto”. (Hugo Vizcardo 2014, p. 156)

En Código Electoral Francés (artículo 93), “castiga con pena de prisión de seis meses a dos años y multa al ciudadano que, aprovechándose de una inscripción múltiple, vote más de una vez”. La ley electoral del Reino Unido (Representation of the people act), considera culpable de delito a la persona que vote más de una vez en el mismo distrito en una elección parlamentaria. Y el artículo 48.1a, castiga a quien vote a sabiendas de que está sujeto a una inhabilitación legal para votar.

En México, “la Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales, sanciona con pena de prisión hasta de un año o suspensión de derechos políticos hasta por un año, o ambas a juicio del juez, a quien vote más de una vez”. (Art. 242)

También en Portugal la Ley Electoral (Art, 149), castiga el voto plural con pena de prisión. El artículo 153 del Código Electoral de Costa Rica sanciona con prisión de uno a seis meses no sólo a quien votare más de una vez en una elección, sino también a quien pretendiere hacerlo. Y en España, la ley de Régimen Electoral General, en su artículo 142, castiga con las penas de prisión menor en grado mínimo, inhabilitación especial y multa,

a quienes voten dos o más veces en la misma elección, o a quienes voten dolosamente si capacidad para hacerlo.

Sujeto activo lo podrá ser sólo quien tiene el derecho legítimo del sufragio. Sujeto pasivo es el Estado.

La acción, que es comisiva, representa la conducta intencional del agente que vota con Documento Nacional de Identificación ajeno o sin tener derecho de sufragio.

El tipo es eminentemente doloso.

La pena conminada es privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años.

6.24) Violación del secreto del voto

“Artículo 358 (CP).- El elector que da a publicidad el sentido de su voto en el acto electoral, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

Artículo 382 (LOE).- Son reprimidos con pena privativa de la libertad no menor de un mes ni mayor de un año:

b) Aquél que trate de conocer el voto de un elector o de obligarlo a votar por determinado candidato u obstruya el desarrollo de los actos electorales, o provoque desórdenes durante éstos”.

El secreto del voto es una de las garantías imprescindibles con las que se trata de salvaguardar su libre emisión. De ahí que las leyes electorales sancionen aquellos actos orientados a conculcar ese secreto.

El artículo 141 del Código Electoral Nacional argentino castiga con la pena de prisión de tres meses a tres años, al que utilizare medios tendientes a violar el secreto del sufragio. También el artículo 153 del Código Electoral de la República de Costa Rica, sanciona con la pena de prisión de uno a seis meses a quien violare por cualquier medio el secreto ajeno. Y en análogo sentido se orienta el artículo 151 de la Ley Electoral portuguesa.

También no sólo se tipifica la vulneración del secreto del voto ajeno, sino también la revelación del propio voto, así, el artículo 142 del Código Electoral Nacional argentino impone la pena de prisión de uno a dieciocho meses al elector que revelare su voto en el momento de emitirlo. Y otro tanto sucede con el artículo 153.g) del Código Electoral de Costa Rica, que sanciona al que, con su firma o de otro modo inequívoco, marcara su voto para hacerlo identificable, lo que entraña obviamente la ruptura del carácter secreto del propio voto.

El sujeto activo es genérico, inclusive lo será el mismo elector.

Conforme a la duplicidad de tipos ya criticada, la acción se representa bajo las siguientes modalidades:

a) Cuando el elector da a publicidad (de motu propio o coaccionado, violentado e incluso engañado) el sentido de su voto en el acto electoral (lo que evidentemente coadyuva al desorden y la afectación del normal desarrollo del acto electoral), en cuyo caso será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año, o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas (conforme al tipo contenido en el artículo 358 del C.P.).

b) Cuando el agente (que puede ser cualquiera), por medio de la violencia, coacción o fraude, “trate de conocer el voto de un elector o de obligarlo a votar por determinado candidato u obstruya el desarrollo de los actos electorales, o provoque desórdenes durante éstos. En este caso la pena será pena privativa de la libertad no menor de un mes ni mayor de un año”. (Conforme al tipo contenido en el artículo 382 LOE):

Los tipos descritos son eminentemente dolosos

6.25) Despojo o retención indebida de documento de votación

“Artículo 359 (CP).- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años el que, con propósito de impedir o alterar el resultado de un proceso electoral, realiza cualquiera de las acciones siguientes”:

7. Despoja a un ciudadano, indebidamente, de su libreta electoral o la retiene con el propósito de impedirle que sufrague.

Artículo 384 (LOE).- Son reprimidos con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres años:

“c) Aquél que injustificadamente despoja a una persona de su Documento Nacional de Identificación o lo retiene con el propósito de impedir que el elector concurra a votar. Si el que delinque es funcionario, empleado público o miembro de las Fuerzas Armadas, la pena es de prisión no menor de un año ni mayor de cuatro, con pena accesoria de inhabilitación por igual tiempo al de la condena, conforme a los incisos 1), 2), 3) 4) y 8) del artículo 36 del Código Penal”.

“Si el culpable fuese funcionario o empleado público, además de la pena indicada sufre pena accesoria de inhabilitación por igual tiempo al de la condena, de conformidad con los incisos 1), 2), 3) 4) y 8) del artículo 36 del Código Penal”.

El sujeto activo es genérico, pueden serlo incluso los miembros de las fuerzas armadas y la policía nacional y los funcionarios o servidores públicos (con las agravantes de ley). Sujeto pasivo es el Estado.

La duplicidad normativa obliga también a diferenciar la acción típica en las siguientes modalidades:

a) Despojar a un ciudadano, indebidamente, de su libreta electoral o la retenerla con el propósito de impedirle que sufrague. El tipo contenido en el artículo 359.7 del Código Penal reclama la presencia de un dolo directo, representado por el propósito de impedir o alterar el resultado de un proceso electoral. En este caso la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años

b) Despojar injustificadamente a una persona de su Documento Nacional de Identificación o retenerla con el propósito de impedir que el elector concurra a votar (dolo específico). En este caso, conforme a lo dispuesto por el artículo 384.c de la Ley Orgánica Electoral (LOE), la pena aplicable será pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres años: Si el que delinque es funcionario, empleado público o miembro de las Fuerzas Armadas, la pena es de prisión no menor de un año ni mayor de cuatro, con pena accesoria de inhabilitación por igual tiempo al de la condena, conforme a los incisos 1), 2), 3) 4) y 8) del artículo 36 del Código Penal.

En ambos supuestos la motivación que orienta la acción y es fundamento del tipo subjetivo, está representada, por el animus de parte del agente de orientar su acción a impedir o alterar un proceso electoral o impedir que el ciudadano ejerza su derecho a votar,

lo que los tipos se representan como de tendencia interna trascendente. El agente obra guiado por una especial motivación subjetiva, que representa una voluntad a futuro, que no necesariamente ha de concretizarse, no siendo necesario que efectivamente se vulnere el proceso electoral. Lo único que se requiere es que dicha motivación esté presente en la subjetividad del agente y guie su acción, de lo contrario resultaría atípica.

6.26) Agravante por la calidad personal del autor

“Artículo 360 (CP).- El funcionario o servidor público o miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional que incurra en uno de los delitos previstos en este Título sufrirá, además, inhabilitación de uno a tres años, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.

- 1) Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.
- 2) Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público”.

7) Actos destinados a impedir, perturbar o distorsionar el resultado electoral

7.1) Alteración del resultado electoral

“Artículo 359 (CP).- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años el que, con propósito de impedir o alterar el resultado de un proceso electoral, realiza cualquiera de las acciones siguientes:

5. Altera, de cualquier manera, el resultado de una elección o torna imposible la realización del escrutinio”.

El sujeto activo es genérico, pueden serlo incluso los miembros de las fuerzas armadas y la policía nacional y los funcionarios o servidores públicos (con las agravantes de ley). Sujeto pasivo es el Estado.

Finalizado el acto de sufragio, compete a los miembros de mesa, realizar el escrutinio final, que corresponde al conteo de los votos realizados, cuyo resultado se inserta en el acta final y es remitida a la autoridad electoral. El escrutinio así se constituye en pieza fundamental para conocer la verdadera voluntad popular expresada en las urnas. En tal sentido la acción típica en este caso, que es eminentemente dolosa, involucra la exigencia de una finalidad específica, representada por el propósito del agente, de impedir o alterar el resultado de un proceso electoral, realiza cualquiera de las acciones siguientes: Altera, de cualquier manera (mediante actos de violencia, coacción o fraude), el resultado de una elección o tornar imposible la realización del escrutinio (conteo de votos) como expresión de la objetivización del resultado electoral.

La motivación que orienta la acción y es fundamento del tipo subjetivo, está representada, por el animus de parte del agente de orientar su acción a impedir o alterar un proceso electoral, lo que lo representa como uno de tendencia interna trascendente. El agente obra guiado por una especial motivación subjetiva, que representa una voluntad a futuro, que no necesariamente ha de concretizarse, no siendo necesario que efectivamente se vulnere el proceso electoral. Lo único que se requiere es que dicha motivación esté presente en la subjetividad del agente y guie su acción, de lo contrario resultaría atípica.

La pena conminada es privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años

7.2) Sustracción, destrucción o sustitución de ánforas electorales

“Artículo 359 (CP).- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años el que, con propósito de impedir o alterar el resultado de un proceso electoral, realiza cualquiera de las acciones siguientes:

3. Sustraе, destruye o sustituye ánforas utilizadas en una elección antes de realizarse el escrutinio”.

El sujeto activo es genérico, pueden serlo incluso los miembros de las fuerzas armadas y la policía nacional y los funcionarios o servidores públicos (con las agravantes de ley). Sujeto pasivo es el Estado.

La acción típica también involucra la exigencia de un dolo específico, representado por el propósito del agente, de impedir o alterar el resultado de un proceso electoral, realizando cualquiera de las acciones siguientes: Sustraer, destruir o sustituir ánforas utilizadas en una elección antes de realizarse el escrutinio (ánforas que todavía contienen las cédulas de votación depositadas en el acto del sufragio).

La motivación que orienta la acción y es fundamento del tipo subjetivo, está representada, por el animus de parte del agente de orientar su acción a impedir o alterar un proceso electoral, lo que lo representa como uno de tendencia interna trascendente. El agente obra guiado por una especial motivación subjetiva, que representa una voluntad a futuro, que no necesariamente ha de concretizarse, no siendo necesario que efectivamente se vulnere el proceso electoral. Lo único que se requiere es que dicha motivación esté presente en la subjetividad del agente y guie su acción, de lo contrario resultaría atípica.

El tipo se manifiesta necesariamente doloso

La pena conminada es privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años

7.3) El delito informático electoral

Los problemas y carencias tradicionales que se presentan en todo proceso electoral, que en el caso nuestro es básicamente manual, como son la frondosa y hasta a veces exagerada utilización de formularios y actas, la demora en el cómputo final de votos propio del escrutinio, en los que hay que discriminar los votos válidos, viciados, nulos y en blanco; la posibilidad de incurrir en errores materiales en las actas; el exceso de despliegue logístico y personal de mesa de sufragio (que son muy reacios a participar), entre otras circunstancias que dificultan y hacen muy engorroso el proceso electoral y su resultado final, ha llevado a replantear el modelo de elecciones y atendiendo a la modernidad, surge la idea del “voto electrónico”.

Así, “la exigencia por producir transparencia, seguridad y disminución de los costos de los procesos electorales ha encontrado en la utilización de la tecnología un método que permite mejorar la realización de los procesos electorales”. (Yrribaren, Jorge, 2008, pág. 57) La expresión “automatización de los procesos electorales hace referencia a la aplicación de la tecnología de procesamiento automático, en sustitución del manual, de datos para garantizar la transparencia de las elecciones y acelerar aquellos procesos en los que se manejan grandes volúmenes de datos”. (Tuesta Soldevilla, 2004, pág. 56)

El voto electrónico, conocido también como voto informático, voto informatizado, voto telemático, tecnovoto, e-vote, e-poll, televoting, electrovoto, televote y voto automatizado es conceptualizado, como aquél que se realiza mediante una expresión de voluntad instrumentalizada mediante medios electrónicos, requiriéndose para ello la implementación de lo que se ha dado en denominar “urna electrónica”.

Como bien precisa Julio Téllez, es conveniente mencionar que “el voto electrónico en sentido amplio, es todo mecanismo de elección en el que se utilicen los medios electrónicos, o cualquier tecnología, en las distintas etapas del proceso. En sentido estricto, el voto electrónico es el acto preciso en el cual el emitente del voto deposita o expresa su voluntad a través de medios electrónicos”. (2010, p. 15) El voto electrónico es el conjunto de recursos de hardware integrados por la autoridad electoral para la recepción de la votación y concentración de resultados electorales, así como la evaluación desarrollo y auditabilidad de prototipos pragmáticos que se aplican antes, durante y después de la jornada electoral (Ob. Cit, p. 19).

La Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), engloba el concepto de voto electrónico en la instrumentalización de: “componentes de hardware y software, que permiten automatizar los procesos de comprobación de la identidad del elector, emisión del voto, conteo (escrutinio) de votos, emisión de reportes de resultados; así como de una red de comunicaciones para la transmisión y presentación de resultados de un proceso electoral”. (Rescatado de: <https://www.eleccionesenperu.com/actualidad-voto-electronico-peru-1.html>) Dentro del voto electrónico se pueden incluir diversas tecnologías propias de la informática y de las telecomunicaciones, como tarjetas perforadas, escáneres, casetas o puntos de votación; también puede referirse a la transmisión de papeletas y votos por vía telefónica, redes particulares integradas o por internet.

Nuestro país, a partir del 2005, ya ha ingresado en el campo de la votación electrónica, habiéndose realizado por parte de la ONPE, varios pilotos como antesala para la implementación gradual de la misma. Mediante la Ley N° 28581 (20-07-05), que establecía las normas que regirían para las elecciones generales del año 2006, en la primera disposición complementaria, referida a la “implementación del voto electrónico”, se dispuso lo siguiente:

“Autorizar a la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), la implementación progresiva y gradual del voto electrónico con medios electrónicos e informáticos o cualquier otra modalidad tecnológica que garantice la seguridad y confidencialidad de la votación, la identificación del elector, la integridad de los resultados y la transparencia en el proceso electoral”. (Primera disposición complementaria, Ley N° 28581)

Esta realidad, que constituye un avance fundamental en nuestro devenir histórico electoral, nos debe preparar para prevenir y eventualmente sancionar todo tipo de conductas que mediante la utilización de las tecnologías informáticas se vulnere la libertad de sufragio, distorsionando la verdadera voluntad popular. Aparece en consecuencia la idea del delito informático electoral.

“La utilización de computadoras, es decir, de sistemas informáticos incide fundamentalmente sobre el desarrollo social de cada país (ello en relación directa con el grado de desarrollo cultural y económico) (por ello se dice contemporáneamente que la lucha por el poder político y económico se trasladado del ámbito del control de las grandes energías al del dominio de la información).

Ello ha determinado, como contrapartida negativa, la aparición de actos vulnerantes o lesionantes contra los derechos que alrededor de la propiedad o utilización de los medios informáticos se han ido generando y que han fundamentado una nueva gama de bienes jurídicos a proteger. Aparece así la criminalidad por computadora o *delito informático (computer crime)*, que es definido como la realización de una acción que, reuniendo las características que delimitan el concepto de delito, sea llevada a cabo utilizando un elemento informático o vulnerando los derechos del titular de un elemento informático, ya sea de hardware o de software (Miguel Dávila 1993, p. 318). Conforme lo señala Tiedemann, con la expresión *criminalidad mediante computadoras* se

alude a todos los actos antijurídicos según la ley penal vigente (o socialmente perjudiciales y por eso penalizables en el futuro), realizados con el empleo de un equipo automático de procesamiento de datos" (1985, p. 122).

"Se trata de delitos instrumentados mediante el uso del computador. La Organización para la Cooperación económica y el desarrollo, ha definido al delito informático como cualquier conducta ilegal, no ética, o no autorizada que involucra el procesamiento de datos y/o la transmisión de datos.

Para Camacho, el delito informático es toda acción dolosa que provoca un perjuicio a persona o entidades, sin que necesariamente conlleve un beneficio material para su autor o que, por el contrario produce un beneficio ilícito a su autor aún cuando no perjudique de forma directa o inmediata a la víctima y en cuya comisión interviene necesariamente de forma activa dispositivos habitualmente utilizados en las actividades informáticas. Por su parte, Rafael Fernández Calvo define al delito informático como la realización de una acción que reuniendo las características que delimitan el concepto de delito, se ha llevado a cabo utilizando un elemento informático o telemático contra los derechos y libertades de los ciudadanos definidos en el título 1 de la Constitución Española.

Al respecto, es preciso tener en cuenta lo manifestado por Dávila, en el sentido de que generalmente concurren determinadas características comunes a todas las conductas catalogadas como delitos informáticos, que nos permiten clasificarlas de acuerdo con la función y actividad que se realiza para cometerlos. Estos delitos poseen unas especialidades que les hacen, en ocasiones más difíciles de detectar y, en otras, aún detectados, no son denunciados por múltiples razones, y aun siendo denunciados son difíciles de perseguir. Todos ellos centran su principal actividad en el acceso y/o la manipulación de datos -que se encuentran en soportes informáticos- o de programas de ordenador utilizados en su procesamiento" (1993, p. 322).

“Debido a su gran vastedad y especialidad, la tarea de tipificación de esta clase de delitos resulta una labor muy complicada, siendo necesario delimitar con mucha precisión las características adecuadas de la criminalización de estas conductas, y por sobre todo, el bien jurídico afectado, como base de la sistematización. Adicionalmente a ello debe encuadrarse la problemática de la prueba de la comisión de los delitos informáticos, con su descubrimiento y comprobación mediante la Auditoria Informática” (Falconí Pérez 1991, p. 253).

“En tal sentido, podemos apreciar que contemporáneamente el uso de las computadoras y su interconexión, ha dado lugar a un fenómeno de nuevas dimensiones: el delito instrumentado mediante el uso del computador (denominado *delito informático, delito electrónico, delito relacionado con las computadoras, crímenes por computadora o delincuencia relacionada con el ordenador*. Si bien no existe aún una medida exacta de la importancia de estas transgresiones, es probable que su incidencia se acentúe con la expansión del uso de computadoras y redes telemáticas. Los tipos penales tradicionales resultan en muchos países inadecuados para encuadrar las nuevas formas delictivas, tal como la interferencia en una red bancaria para obtener, mediante una orden electrónica, un libramiento ilegal de fondos o la destrucción de datos el tema plantea, además, complejos perfiles para el derecho internacional cuando el delito afecta a más de una jurisdicción nacional” (Carlos Correa y otros 1987, p. 295).

“Por ello bien dice Tiedemann que la tarea del derecho no es la de quedarse atado a viejas categorías teóricas que nada sirven sino más bien de adaptarse y proveerse de nuevas formas de prevención y protección a la sociedad. Es por ello que el Derecho penal debe revisarse así mismo, y encuadrarse en estas situaciones que protejan a las personas y no esconderse en lagunas legales que no ayudan a nadie”. (1999, p. 23).

“El Derecho penal debe también prevenir la comisión de este tipo de hechos que de ninguna manera pueden ser entendidos como errores involuntarios ya que son realizados por personas que generalmente están familiarizadas y se encuentran especializadas en el trabajo con computadoras y que fácilmente pueden conocer como entrar en los archivos de datos de cualquier individuo.

El Derecho penal debe resguardar los intereses de la sociedad, evitando manipulaciones computarizadas habituales o no, basadas en conocimiento de los objetos, programas, así como de algunas informaciones que extiendan y hagan imposible la detección de estos ilícitos (El desarrollo actual y moderno nos ha traído avances importantes para la humanidad, pero es penoso a su vez que vengan acompañados de hechos delictivos no deseados)”. (Hugo Silfredo)

En “atención a los vacíos legales existentes en esta materia tan especializada, es que mediante la disposición introducida por ley 27309 de fecha 17 de julio del 2000, se modifica el Título V, del Libro Segundo del C. P., insertando un nuevo capítulo”. (Capítulo X), denominado "Delitos Informáticos", que sólo tipificaron un sector parcial de este género delictivo, orientado específicamente al ámbito patrimonial; por lo que debió denominárseles con más propiedad: “delitos informáticos patrimoniales”. Se tipificaron formas intrusistas motivadas por el espíritu aventurero (intrusismo básico), la intención de obtener beneficios económicos (fraude informático) o producir daño (sabotaje informático).

Posteriormente, en “un desenlace accidentado, ya que el proyecto de Ley original (proyecto Beingolea) fue abruptamente cambiado en su esencia, el Pleno del Congreso de la República, en la sesión del 12 de setiembre de 2013, aprobó (por unanimidad) la Ley N° 30096, publicada el 22 de Octubre de 2013 en el Diario Oficial El Peruano. Dicha Ley, que básicamente sigue los postulados del Convenio de Budapest, introduce en nuestro sistema punitivo los denominados *Delitos informáticos*. Declarativamente, la ley tiene por objeto prevenir y sancionar las conductas ilícitas que afectan los sistemas y datos

informáticos y otros bienes jurídicos de relevancia penal, cometidas mediante la utilización de tecnologías de la información o de la comunicación, con la finalidad de garantizar la lucha eficaz contra la ciberdelincuencia”. (Art. 1).

En este contexto, introduce, en sus diferentes capítulos, la siguiente sistemática: CAPÍTULO II: Delitos contra datos y sistemas informáticos: Artículo 2. Acceso ilícito; Artículo 3. Atentado contra la integridad de datos informáticos; Artículo 4. Atentado contra la integridad de sistemas informáticos. CAPÍTULO III: Delitos informáticos contra la indemnidad y libertad sexuales: Artículo 5. Propositiones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos. CAPÍTULO IV: Delitos informáticos contra la intimidad y el secreto de las comunicaciones: Artículo 6. Tráfico ilegal de datos; Artículo 7. Interceptación de datos informáticos. CAPÍTULO V: Delitos informáticos contra el patrimonio: Artículo 8. Fraude informático. CAPÍTULO VI: Delitos informáticos contra la fe pública: Artículo 9. Suplantación de identidad. CAPÍTULO VII: Disposiciones comunes a los delitos informáticos: Artículo 10. Abuso de mecanismos y dispositivos informáticos; Artículo 11. Agravantes

En consecuencia, el sistema no ha previsto la tipificación de los “delitos informáticos electorales, que a decir de Romero Flores, constituyen la fusión de tipos penales informáticos y delitos de orden comicial, que al integrarse en un tipo penal nuevo se definirían como “actos ilícitos u omisiones a través de medios informáticos que inciden en materia electoral. Son actos que mediante tecnología informática vulneran la libertad de sufragio y como consecuencia lógica tipifican los resultados electorales que inciden en la validez de los actos electorales (2010, p. 112).

“Conforme a la definición genérica de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo, delito informático (*computercrime*) es *cualquier conducta ilegal, no ética, o no autorizada que involucra el procesamiento automático de datos y/o la transmisión de datos*. Estos delitos, conforme a Sieber, pueden ser clasificados en

diversas categorías, que el legislador peruano deberá tener en cuenta para construir un adecuado sistema punitivo preventivo, que proteja adecuadamente la transparencia y legalidad del sufragio, ante el riesgo electrónico”:

- “a) Fraude por manipulaciones de un computador contra un sistema de procesamiento de datos;
- b) Espionaje informático y robo de software;
- c) Sabotaje informático;
- d) Robo de servicios;
- e) Acceso no autorizado a sistemas de procesamiento de datos; y,
- f) Ofensas tradicionales en los negocios asistidos por computador”.

Por otro lado (en su clasificación), los tipos de delitos informáticos reconocidos por Naciones Unidas son:

- 1) Fraudes cometidos mediante manipulación de computadoras:

“a) Manipulación de los datos de entrada.- Este tipo de fraude informático, conocido también como sustracción de datos, representa el delito informático más común ya que es fácil de cometer y difícil de descubrir . Este delito no requiere conocimientos técnicos de informática y puede realizarlo cualquier persona que tenga acceso a las funciones normales del procesamiento de datos en la fase de adquisición de los mismos”.

“b) Manipulación de programas.- Es muy difícil de descubrir y a menudo pasa inadvertida debido a que el agente debe tener conocimientos técnicos concretos de informática. Este delito consiste en modificar los programas existentes en el sistema de computadoras o en insertar nuevos programas o nuevas rutinas. Un método común utilizado es el denominado *Caballo de Troya*, que consiste en insertar instrucciones de computadora de forma encubierta en un programa informático, para que pueda realizar una función no autorizada al mismo tiempo que su función normal”.

“c) Manipulación de los datos de salida.- **Se efectúa fijando un objetivo al funcionamiento del sistema informático”.**

“d) Manipulación informática.- Aprovecha las repeticiones automáticas de los procesos de cómputo. Es una técnica especializada que se denomina *técnica salami* o *técnica del salchichón*, en la que *rodajas muy finas*, apenas perceptibles de transacciones financieras, se van sacando repetida y automáticamente de una cuenta y se transfieren a otra”.

2) Falsificaciones informáticas:

a) Como objeto.- Cuando se alteran datos de los documentos almacenados en forma computarizada.

b) Como instrumento.- Las computadoras pueden utilizarse también para efectuar falsificaciones de documentos de todo uso.

3) Daños o modificaciones de programas o datos computarizados:

a) Sabotaje informático.- Es el acto de borrar, suprimir o modificar sin autorización funciones o datos de computadora con intención de obstaculizar el funcionamiento normal del sistema. Las técnicas que permiten cometer sabotajes informáticos son: *virus*, *gusanos* o *bomba lógica o cronológica*.

b) Acceso no autorizado a servicios y sistemas informáticos.- Ello por diversos motivos; desde la simple curiosidad, como en el caso de muchos piratas informáticos (hackers) hasta el sabotaje o espionaje informático. El acceso se efectúa a menudo desde un lugar exterior, situado en la red de telecomunicaciones recurriendo a diversos medios. El delincuente puede aprovechar la falta de rigor de las medidas de seguridad para obtener acceso o puede descubrir deficiencias en las medidas vigentes de seguridad o en los procedimientos del sistema. A menudo, los piratas informáticos se hacen pasar por usuarios legítimos del sistema; esto suele suceder con frecuencia en los

sistemas en los que los usuarios pueden emplear contraseñas comunes o contraseñas de mantenimiento que están en el propio sistema.

c) Reproducción no autorizada de programas.- Esta puede entrañar una pérdida económica sustancial para los propietarios legítimos. El problema ha alcanzado dimensiones transnacionales con el tráfico de esas reproducciones no autorizadas a través de las redes de telecomunicaciones modernas". (Hugo Silfredo, p.)

8) Consecuencias derivadas de la omisión de la obligatoriedad del sufragio

Como es sabido, el sufragio puede ser meramente voluntario u obligatorio, esto es, puede considerarse como un derecho, pero también sin dejar de ser derecho como una obligación.

El sistema peruano lo determina obligatorio, sancionando la omisión del sufragio administrativamente con multa, la que es determinada por el Jurado Nacional de Elecciones y se abona al Banco de la Nación, de acuerdo a una tasa pre fijada en relación a la Unidad Impositiva Tributaria.

Los ordenamientos que determinan el carácter obligatorio de la emisión del voto, en sintonía con ello, contemplan como conducta sancionable la no emisión del mismo. Es el caso, entre otros países, de Argentina, Bélgica y Luxemburgo.

En Argentina, el Código Electoral Nacional, en su artículo 125, tipifica como falta electoral la no emisión del voto. A su tenor, se impondrá multa "al elector que dejare de emitir su voto y no se justificare ante cualquier juez electoral de distrito dentro de los sesenta días de la respectiva elección. El infractor no podrá ser designado para desempeñar funciones o empleos públicos durante tres años a partir de la elección. El infractor que no abonare la multa no podrá realizar gestiones o trámites durante un año

ante los organismos estatales nacionales, provinciales o municipales". (Rescatado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/14910.pdf>).

El Código Electoral belga dedica su Título VI a "De la sanction de l'obligation du vote". En los artículos 207 y siguientes se contempla el procedimiento a seguir para la verificación de los ciudadanos que hayan incumplido su obligación de votar. En los ocho días siguientes a la proclamación de candidatos electos, el comisario de esta averiguación deberá dirigir al juez de paz una lista con los electores que no hayan tomado parte en la votación o cuyas excusas no hayan sido admitidas. Una primera ausencia no justificada será sancionada con advertencia o multa de uno a tres francos. Caso de reincidencia en los seis años inmediatamente sucesivos, la multa se elevará de tres a veinticinco francos y si las reincidencias se produjeran por tercera y cuarta vez en el plazo de quince años, el elector será borrado de las listas electorales por un período de diez años durante el cual, no podrá recibir ningún nombramiento, promoción o distinción, sea gubernamental o de las administraciones provinciales o municipales.

En cuanto a la Ley Electoral luxemburguesa, de 31 de julio de 1924, en sus artículos 261 y 262, determina que en el mes inmediato a la proclamación del resultado del escrutinio, el oficial del ministerio público confeccionará, bajo el control del juez de paz, una lista con los electores que no hayan tomado parte en la votación o cuyas excusas no se hubieran admitido a efecto de imponerle una multa.

8.1) Omisión a exigencia de presentación de documento de identidad con constancia de sufragio por parte de funcionarios y servidores públicos

“Artículo 390 (LOE).- Son reprimidos con pena privativa de la libertad no mayor de seis meses y pena de multa no menor del diez por ciento del ingreso mínimo vital multiplicado por treinta días de multa más pena accesoria de inhabilitación, por igual

tiempo que el de la condena, de conformidad con los incisos 1), 2), 3), 4) y 8) del artículo 36 del Código Penal”:

“c) Los registradores públicos, notarios, escribanos, empleados públicos y demás personas que no exijan la presentación del Documento Nacional de Identificación con la constancia de sufragio en las últimas elecciones, o la dispensa de no haber votado otorgada por el Jurado Nacional de Elecciones, a fin de identificar a quienes intentan realizar actos que requieran tal presentación sin hacerla”.

El sujeto activo es específico. Conforme al tipo sólo pueden serlo los registradores públicos, notarios, escribanos, empleados públicos y demás personas obligadas legalmente a exigir al ciudadano la presentación del Documento Nacional de Identificación con la constancia de sufragio en las últimas elecciones, o la dispensa de no haber votado otorgada por el Jurado Nacional de Elecciones.

Lo ilícito radica en la omisión de la obligación jurídica, que el ordenamiento le impone al agente, para preservar la obligatoriedad del voto. No obstante ello, de conformidad con los principios de mínima intervención y ultima ratio, nos parece que no hay mérito para la constitución como delito de este comportamiento, siendo suficiente el derecho administrativo sancionador.

El tipo se representa como doloso.

La pena a imponerse es “privativa de la libertad no mayor de seis meses y pena de multa, no menor del diez por ciento del ingreso mínimo vital multiplicado por treinta días de multa, más pena accesoria de inhabilitación, por igual tiempo que el de la condena, de conformidad con los incisos 1), 2), 3), 4) y 8)”. (Artículo 36, Código Penal).

TERCERA PARTE

TOMA DE POSTURA Y CONSECUENCIAS

1. Análisis e interpretación de la información

Nuestra propuesta de investigación ha tenido como objetivo general Demostrar si existe en el Perú una criminalización integral de las conductas lesivas al derecho de sufragio. En igual sentido nos propusimos como objetivos específicos realizar un adecuado estudio sobre los orígenes y la evolución de la protección del derecho de sufragio en el contexto internacional como interno; realizar un adecuado estudio dogmático y doctrinario de los delitos que afectan la voluntad popular; realizar un estudio comparativo de la protección del derecho de sufragio a nivel internacional; establecer si la respuesta política criminal peruana, resulta adecuada para propiciar un efectivo combate preventivo protector del derecho de sufragio; comprobar que la normatividad vigente evidencia un sistema insuficiente de protección jurídico penal, a efecto de concretizar típicamente todos los supuestos de afectación del derecho de sufragio; y básicamente constatar que no existe por parte del Estado, la formulación de una estrategia integral y oportuna en relación a la lucha contra las conductas que atentan contra el derecho de sufragio, a efecto de proponer las modificaciones legislativas necesarias.

Es en este contexto que durante el desarrollo de la investigación hemos acopiado datos doctrinarios, normativos y jurisprudenciales. Hemos realizado el estudio de la conceptualización y funciones del Derecho Penal, desde la perspectiva del Derecho Penal objetivo y Derecho penal subjetivo, su incidencia frente al ordenamiento social como un sistema de control social y protector de bienes jurídicamente protegidos. Realizamos también un estudio sobre las características del Derecho Penal, sus fines y los principios universales que lo legitiman.

Nos ha preocupado estudiar la realidad del sistema penal peruano en cuanto a la protección del derecho de sufragio. Así, como ya ha quedado expresado en la introducción de esta investigación.

La realidad contemporánea y la práctica electoral en nuestro país, nos demuestra, lamentablemente, que no bastan las garantías de carácter preventivo para evitar la ejecución de actos encaminados a falsear el resultado de las luchas electorales; de aquí la necesidad de que las leyes electorales que se postulen en nuestro sistema, dediquen uno de sus capítulos a la tipificación de aquellas conductas que han de ser enjuiciadas como delitos electorales, con la concreción de las penas que les correspondan.

Nuestra experiencia social y la realidad jurídica actual en la que se revela una preocupante indefinición normativa en materia de tipificación de los delitos electorales, nos muestra un preocupante alto grado de desprotección del fundamental derecho de sufragio, que constitucionalmente se representa por el derecho del ciudadano a elegir y ser elegido en cargos de representación popular, siendo necesario por ello, a nuestro criterio personal, buscar los factores y causas, de tipo social, normativo entre otros, que determinan los defectos que originan una inadecuada protección del sistema de control penal, a un bien jurídico tan fundamental como el ejercicio de los derechos políticos, que fundamentan el sistema democrático de gobierno que nos rige, para de esta manera ofrecer aportes que puedan a futuro ser tomados en cuenta para posibles modificaciones legislativas, que complementen el universo normativo penal protector de tan preciado derecho y se afiance así la seguridad jurídica, en el marco de un estado social y democrático de derecho.

Hemos constatado que en la legislación comparada podemos identificar, hasta tres sistemas en la técnica de legislar estos ilícitos: a) En sección especial del Código penal; Legislaciones que tipifican los delitos electorales específicamente en un Título o Sección en el Código penal, con tratamiento diferencial al de los tipos que sancionan los atentados contra la libertad individual; b) De manera genérica en el Código penal, sin tratamiento

específico; Legislaciones que contemplan los delitos contra el sufragio dentro del precepto general que tutela las libertades individuales, sin conformar una Sección o Título especial; y, c) Sin precisión codificada indicativa y/o remitiendo la sanción a la legislación electoral; Legislaciones que omiten prescribir normas relativas a los delitos contra el sufragio, u otro tipo de derechos políticos del ciudadano.

La experiencia contemporánea en el campo de la administración de justicia electoral y la realidad jurídico-social actual, nos muestra un preocupante alto grado de desprotección del fundamental derecho de sufragio, que constitucionalmente se representa por el derecho del ciudadano a elegir y ser elegido en cargos de representación popular, siendo necesario por ello, buscar los vacíos y defectos normativos que determinan una inadecuada protección del sistema de control penal, a un bien jurídico tan fundamental como el ejercicio de los derechos políticos, que fundamentan el sistema democrático de gobierno que nos rige, para de esta manera ofrecer aportes que puedan a futuro ser tomados en cuenta para posibles modificaciones legislativas, que complementen el universo normativo penal protector de tan preciado derecho.

Hemos constatado también que en nuestro país no existe una criminalización integral de las conductas lesivas al derecho de sufragio, debido al deficiente modelo político criminal implementado por el Estado. Incluso existe en nuestra realidad jurídica, una injustificada vastedad y dispersión de la normatividad punitiva en materia de sanción del delito electoral. El código penal tipifica estos delitos bajo el membrete de "Delitos Contra la Voluntad Popular" (Título XVII del Libro Segundo), sancionando en un capítulo único los "Delitos Contra el Derecho de Sufragio" (artículos 354 al 360). La "Ley Orgánica de Elecciones" (LOE), contiene, en su Título XVI, la referencia al rubro: "De los delitos, sanciones y procedimiento judicial", tipificando las conductas atentatorias contra "el derecho de sufragio" (Arts. 382 al 393). Ello determina que en la actualidad existe una coexistencia simultánea y duplicidad innecesaria de normas, que podría traer como

consecuencia inequidades, así como la afectación de la seguridad jurídica, e incluso la trasgresión del mismo principio de legalidad.

Hemos comprobado que en nuestro sistema se evidencia así una arraigada y antigua anomalía legislativa, que denota la existencia de una inadecuada técnica legislativa nacional. Por todo ello, urge una revisión y toma de conciencia, que derive en la implementación de un nuevo contenido típico electoral, que contenga in extensu la tipificación de todos los actos vulnerantes del fundamental derecho a la libertad de sufragio, que se ajuste al tiempo actual. Máxime si el anteproyecto de Código Electoral, presentado por el Jurado Nacional de Elecciones, mediante su Dirección General de Normatividad y Asuntos Jurídicos, ya no contempla la tipificación de delitos contra la voluntad popular.

El Derecho comparado nos permite apreciar que conforme a la naturaleza del bien jurídico protegido y de acuerdo a 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, a la actividad del Estado encaminada al reconocimiento del derecho de votar y asegurar la autenticidad del voto; 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 sus simpatías, el que hace desaparecer o retiene indebidamente una cédula o documento de ciudadanía (título de sufragio); y, 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 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 su empleo resultan lesionados o puestos en peligro, respectivamente: la libertad, la honestidad y la sinceridad del sufragio.

La experiencia nacional, las críticas que cotidianamente conocemos por los medios de comunicación y la literatura especializada en materia electoral, demuestran 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 la falta de conciencia política generalizada en la ciudadanía, la falta de un adecuado nivel de cultura política y jurídica de la mayoría de legisladores, el conflicto de intereses político partidarios entre grupos parlamentarios que integran el Congreso de la República y también una arraigada 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. Jurídico-positiva por cuanto la normatividad vigente evidencia un sistema insuficiente de protección jurídico penal, que no concretiza típicamente todos los supuestos de afectación del derecho de sufragio; y, político criminal por cuanto la realidad evidencia una flagrante omisión del Estado, en la formulación de una estrategia integral, técnica y oportuna en relación a la lucha contra las conductas que atentan contra el derecho de sufragio.

El Sistema Electoral en un Estado democrático, “tiene como misión fundamental garantizar como elemento nuclear del mismo, la libre expresión de la soberanía popular, y esta libertad genérica se rodea hoy día, de otro conjunto de libertades encaminadas a salvaguardar la opción entre diversos términos de una alternativa verdaderamente plural. A hacer efectiva dicha pluralidad y su fecunda concurrencia en la conquista del electorado se dirigen un conjunto de previsiones de muy diversa naturaleza entre las que es preciso incluir la tipificación, como delitos electorales, de un conjunto de conductas atentatorias contra la libertad y secreto del voto, contra la libre opción por una u otra candidatura por parte del elector, y en definitiva, contra la pureza de los comicios”. (Fernández Doblado 1973, p. 142)

Por ello es que para que la votación traduzca la expresión auténtica, libre y espontánea de la voluntad de una ciudadanía informada, participativa y responsable, debe estar garantizada “por un conjunto de previsiones de diversa naturaleza entre las que se encuentra la tipificación de los delitos o faltas electorales, sancionando un conjunto de conductas atentatorias de la transparencia y objetividad del proceso electoral, y de la igualdad entre los distintos competidores en el proceso electoral; así como contra la libre manifestación de la voluntad, en su opción de voto, por parte del elector; es decir contra la pureza de los comicios”. (González Arzac 1960, p. 211)

2. Conclusiones

2.1. La estrecha vinculación que existe entre el Derecho Electoral y la democracia ha tenido vigencia en nuestro Derecho Constitucional desde la Carta de 1931, señalándose en la actual que, el sistema electoral tiene por finalidad asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos; y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa, conforme se establece en el primer párrafo del artículo 176 de la

Constitución Política del Perú. Es así, como bien dice Adelaida Bolívar, “la libre expresión de la voluntad soberana del pueblo, se rodea en nuestro tiempo de un conjunto de garantías y libertades, que también por mandato constitucional, está encaminado a salvaguardar la participación de los electores, pues a través de ella se fortalece la democracia como forma de gobierno y de vida” (2002, p. 33).

2.2. La realidad contemporánea y la práctica electoral en nuestro país, nos demuestra, lamentablemente, que no bastan las garantías de carácter preventivo para evitar la ejecución de actos encaminados a falsear el resultado de las luchas electorales; de aquí la necesidad de que las leyes electorales que se postulen en nuestro sistema, dediquen uno de sus capítulos a la tipificación de aquellas conductas que han de ser enjuiciadas como delitos electorales, con la concreción de las penas que les correspondan.

2.3. El Sistema Electoral en un Estado democrático, tiene como misión fundamental “garantizar como elemento nuclear del mismo, la libre expresión de la soberanía popular, y esta libertad genérica se rodea hoy día, de otro conjunto de libertades encaminadas a salvaguardar la opción entre diversos términos de una alternativa verdaderamente plural. A hacer efectiva dicha pluralidad y su fecunda concurrencia en la conquista del electorado se dirigen un conjunto de previsiones de muy diversa naturaleza entre las que es preciso incluir la tipificación, como delitos electorales, de un conjunto de conductas atentatorias contra la libertad y secreto del voto, contra la libre opción por una u otra candidatura por parte del elector, y en definitiva, contra la pureza de los comicios”. (Fernández Doblado 1973, p. 142)

2.4. Para que la votación traduzca la expresión auténtica, libre y espontánea de la voluntad de una ciudadanía informada, participativa y responsable, debe estar garantizada por un conjunto de previsiones de diversa naturaleza entre las que se encuentra la tipificación de los delitos o faltas electorales, sancionando un conjunto de conductas atentatorias de la transparencia y objetividad del proceso electoral, y de la igualdad entre los distintos

competidores en el proceso electoral; así como contra la libre manifestación de la voluntad, en su opción de voto, por parte del elector; es decir contra la pureza de los comicios (González Arzac 1960, p. 211).

2.5. En la legislación comparada podemos identificar, hasta tres sistemas en la técnica de legislar estos ilícitos: a) En sección especial del Código penal; Legislaciones que tipifican los delitos electorales específicamente en un Título o Sección en el Código penal, con tratamiento diferencial al de los tipos que sancionan los atentados contra la libertad individual; b) De manera genérica en el Código penal, sin tratamiento específico; Legislaciones que contemplan los delitos contra el sufragio dentro del precepto general que tutela las libertades individuales, sin conformar una Sección o Título especial; y, c) Sin precisión codificada indicativa y/o remitiendo la sanción a la legislación electoral; Legislaciones que omiten prescribir normas relativas a los delitos contra el sufragio, u otro tipo de derechos políticos del ciudadano.

2.6. La experiencia contemporánea en el campo de la administración de justicia electoral y la realidad jurídico-social actual, nos muestra un preocupante alto grado de desprotección del fundamental derecho de sufragio, que constitucionalmente se representa por el derecho del ciudadano a elegir y ser elegido en cargos de representación popular, siendo necesario por ello, buscar los vacíos y defectos normativos que determinan una inadecuada protección del sistema de control penal, a un bien jurídico tan fundamental como el ejercicio de los derechos políticos, que fundamentan el sistema democrático de gobierno que nos rige, para de esta manera ofrecer aportes que puedan a futuro ser tomados en cuenta para posibles modificaciones legislativas, que complementen el universo normativo penal protector de tan preciado derecho.

2.7. Hemos constatado que en nuestro país no existe una criminalización integral de las conductas lesivas al derecho de sufragio, debido al deficiente modelo político criminal implementado por el Estado. Incluso existe en nuestra realidad jurídica, una injustificada

vastedad y dispersión de la normatividad punitiva en materia de sanción del delito electoral. El código penal tipifica estos delitos bajo el membrete de "Delitos Contra la Voluntad Popular" (Título XVII del Libro Segundo), sancionando en un capítulo único los "Delitos Contra el Derecho de Sufragio" (artículos 354 al 360). La "Ley Orgánica de Elecciones" (LOE), contiene, en su Título XVI, la referencia al rubro: "De los delitos, sanciones y procedimiento judicial", tipificando las conductas atentatorias contra "el derecho de sufragio" (Arts. 382 al 393). Ello determina que en la actualidad existe una coexistencia simultánea y duplicidad innecesaria de normas, que podría traer como consecuencia inequidades, así como la afectación de la seguridad jurídica, e incluso la trasgresión del mismo principio de legalidad.

2.8. Se evidencia así una arraigada y antigua anomalía legislativa, que denota la existencia de una inadecuada técnica legislativa nacional. Por todo ello, urge una revisión y toma de conciencia, que derive en la implementación de un nuevo contenido típico electoral, que contenga in extensu la tipificación de todos los actos vulnerantes del fundamental derecho a la libertad de sufragio, que se ajuste al tiempo actual. Máxime si el anteproyecto de Código Electoral, presentado por el Jurado Nacional de Elecciones, mediante su Dirección General de Normatividad y Asuntos Jurídicos, ya no contempla la tipificación de delitos contra la voluntad popular.

2.9. Conforme a la naturaleza del bien jurídico protegido y de acuerdo a 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, a la actividad del Estado encaminada al reconocimiento del derecho de votar y asegurar la autenticidad del voto; 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 sus simpatías, el que hace desaparecer o retiene indebidamente una cédula o documento de ciudadanía

(título de sufragio); y, 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 resultados, atentando contra el escrutinio o recuento de votos y su posterior formalización en el resultado final.

2.10. 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 su empleo resultan lesionados o puestos en peligro, respectivamente: la libertad, la honestidad y la sinceridad del sufragio.

2.11. La experiencia nacional, las críticas que cotidianamente conocemos por los medios de comunicación y la literatura especializada en materia electoral, demuestran 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 la falta de conciencia política generalizada en la ciudadanía, la falta de un adecuado nivel de cultura política y jurídica de la mayoría de legisladores, el conflicto de intereses político partidarios entre grupos parlamentarios que integran el Congreso de la República y también una arraigada cultura del fraude electoral

2.12. 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. Jurídico-positiva por cuanto la normatividad vigente evidencia un sistema insuficiente de protección jurídico penal, que no concretiza típicamente todos los supuestos de afectación del derecho de sufragio; y, político crimina por cuanto la realidad evidencia una flagrante omisión del Estado, en la

formulación de una estrategia integral, técnica y oportuna en relación a la lucha contra las conductas que atentan contra el derecho de sufragio.

3. Propuesta de solución del problema: Recomendaciones

3.1. Habiendo constatado que en nuestro país no existe una criminalización integral de las conductas lesivas al derecho de sufragio, debido al deficiente modelo político criminal implementado por el Estado, es necesario una actuación conjunta del Jurado Nacional de Elecciones y del Congreso de la República, a efecto de unificar la injustificada vastedad y dispersión de la normatividad punitiva en materia de sanción del delito electoral, mediante la implementación de un nuevo catálogo punitivo que integre los tipos penales existentes hoy tanto en el Código Penal como en la Ley Orgánica de Elecciones. Ello eliminará la coexistencia simultánea y duplicidad innecesaria de normas, que actualmente determinan la afectación de la seguridad jurídica, e incluso la trasgresión del mismo principio de legalidad.

3.2. A efectos de procederse a la modificación legislativa que unifique en nuestro país la legislación punitiva en materia de atentados contra el derecho de sufragio, deberá atenderse a la experiencia que en esta materia brinda la legislación comparada, acogiénose la técnica de legislar este tipo de delitos exclusivamente en una sección especial del Código Penal, que hoy existe en nuestro código punitivo y no dispersar su efecto punitivo-preventivo en otro cuerpo legislativo como hoy ocurre con la Ley Orgánica de Elecciones. Al efecto se precisa que deberán tipificarse los delitos electorales exclusivamente en el Título XVII (Delitos contra la voluntad popular), del Libro Segundo del Código Penal.

3.3. Para procederse a una integral y técnica reorganización normativa en materia de delitos electorales, deberá tenerse en cuenta la experiencia ganada a nivel internacional en esta materia, y la modificación legislativa deberá comprender la clasificación de estos

delitos 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, a la actividad del Estado encaminada al reconocimiento del derecho de votar y asegurar la autenticidad del voto; 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; y, 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 resultados, atentando contra el escrutinio o recuento de votos y su posterior formalización en el resultado final.

3.4. La nueva legislación penal electoral propuesta deberá también contener la represión también de tres formas específicas de ataque a la pureza del sufragio: la coacción, la corrupción y el fraude, ya que con su empleo resultan lesionados o puestos en peligro, respectivamente: la libertad, la honestidad y la sinceridad del sufragio.

En tal sentido se requiere que la nueva legislación comprenda la siguiente materia prohibida:

- Básicamente los actos defraudatorios, violentos o coaccionantes existentes.
- Inducción defraudatoria al voto, mediante actos engañosos, directos y subliminales.
- Inducción al voto mediante dádivas, prebendas, ofrecimientos, beneficios, etc.
- Compra de conciencias y connivencias.
- Falsificación de firmas en adherencias.
- Inscripciones fraudulentas (como el caso de procurar inscripciones masivas antes del cierre de inscripciones para posteriormente favorecer a candidatos).
- La manipulación informática. Atentados contra el voto electrónico.
- Manipulación de encuestas y líneas editoriales de medios de comunicación.
- Chantajes, extorsiones, lesiones, homicidios, etc. como circunstancias agravantes.
- La organización criminal, de particulares e incluso de funcionarios del Estado.

- La determinación precisa del tipo de proceso.
- La inclusión de modalidades de derecho premial, como terminación anticipada del proceso, colaboración eficaz, premios y recompensas.
- La determinación de las inhabilitaciones, consecuencias accesorias y el tratamiento sancionador adecuado para las instituciones electorales y sus representantes involucrados en este tipo de delitos.

4. Consecuencia de la implementación de la propuesta

El tema propuesto para la investigación revela un campo teórico no muy difundido ni estudiado, por ello es que el enfoque propuesto se orienta a un replanteamiento de los fundamentos doctrinarios y normativos que orientan la protección del derecho de sufragio como bien jurídico protegido. Con nuestro trabajo de investigación hemos perseguido la búsqueda de nuevas tendencias y el mejoramiento de las instituciones penales y contribuido a la labor docente y legislativa, dando a conocer los aspectos doctrinarios, normativos, jurisprudenciales y de legislación comparada que sustentan, a nivel nacional e internacional, los fundamentos de una adecuada interpretación y aplicación de las normas punitivas relacionadas a la protección de tan importante bien jurídico, dentro del marco de un Derecho penal democrático y garantista que asegure la vigencia de un sistema penal protector, prevencionista y asegurador de la dignidad y humanidad de la persona.

Para este efecto, en el desarrollo del trabajo hemos establecido un adecuado estudio doctrinario, histórico y dogmático, con remisión a la jurisprudencia y al derecho comparado, de la evolución que en materia de interpretación y aplicación de los delitos electorales en todas sus modalidades en nuestro país. Hemos realizado un adecuado estudio crítico del tratamiento legislativo que se le ha dado en nuestro país a este tipo de

delitos, su legitimación constitucional y la problemática que representa su vigencia en nuestro sistema. Al efecto, hemos cumplido con proponer las correcciones normativas necesarias.

Es así que nuestra investigación se halla plenamente justificada, puesto que en un sistema democrático de derecho, en el que el fin supremo de la constitución y las leyes es la persona humana, es necesario el aseguramiento de los fundamentales derechos que le son reconocidos, como lo es el derecho de sufragio a efecto de su protección y también el aseguramiento de los derechos del imputado ante la comisión de un delito electoral. Se evidencia con ello una realidad social de afectación a un derecho tan fundamental como el derecho de sufragio, que se constituye socialmente en un bien jurídico de necesaria tutela penal. Afectación que basa sus causas, primordialmente en la desidia del ciudadano expresada en una evidente falta de conciencia política generalizada, en un inadecuado nivel de cultura política y jurídica de la mayoría de legisladores, el eventuales conflictos de intereses político partidarios entre grupos parlamentarios que integran el Congreso de la República y en una arraigada cultura del fraude electoral en nuestro país.

Esta realidad jurídico-social actual, nos muestra un preocupante grado de desprotección del derecho de sufragio, siendo necesario por ello, buscar los factores y causas, de tipo social, normativo entre otros, que determinan los defectos que originan una inadecuada protección del sistema de control penal, a un bien jurídico tan fundamental como el ejercicio de los derechos políticos, que fundamentan el sistema democrático de gobierno que nos rige, para de esta manera ofrecer aportes que puedan a futuro ser tomados en cuenta para posibles modificaciones legislativas, que complementen el universo normativo penal protector de tan preciado derecho, con lo que se garantizara también la imputación necesaria y el debido proceso.

Por todo ello, como consecuencia de nuestra propuesta de investigación, hemos propugnado contribuir al afianzamiento del Sistema democrático en nuestro país, el mismo

que debe tener como misión fundamental, garantizar la libre expresión de la soberanía popular, ya que la realidad contemporánea y la práctica electoral en nuestro país, nos muestran el lamentablemente panorama, de que no bastan las garantías de carácter preventivo para evitar la ejecución de actos encaminados a falsear el resultado de las luchas electorales; de aquí la necesidad de que las leyes electorales que se postulen en nuestro sistema, dediquen uno de sus capítulos a la tipificación de aquellas conductas que han de ser enjuiciadas como delitos electorales, con la concreción de las penas que les correspondan.

Este análisis práctico nos permitió hacer un estudio útil y necesario, a fin de apreciar si en nuestro medio se tipifican adecuadamente los delitos que afectan el derecho de sufragio y si de esta manera el Estado protege adecuadamente este fundamental derecho de participación política y sin con ello se resguarda la seguridad jurídica y la vigencia del debido proceso. Logramos identificar con todo ello las deficiencias y/o vacíos de la normatividad en relación a la imputación de este tipo de delitos que afectan la voluntad popular.

5. Beneficios que aporta la propuesta

Los beneficios que aporta nuestra propuesta están directamente relacionados a contribuir con la labor docente y operativo-judicial electoral, dando a conocer los logros de la investigación a efecto de propiciar el necesario debate jurídico, que permita el mejoramiento de la legislación y el aporte de nuevos conocimientos doctrinarios y de legislación comparada.

BIBLIOGRAFIA

AROCENA, Gustavo A. (2004)... Inseguridad Urbana y Ley Penal: El uso político del Derecho Penal frente al problema real de la inseguridad ciudadana. Alveroni Ediciones. República Argentina.

BACIGALUPO, Enrique (1994). Estudios Sobre la Parte Especial del Derecho Penal. Ediciones Akal S.A. Madrid-España.

BASADRE, Jorge (1980). Elecciones y Centralismo en el Perú. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. Lima.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1996)... "La Constitución de 1993: Análisis Comparado". ICS editores. Lima - Perú.

BERTOLI, Alberto P. (1957). Delitos Electorales. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ed. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. T. IV.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (2016). Derecho Electoral Peruano. Palestra Editores. Lima – Perú.

BOLIVAR ARTEAGA, Flora Adelaida (2002). Delitos Electorales. Editado por el Jurado Nacional de Elecciones. Lima - Perú.

BUSTOS RAMIREZ, Juan (1982).... "Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal". Editorial Temis. Librería Bogotá - Colombia.

BUSTOS RAMIREZ, Juan (1986).... "Introducción al Derecho Penal". Editorial Temis S.A. Bogotá - Colombia.

CARRERAS de Francesc y VALLÉS, Josep M. (1977). Las Elecciones: Introducción a los Sistemas Electorales. Edi. Blume. Barcelona.

CATACORA GONZALES, Manuel S. (1996). Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Rodhas. Lima.

CEREZO MIR, José (1988)...”Curso de Derecho Penal Español, Parte General I”, Editorial Tecnos S.A., 3ra Edición, Madrid.

CONCHA, José Vicente (1962). Tratado de Derecho Penal y Comentarios al Código Penal Colombiano. 4ta Edición. Sociedad de Ediciones Literarias y Artísticas Bogotá.

CORREA, Carlos M. et al. Derecho Informático. Ediciones Depalma. Buenos Aires - Argentina.

CRISIIUMA DE FIGUEIREDO, César (1953). Denuncia En Crime Eleitoral-Elemento que Debe Conter Justitia. Vol. XIV, No 23-24, Sao Paulo.

CHANAME ORBE, Raúl (2001)....”La Constitución Actual”, Impresión y Distribución: Gráfica Horizonte S.A., Lima-Perú.

CHANAME ORBE, Raúl (2009). Comentarios a la Constitución. Jurista Editores. Lima – Perú.

CHANAME ORBE, Raúl (2016). Reforma Electoral. Abogados Editores. Impresión: I.H.A. EIRL. Lima – Perú.

CHIRINOS SOTO, Enrique (1984). La nueva Constitución y los Partidos. Centro Documentación Andina. Lima - Perú.

CHIRINOS SOTO, Enrique y CHIRINOS SOTO, Francisco (2014). La Constitución: Lecturas, comentarios, concordancias. Editorial Rodhas. Lima – Perú.

DAVARA, Miguel Angel (1993). Derecho Informático. Editorial Aranzandi. España.

DIETER, Nohlen y FERNÁNDEZ BAEZA (1989), Mario. Diccionario electoral. Serie Elecciones y Democracia. Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL). Ediarte R.L. Costa Rica.

DIETER, Nohlen (2010). La democracia, instituciones, conceptos y contexto. UIGV. Cuadernos del Rectorado. Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL. Lima – Perú.

FALCONI PEREZ, Miguel (1991). Protección Jurídica a los Programas de Computación. Editorial Edino. Lima - Perú.

FAURÉ, Christine (1999). Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789. Comisión Nacional de Derechos Humanos. Fondo de Cultura Económica. México.

FAYT, Carlos S. (1963). Sufragio y Representación Política: Sistemas Electorales. Bibliográfica Omeba. Editores – Libreros. Buenos aires.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. (1995). Derecho Penal Fundamental, Teoría General del Delito. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá - Colombia.

FERNANDEZ DOBLADO, Luis (1973). La Tutela Penal del Sufragio. En: Criminalía, año 39, Nros. 7 y 8. Caracas - Venezuela.

FERREIRA, Waldemar (1957). A Corrupcao Eleitoral Pelo Suborno. Revista de la Facultad de Direito. Volumen LII. Sao Paulo.

FONTAN BALESTRA, Carlos (1994). Derecho Penal Parte Especial", Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

FRISOLI, O. (1953). Osservazioni In Materia Di Reati Elettorali. Revista Penale. Tomo II. Roma.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario (1989). Diccionario Electoral. Serie Elecciones y Democracia. Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL). EdiarTE R.L. Costa Rica.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (2009). Derecho Penal Parte General: Fundamentos. Juristas Editores E.I.R.L.. Primera Edición. Lima-Perú.

GIMENEZ FERNANDEZ, Manuel (1977). Estudios de Derecho Electoral Contemporáneo. 2da Ed. Sevilla-España.

GOMEZ, Eusebio (1941). Tratado de Derecho Penal". T. V. Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires-Argentina.

GONZALEZ ARZAC, Alberto Ricardo (1960). Protección de la Soberanía Popular en el Código Penal Argentino. En: Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. T. XIX. La Plata-Argentina.

GONZÁLES HERNÁNDEZ, Juan Carlos (1989). Diccionario Electoral. Serie Elecciones y Democracia. Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL). EdiarTE R.L. Costa Rica.

GONZALEZ LLACA, Edmundo (1981). Teoría y Práctica de la Propaganda. Editorial Grijalbo.

HAURIOU, Maurice (1927...) *"Principios de Derecho Público y Constitucional"*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1927.

HERNANDEZ BECERRA, Augusto (1989). El Derecho Electoral y su Autonomía. En: Proceso Electoral y Regímenes Políticos. Memoria del II Curso Anual Interamericano de Elecciones. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Centro de Asesoría y Promoción Electoral CAPEL. Costa Rica.

HERNANDEZ CANELO, Walter Miguel (1998). Legislación Electoral Peruana. Impresión: Organización Estados Americanos (OEA). Lima.

HUGO VIZCARDO, Silfredo Jorge (1990). Procedimiento Registral Electoral y Delitos Contra la Inscripción Electoral. Edición Colección de Manuales Hermes. Lima.

HUGO VIZCARDO, Silfredo Jorge (2014). Delitos Electorales. Pro Derecho Perú Investigaciones Jurídicas. Lima - Perú.

HUGO VIZCARDO, Silfredo Jorge (2016). Derecho Penal Parte General I. Pro Derecho Perú Investigaciones Jurídicas. Lima – Perú.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (1989). Proceso Electoral y Regímenes Políticos. Memoria del II curso anual interamericano de elecciones. Centro de Asesoría Promoción Electoral CAPEL. San José – Costa Rica.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis (1979). La Ley y el delito. Editorial Sudamericana. Buenos Aires – Argentina.

LANDA ARROYO, César Rodrigo (1989). Propaganda Electoral. En Diccionario Electoral. Serie Elecciones y Democracia. Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL). Costa Rica.

LUCAS VERDÚ, PABLO (1976). *Curso de Derecho Político*. Vol. III. Editorial Tecnos. Madrid.

MACKENZIE, W. J. M. (1982). *Elecciones libres*. Editorial Tecnos, Madrid, 1962.

MIR PUIG, Santiago (1982). Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona.

MIR PUIG, Santiago (1996). Derecho Penal Parte General. 4º Edición. Edi. Reppertor S.A. Barcelona España.

MUÑOZ CONDE, Francisco (1996). Derecho Penal: Parte Especial. Undécima Edición. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia-España.

NOHLEN, Dieter (1981). *Sistemas electorales del mundo*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.

ORÉ GUARDIA, Arsenio (2011). Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Reforma, Lima - Perú.

PANIAGUA CORAZAO, Valentín (2000). Trampas y engaños del proceso electoral: consecuencias y explicaciones. Lima – Perú.

PEÑA CABRERA, Raúl (1995). Tratado de Derecho Penal: Parte Especial II-A. Delitos Contra el Patrimonio. Ediciones Jurídicas. Lima-Perú.

PEREZ, Luis. C. Derecho Penal Colombiano; Parte Especial. Volumen II. Editorial Temis. Bogotá.

PÉREZ SERRANO, Nicolás (1976). Tratado de Derecho Político. Editorial Civitas, Madrid.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio (1951) El Delito Político y la Política. En: Revista de Derecho Penal. Año VII. 1er Trimestre. Buenos Aires.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (1996). Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. Aranzadi Editorial. Pamplona – España.

RAE, Douglas W. (1977). *Leyes Electorales y sistema de partidos políticos*. Ediciones CITEP. Madrid.

RODRÍGUEZ ACOSTA, José (1939). La Represión del Fraude Electoral. Repertorio Judicial. Año XV. La Habana.

ROMERO FLORES, Rodolfo y TÉLLES VALDEZ, Julio Alejandro (2010). Voto electrónico, derecho y otras implicancias. Universidad Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas. México.

ROY FREYRE, Luis E. (1981). Fundamentos de la Ley Antiterrorista. Revista del Foro. Año LXVIII. Enero-junio. Lima - Perú.

ROY FREYRE, Luis E. (1983). Derecho Penal Peruano, Tomo III. Parte Especial. Delitos Contra el Patrimonio. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Lima - Perú.

ROXIN, Claus (1980). Culpabilidad y prevención en Derecho Penal. Reus S.A.

ROXIN, Claus (1997). Derecho Penal Parte General, Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas S.A. Madrid.

ROXIN, Claus (2000). Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires – Argentina.

RUBIO CORREA, Marcial y BERNALES Ballesteros, Enrique (1981). Perú: Constitución y Sociedad Política. Desco Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo. Lima.

SANCHEZ AGESTA, Luis (1972). *Principios de Teoría Política*. 4ª ed. Editorial Nacional. Madrid.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier (2012). Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal. Marcial Pons. Madrid.

SALCEDO CUADROS, Carlo Magno, GARCÉS PERALTA, Carolina y otros (2004). La Administración Electoral en el Perú; Funciones, competencias y organismos electorales. Publicado por la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE). Centro de Investigación Electoral. Lima – Perú.

SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel (2016). Derecho Electoral Colombiano. Editorial Legis. Tercera Edición. Bogotá – Colombia.

SISTEMA ELECTORAL JNE, ONPE, RENIEC (1999). I Seminario de Coordinación Interinstitucional del sistema electoral: Ponencias y conclusiones. Editorial Horizonte. Lima – Perú.

TÉLLEZ VALDÉS, Julio (2000). El voto electrónico. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México.

TIEDEMANN, Klaus (1985). Criminalidad Mediante Computadoras. En Poder Económico y Delito. Editorial Ariel S.A. Barcelona - España.

TIEDEMAN, Klaus (1999). Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental. Idemsa. Lima - Perú.

TUESTA SOLDEVILLA, Fernando (2004). El voto electrónico; Elecciones 2004. Lima – Perú.

TOURAINÉ, Alain (2004) ¿Qué es la democracia?. Fondo de Cultura Económica. México.

URQUIZO OLAECHEA, José (2000). El Principio de Legalidad. Gráfica Horizonte S.A, Lima.

VILLA STEIN, Javier (1998). Derecho Penal Parte Especial I-B (Delitos contra el honor la familia y la libertad). Editorial San Marcos. Lima.

VIVES ANTON, T.S. (1990). Derecho Penal; Parte Especial. Tirant lo Blanch. Valencia-España.

YRRIBAREN, Jorge (2008). ¿Por qué es importante el voto electrónico en el Perú?. En “Memoria: Seminario Internacional sobre el Voto Electrónico. Edición GCIATE – Área de Investigación Electoral (ONPE). Lima – Perú.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1983). Tratado de Derecho Penal. Parte General. T. V. Ediar. Buenos Aires.

ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel (1993). Fundamentos de Derecho Penal, Parte General. Tirant lo Blanch. Valencia.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Director); PEREZ ALONSO, Esteban J. (2004). Derecho Penal Parte General. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia-España.