

APUNTES DOGMÁTICOS Y POLÍTICO CRIMINALES DE LA LEY N° 27753 QUE MODIFICA LOS ALCANCES DE LOS TIPOS DE HOMICIDIO CULPOSO, LESIÓN CULPOSA Y PERMITE LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN CASOS DE DELITOS CULPOSOS¹

EDUARDO ALCÓCER POVIS

Alumno de noveno ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

JULIO ESPINOZA GOYENA

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

JAMES REÁTEGUI SANCHEZ

Abogado por Universidad Peruana Los Andes de Huancayo.

Sumario: 1. Sobre la imputación culposa en la dogmática penal 2. La tipicidad objetiva 3. La tipicidad subjetiva 4. Alcances de la Ley 4.1 En cuanto a la opción de política criminal 4.2 En cuanto a la técnica legislativa 5. La detención en los delitos culposos 5.1. Antecedentes 5.2. Análisis 6. Conclusiones.

1. Sobre la imputación culposa en la dogmática penal

Para poder comprender el alcance e incidencia de la Ley que modifica de manera significativa las figuras culposas, es necesario conocer la dinámica propia de los delitos de imprudencia.

El delito imprudente ocupa hoy en día un tratamiento importante debido al desarrollo tecnológico, el mismo que trae como consecuencia el acercamiento del hombre a las máquinas o herramientas potencialmente peligrosas para la vida o salud de las personas y cuyo manejo exige un actuar diligente observando siempre las reglas de cuidado.

Ya el profesor alemán SCHÜNEMANN en 1975 sostenía que los delitos imprudentes habían pasado de ser hijastros a ser hijos predilectos de la dogmática jurídico-penal. Actualmente se acepta que sólo partiendo de una determinada concepción del injusto, y en concreto del desvalor de acción, resultan operativos los criterios propuestos. Es decir si se parte de un desvalor de acción concebido de modo objetivo-normativo, y se señala que sólo pueden ser imputados aquellos resulta-

dos que son fruto de un comportamiento ex ante como objetivamente peligroso para un bien jurídico. Así los criterios de ROXIN (creación del riesgo, la realización del riesgo y el ámbito de protección de la norma – o alcance del tipo) constituyen los parámetros sobre los que se configura en el delito culposo, el juicio de imputación al tipo objetivo.

La doctrina considera actualmente que la culpa es un problema del tipo penal², puede decirse que el comportamiento puede ser justificado o exculpado, pero en la tipicidad es donde se decide si es culposo o no. El delito culposo o el delito imprudente como usualmente se le llama en la doctrina española, hasta hace poco tiempo tenía un lugar secundario, subsidiario en la ciencia del derecho penal reservado fundamentalmente para agresiones cualitativamente graves como las cometidas a título de dolo. En razón de esto es que el delito culposo era más cercano a las infracciones civiles que a las penales como un cuasi delictum. Las legitimaciones por las que el Derecho penal opta por las incriminaciones culposas se debe fundamentalmente a tres de posibilidades: por motivos político-criminales, pero también por razones de orden de practicabilidad y de prueba³. El estado actual de la cuestión se ha centrado, como dijimos, en la moderna teoría la imputación objetiva⁴.

2. La tipicidad objetiva

Como es sabido, el delito culposo a nivel de tipicidad objetiva re-

¹ Así, quien por culpa ocasione la muerte de una persona será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación según corresponda, cuando el agente haya estado conduciendo bajo el efecto de estupefacientes o en estado de ebriedad, con la presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos litros, o cuando sean varias las víctimas de un mismo hecho o el delito resulte de la inobservancia de las reglas de tránsito. Asimismo se añade que la pena será no mayor de cuatro años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o de industria; y cuando sean varias las víctimas del mismo hecho, la pena será no mayor de seis años. Para las lesiones culposas cuando el agente haya estado conduciendo bajo el efecto de estupefacientes o en estado de ebriedad, con la presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos litros, o cuando sean varias las víctimas de un mismo hecho o el delito resulte de la inobservancia de las reglas de tránsito la pena será no menor de tres ni mayor de cinco años. También se añade que la pena será no mayor de tres años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o de industria; y cuando sean varias las víctimas del mismo hecho, la pena será no mayor de cuatro años. Por último, la Ley al modificar el artículo 135 del Código Procesal Penal admite la posibilidad de que el juez pueda ordenar la detención preventiva a un procesado por delito culposo.

² ROXIN, Claus. Política Criminal y Estructura del Delito. Elementos del delito en base a la política criminal. Barcelona, 1992, p. 89. JESCHECK, Hans H. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig / F. Muñoz Conde. Barcelona, Volumen Segundo, p. 777. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El delito imprudente*. En: Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995. Valencia, 1997, p. 82. GARCÍA CAVERO, Percy. *La imputación objetiva en los delitos imprudentes*. En: Revista de Derecho, Universidad de Piura, Vol. I, 2000, p. 194.

³ Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio y Susana HUERTA TOCILDO. Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito. Madrid, 1986, p. 597.

⁴ Vid. VILLA STEIN, Javier. Derecho Penal. Parte General. Lima, 1998, p. 246.

quiere de dos cosas: primero que el núcleo de imputación lo constituye la infracción al deber objetivo de cuidado (*desvalor de la acción*) y segundo, que se verifique un resultado típico (*desvalor del resultado*).

En cuanto al deber objetivo de cuidado (cuidado externo) lo podemos infringir mediante *negligencia* donde el autor omite un comportamiento cuidadoso, *imprudencia* donde el agente realiza una conducta arriesgada y por último *la impericia* donde el agente demuestra una carencia de aptitudes sobre cualquier actividad determinada.⁵ Lógicamente se trata de conceptos disímiles, pero que se vinculan como formas de manifestación de la inobservancia del cuidado exigido. Hay que establecer que la conducta típica no aparece en la ley, son tipos abiertos necesitados de una complementación judicial, ya que se encuentran expresados en reglas generales de carácter técnico que aluden a prohibiciones de conductas para aquellos supuestos en que la experiencia general de la vida demuestra una gran probabilidad de que una acción de esa índole afecte a un bien jurídico.

En cuanto a sus fuentes pueden ser: 1.- Leyes o reglamentos, 2.- De la *Lex artis* (Reglas de experiencia científica o laboral), 3.- De la experiencia deontológica, 4.- Principios jurisprudenciales y 5.- Usos y costumbres. La "objetividad" del deber de cuidado en tráfico se mide a través de un juicio "ex ante". Si el sujeto tenía poderes o facultades superiores, no debería tomarse en cuenta esto en su contra (a favor BUSTOS, ROXIN; en contra STRATENWERTH, JAKOBS, MIR PUIG). Sin embargo nos recuerda el profesor VILLAVICENCIO⁶ que no siempre es posible recurrir a conceptos medios como por ejemplo "hombre medio", "prudente", "normal", etc. que son imprecisos y hasta ficticios, (y citando a TAVARES nos dice que el hombre prudente no es más que una sofisticación del concepto de *homo medius* de la teoría causal); y que en todo caso el deber exigible dependerá de una meticulosa consideración de las circunstancias en relación al autor, a sus calificaciones profesionales, a su capacidad individual y a su situación jurídica y social. Atípico, será por tanto si el resultado se produce en el marco del riesgo permitido.

Ciertamente el concepto de cuidado es un concepto de objetivo y también normativo. Es objetivo por cuanto no interesa para establecer cuál es el deber de cuidado que en el caso concreto ha aplicado o podía aplicar el autor, ya que esta es una cuestión que afecta a la categoría de la culpabilidad, sino cuál es el cuidado requerido en la vida de relación social respecto a su realización; ello supone pues, un juicio de carácter normativo que se realiza en función a la comparación entre la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y observado por el agente en el caso concreto.. La doctrina ha establecido que dos son los elementos que se observa en el juicio normativo: uno de carácter *intelectual* referidas a las consideraciones y circunstancias que rodearon la conducta infractora conforme a un juicio razonable, y el otro de carácter *valorativo*, según el cual, solo es contraria al cuidado aquella acción que va más allá de la medida adecuada⁷.

El deber de cuidado externo puede apoyarse en distintos fundamentos jurídicos⁸ puede proceder de la ley, también entra en consideración los reglamentos de la policía, reglamentos de empresa, etc.

Rigen además las reglas generales de cuidado que la doctrina jurisprudencial ha elaborado o asumido para determinadas actividades o profesiones (por ejemplo, el principio de confianza en el tráfico rodado, *lex artis* del personal facultativo) De la experiencia de la vida puede derivarse, además especiales deberes de cuidado. En cuanto a la estructura típica del delito culposo específicamente en la infracción de la norma de cuidado y siguiente JESCHECK tenemos que se puede esquematizar de la siguiente manera⁹: El deber de cuidado interno exige advertir el peligro para el bien jurídico protegido y valorado correctamente, pues todas las precauciones tendentes a la evitación de un daño dependen, en su especie y cantidad, del conocimiento del peligro amenazante. Para el grado de la atención que para ello requiere son determinadas en especial, *la proximidad del peligro y el valor del bien jurídico a que el mismo afecta*. Luego se verifica el deber de cuidado externo debiendo realizar un comportamiento externo concreto con objeto de evitar la producción del resultado típico, el mismo que puede presentarse en los siguientes tres supuestos:

Deber de omitir acciones peligrosas y un caso especial en los casos bajo el nombre conocido de «impericia profesional» que consiste en la carencia de los conocimientos que le son exigibles al sujeto por su cualificación profesional¹⁰.

Deber de tomar las precauciones del caso a través de información previa. Consiste este deber de observar particular cuidado antes de emprender acciones peligrosas, tomando medidas externas.

Deber de actuar prudentemente en situaciones de riesgos. Hay comportamientos que son riesgosos en la vida social, cuya realización se considera más útil para la sociedad que su prohibición con carácter general (riesgo permitido) por la expresión "típicamente permitido" que es el tope máximo de la norma de cuidado. Lo que hoy es una realidad doctrinaria como es el riesgo permitido, de modo que el sujeto debe obrar de modo que no incremente el riesgo tolerable.

En resumen, la imprudencia es un especial tipo de la acción punible. La imprudencia se determina con arreglo a un doble baremo. Por una parte que el comportamiento era objetivamente debido de una norma determinada situación de peligro, en orden a la evitación de una violación no querida del derecho, y por otra parte si este comportamiento puede ser exigido al autor atendiendo sus características y capacidades individuales. El tipo de injusto del hecho imprudente no resulta, pues, determinado completamente por la causación del resultado.

3. La tipicidad subjetiva

No es pacífica la definición que el delito culposo contempla una estructura típica-subjetiva. Sin embargo, en la actualidad se acepta, y al igual de lo que sucede en el delito doloso, que la culpa tiene su lado subjetivo (compuesto de tipo objetivo + tipo subjetivo). La diferente estructura típica de los delitos imprudentes frente a los dolosos se encuentra en el tipo subjetivo, entendiéndose como el desconocimiento individualmente evitable del peligro.

Culpa consciente o con representación. Si definimos al dolo como conocimiento del peligro creado por el sujeto y la culpa como ausencia

⁵ Cfr. VILLAVICENCIO. Código Penal. Lima, 1997, p. 262; ROY FREYRE. Derecho Penal. Parte Especial. Lima, 1986. p. 227.

⁶ Cfr. VILLAVICENCIO. Op. Cit. p. 78.

⁷ Cfr. MUÑOZ CONDE, Op. Cit. p. 27.

⁸ Cfr. JESCHECK, 1993, p. 801.

⁹ Cfr. JESCHECK, 1993, p. 797 y ss.

¹⁰ Cfr. MIR PUIG, 1996, p. 275.

de ese conocimiento, concluimos que la culpa necesariamente tendría que ser inconsciente, lo cual no es acertado, si tenemos en consideración que la culpa también se divide en representación del peligro. Existe un aspecto “*cognoscitivo*” respecto a la conducta, se trata de una “*previsibilidad*” sobre la afectación de la conducta peligrosa; por ejemplo el conductor de vehículo puede representarse el resultado típico de lesionar, pero confía en que no va a acontecer, subestima la virtualidad de su producción. Puede afirmarse que en la imprudencia consciente el sujeto desconoce el peligro concreto, pero conoce el peligro abstracto¹¹. Si el sujeto deja de confiar en esto, entramos al terreno del dolo eventual.

Culpa inconsciente o sin representación. Esta vez el sujeto actúa ignorando tanto el peligro concreto como el peligro abstracto. No se representa la probabilidad de la producción del daño pero debió hacerlo, no se presenta la idea del peligro. LUZÓN-PEÑA apunta que en la culpa inconsciente “...el sujeto no tiene siquiera conciencia (representación, previsión) de la posibilidad de producción de la parte objetiva del hecho típico, bien porque no se da cuenta en absoluto de la peligrosidad de la conducta en relación al hecho típico así, o bien, porque, aun siendo consciente de la posibilidad y peligro de que concurran algunos elementos del tipo, por un error vencible de tipo desconoce la presencia o posible concurrencia de algún otro elemento típico”¹².

Al respecto nuestro Código Penal no establece distinción entre ellas para los efectos de la medición de la pena, como sí lo hacía la teoría psicológica de la culpabilidad.

4. Alcances de la Ley

4.1. En cuanto a la opción de política criminal

La política criminal busca y pone en práctica los medios y formas más adecuadas para hacer más eficaz el logro de los fines del derecho penal, indicando las metas a las que éste debe aspirar, y los límites que no puede aplicar en su formulación y aplicación (HASSEMER, ROXIN, ZIPF, etc.).

Un concepto dogmático que se oponga a otro concepto político-criminal, conduce a la construcción de un «sistema penal disfuncional». En un plano abstracto, la dogmática penal desarrolla lo que la política penal prescribe, y el sistema jurídico penal - nivel máximo - marca sus objetivos a la política criminal. Las tres zonas o materias se encuentran reunidas en una «unidad lógico sistemática».

Con la presente ley se ha recurrido a una política criminal «práctica» de orientación intimidatoria e inocuidadora, presidido en un contexto general de oportunidad y populismo; y que adopta la clásica receta del incremento de las penas cuando aumentan los índices delictivos. Sin embargo, la historia del derecho penal nos ha demostrado que con el aumento de las penas no necesariamente se logra alcanzar la desaparición o disminución de los delitos.

El derecho penal no tiene dotes «mágicas» para solucionar los problemas de una sociedad, es más sólo se debe recurrir a él como

último extremo para intensificar la protección de bienes jurídicos. No debemos olvidar que la sanción penal neutraliza o ataca los efectos de un determinado fenómeno, pero no combate sus causas. Es decir, el derecho penal puede responder a los síntomas del problema, pero no a su origen.

La exigencia de subsidiaridad constituye una pauta político - criminal que se proyecta en las funciones a desempeñar por el derecho penal. Dicho sistema debe ser entendido como *última ratio* en relación a los otros medios menos traumáticos de que dispone el Estado, en tanto la lucha contra la criminalidad debe de afrontarse - en la medida de lo posible - mediante instrumentos diferentes a la pena, es decir actuando sobre la sociedad por medio de una adecuada política social. Bajo estas premisas, resulta criticable la utilización del derecho penal como único remedio para erradicar el fenómeno de las muertes causadas por accidentes de tránsito, cuyo origen se halla en una multiplicidad de causas como la falta de educación vial, la falta de conciencia de los conductores del riesgo que asumen, la permisividad de la obtención de la licencia para conducir y la falta de control adecuado por parte de las autoridades competentes.

La aplicación de sanciones tiende a combatir los efectos del fenómeno, pero no a su origen. Por ello, no hay nada mejor que una seria campaña de educación vial como medida preventiva. Dichas campañas deberán ser permanentes en el tiempo y deberán traducir la voluntad e interés estatal en la educación de los conductores como medio de prevención de los accidentes de tránsito. Asimismo, resulta coadyuvante de este problema la falta de conciencia por parte del conductor del riesgo que importa conducir un vehículo, si bien se trata de un riesgo permitido autorizado por el propio ordenamiento jurídico, no obstante ello aún no se toma conciencia que dicho medio de transporte puede convertirse en una arma mortal. Pero la responsabilidad no es sólo propia de los conductores, sino del propio Estado quien ha convertido al otorgamiento de licencias (examen obligatorio) de ser un momento clave para evaluar los conocimientos del aspirante, a un mero trámite burocrático que en nada ayuda a evitar futuros accidentes. Por último, resulta elemento influyente de este lamentable contexto la falta de un control adecuado por parte de las autoridades competentes del cumplimiento por parte de los conductores de las reglas de tránsito cumpliendo, de esta manera, funciones preventivas y represivas cuando se detecte alguna contravención y se aplique la sanción correspondiente.

De esta manera, y la luz de lo dicho, podremos afirmar que para la solución de este fenómeno se deberá acudir a una adecuada política preventiva en materia de tránsito, que combine la necesaria educación de los conductores con la actuación estatal; y no otorgar al derecho penal funciones de transformación o de reingeniería social que no hace más que alterar su propia naturaleza.

4.2. En cuanto a la técnica legislativa

Nuestro legislador no sólo se preocupó por aumentar las penas, sino efectuó una nueva regulación legal para las figuras culposas, otorgándoseles otra estructura; así se consagra un tipo básico y figuras agravadas.

Los cambios incorporados por la reciente normativa comprende dos aspectos resaltantes: el incremento de la punibilidad en las figuras culposas y la creación de supuestos agravados, en los casos de homicidio y lesión culposa.

¹¹ En este sentido: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Art. Cit. p. 97

¹² Cfr. LUZÓN-PEÑA, Diego-Manuel; Op. Cit. p. 514.

Con relación a la cuantía del monto de la pena es claro que la misma dependerá del criterio político-criminal del legislador, sobre la base de un actuar razonable. Lejos de toda arbitrariedad. Además, respetando el orden armónico del texto punitivo, ya que las penas no deben ser fijadas aisladamente, sino en una relación coherente con todas las penas que se establezcan para cada delito.

Ahora cabe preguntarnos ¿Se legisló con dicho criterio? lamentablemente nuestra respuesta es negativa, así se advierte de la modificación del artículo 124º donde se indica que si se produce una lesión culposa la pena privativa de libertad oscilará de tres a cinco años; sin especificar si dicho daño a la salud es grave o menos grave. Asimismo, se hace uso de la disyuntiva «o» para nombrar los tres supuestos de hecho que acarrearían la sanción antes señalada, infiriéndose que las mismas no guardan relación una de otra (vale lo mismo manejar ebrio o drogado que manejar sano, pero infringiendo una regla de tránsito). Por ello, si una persona que conduce un vehículo motorizado en buen estado físico y mental e infringe una regla técnica de tránsito causando una lesión a un tercero quien necesitará de once días de descanso médico (lesión menos grave) podrá ser castigado con una pena que oscilará entre tres y cinco años. Lo paradójico es que si de manera dolosa el sujeto causa una lesión menos grave al tercero sólo se le castigará con una pena privativa de libertad no mayor de dos años¹³. Acaso los delitos imprudentes son cualitativamente menos graves que los dolosos, pues conlleva un menor grado de rebelión contra el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, un menor grado de reprochabilidad social.

Por otro lado, la búsqueda por parte de nuestro legislador de solucionar el problema de los accidentes de tránsito causados por conductores ebrios¹⁴ o bajo los efectos de estupefacientes se basó en el incremento de penas y en la distinción de diferentes conductas criminales. Así, ante un homicidio causado de manera culposa ya que el conductor infringió una regla de tránsito tendrá como consecuencia una pena que oscilará de cuatro a ocho años de pena privativa de libertad. En cambio, si la muerte es causada por una actitud culposa de un profesional (por ejemplo, un médico) la pena privativa de libertad que le corresponde no será mayor a cuatro años. A nuestro entender, con dicha prescripción se transgrede el principio de proporcionalidad¹⁵ de las penas pues las mismas no guardan proporción alguna con los actos que importan un mayor grado de reprochabilidad social en tanto a quien sabe más se le exige un mayor grado de cuidado en su actuar.

Del mismo modo, resulta inadecuado establecer sólo un máximo de pena conminada para las ya referidas conductas que importan causar la muerte o lesión producto de la inobservancia de las reglas

de la profesión, de ocupación o industria; ya que hoy en día nuestro Código Penal carece de pena temporal al haberse derogado el artículo 29º de dicho cuerpo legal por la Ley N° 27569 del dos de diciembre del dos mil uno. Por tanto, no existe un mínimo legal al cual el juez pueda acudir a fin de determinar la sanción penal.

Por último, los cambios dados a los artículos 111º y 124º del Código Penal castigan el resultado (muerte o lesión) si el mismo es producto de haber estado conduciendo un vehículo motorizado en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes. Entonces, ¿Qué pasa si se produce dicho resultado por el hecho de haber conducido un vehículo motorizado bajo los efectos de sustancias psicotrópicas¹⁶? Debemos confesar que hallar una respuesta a esta interrogante no fue una tarea pacífica, sino que acarrió en su momento posturas divergentes. Por un lado, se corrió el riesgo de dejar impune al sujeto que realiza esta conducta y, por otro lado, de castigarlos por supuestos no comprendidos en el tipo.

En principio, es necesario precisar que nos encontramos ante un problema de analogía y no de interpretación ya que se ha comprobado una laguna normativa en razón de una falta de regulación del caso que se pretende resolver; en cambio, negamos que se trate de un problema de interpretación pues el mismo supone la existencia de un texto previo al que el juez debe ceñirse y respetar en sus valoraciones decisivas¹⁷. Es decir, la interpretación exige mantenerse dentro del texto claro y expreso de la ley; y la analogía supone la ampliación de la ley a supuestos no comprendidos en su texto¹⁸.

En el presente caso existe una laguna de punibilidad porque el legislador no previó a aquella circunstancia que importa manejar bajo los efectos de sustancias psicotrópicas como merecedora de pena. Así, no es lícito aplicar criterios analógicos para fundamentar la criminalización de esta conducta pues supondría otorgar al juez la posibilidad de crear tipos penales, contraviniendo uno de los postulados más significativos del principio de legalidad. Si bien la analogía contribuye a la formación ulterior y con ello al mantenimiento de la vida del Derecho por el cual es imprescindible en cualquier rama jurídica, sin embargo, para el Derecho Penal su aplicación será posible sólo si es a favor del reo. Del mismo modo, con la prohibición de la analogía in malam partem se busca vincular al juez con la ley y cuyo fundamento se derivan de razones preventivo-generales y del principio de intervención mínima. Tal como señala Roxin «Que en alguna ocasión pueda quedar impune una con-

¹³ Según el artículo 122º de Código Penal si se causa una lesión menos grave de manera dolosa el agente será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento cincuenta días multa.

¹⁴ Vid. HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal.

¹⁵ La embriaguez, siguiendo a OBREGÓN GARCÍA, se define como una intoxicación etílica *aguda* que afecta transitoriamente, en mayor o menor medida, a las facultades del sujeto y que, *prima facie*, no deja huella permanente en el psiquismo; por ello es frecuente referirse al alcoholismo como una forma de *ser* y a la embriaguez como una forma de *estar*.

El fundamento de la represión jurídico-penal de la embriaguez no radica tanto en el hecho mismo de embriagarse que puede responder a patrones sociales de tolerabilidad, sino el de embriagarse en determinadas circunstancias (V. gr. manejando) que pueden lesionar los bienes jurídicos de los demás.

¹⁶ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua con respecto al término proporcionalidad señala que la misma alude a la idea de conformidad o proporción de una de las partes con el todo o cosas relacionadas entre sí. Por otro lado CASTILLO ALVA, José Luis. Principios de Derecho Penal. Parte General. Lima, 2002, p. 280, afirma que la proporcionalidad implica un equilibrio ideal o valorativo entre el delito y la pena, o de manera más amplia entre el ilícito y sanción, la cual se asienta - al menos en el sistema romano germánico - en una ponderación o medida fijada por el legislador en una ley (proporcionalidad abstracta) y en la valoración que el juez realiza en el caso concreto (proporcionalidad concreta).

¹⁷ La Convención de Viena del 20 de diciembre de 1988 de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, en su artículo 1º, dispone que por «estupefacientes» se entiende cualquiera de las sustancias naturales o sintéticas que figuran en la lista I o en la lista II, de la Convención de 1961; y por sustancia «psicotrópica», cualquier sustancia natural o sintética, o cualquier material que figure en las listas I, II, III o IV del Convenio de 1971. Ejemplo de esto último tenemos al llamado Éxtasis.

¹⁸ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Ediar, 1980, p. 305.

ducta especialmente refinada, socialmente nociva y por ella merecedora de pena, es el precio que ha de pagar el legislador por la falta de arbitrariedad y seguridad jurídica, es decir, por la calculabilidad de la aplicación de la potestad punitiva del Estado»¹⁹. Por ello, creemos que no se puede extender por analogía y sancionar por supuestos no previstos en la norma, por más conveniencia político criminal que exista tal como se extrae de este supuesto en particular.

5. La detención en los delitos culposos

La vocación expansiva de los criterios simbólicos, retributivos y coyunturales que ha guiado la política del estado en materia de seguridad ciudadana en los últimos años hizo que los sectores que apostaban por la afirmación de un modelo garantista, tuvieran una primera reacción frente a la Ley N° 27753 del 09 de junio de 2002 (que reincorporó a nuestro sistema la detención en delitos culposos). Esta primera reacción nuestra fue casi unánime en rechazar y cuestionar esta nueva ley, bajo el argumento genérico de que “...sólo los delitos dolosos merecían detención...”, en esa misma línea, “...en delitos culposos la gravedad de la pena no justifica una medida de coerción tan severa...”. Sin embargo, y es del caso reconocer, no se realizó, desde una perspectiva dogmática procesal una reflexión detenida sobre el tema.

Las líneas que a continuación se proponen intentan por ello identificar algunos espacios de análisis que permitan poner en duda los argumentos antes citados y dilucidar si realmente la ley debe proscribir de manera explícita la detención en delitos culposos.

5.1. Antecedentes

Una primera idea de orden conceptual que surge es que existen dos modalidades o si se quiere técnicas de regulación, respecto al tipo de delitos que justifican la detención y que, según la política legislativa de cada país, rigen en sus respectivos códigos de procedimientos.

Una primera de carácter cerrado o explícito es la que de manera la expresa consigna en la norma el tipo de delito (doloso o culposo) en los que puede imponerse mandato de detención. Esta es la modalidad que caracterizó nuestra legislación desde 1991 hasta antes de la Ley N° 27753.

La segunda modalidad se caracteriza, por el contrario, por ser de carácter abierta, pues sin mayor precisión permiten la imposición de la detención en caso de “la comisión de un delito” sin hacer discriminación alguna respecto al aspecto subjetivo del ilícito, esto es, si el agente actuó con dolo o por imprudencia. Esta es la modalidad predominante en el derecho comparado así como también en nuestro país, desde el 10 de junio de 2002²⁰.

Ahora bien, es del caso precisar que el régimen procesal anterior al artículo 135° del Código Procesal Penal de 1991, esto es, el Código de Procedimientos Penales en su versión original de 1939 tampoco hacía distinción alguna respecto a si la detención se imponía sólo en ilícitos cometidos a título de dolo. Es recién con la última modificación al

código de 1940 que se incorpora una regla de distinción. En efecto, la última versión del Código de Procedimientos Penales de 1940 en lo relativo a la detención, contenida en el artículo 79° modificada por la Ley N° 24388, estableció que la detención se aplicaba a “delitos intencionales”. El texto literal de dicha norma dice “...se dictará mandato de detención tan solo en los siguientes delitos, **siempre que sean intencionales** y que se sustenten en suficientes elementos probatorios...”.

Otro elemento de análisis que debe tenerse presente como antecedente es la tendencia seguida en la legislación comparada (Costa Rica, El Salvador, Bolivia y Chile) que en lo fundamental siguen la línea ideológica del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1989 y según los cuales, la detención se puede aplicar tanto a delitos dolosos como culposos, como lo detallaremos más adelante.

5.2. Análisis

Sobre la base de los antecedentes antes citados es posible desarrollar algunas líneas de análisis que, como dijimos al inicio, permitan poner en cuestión, aquella posición según la cual la ley procesal sólo debe permitir la detención en delitos dolosos.

Un primer dato que debemos resaltar es que no hemos encontrado en la doctrina nacional un desarrollo puntual que sustente o explique por qué el legislador de 1991 al regular el artículo 135° hizo la precisión de “delito doloso”, o, en otros términos, por qué no debe imponerse la detención en delitos culposos. Esta omisión teórica la podemos observar también en la formulación misma del Decreto Legislativo 638, pues, si uno revisa la Exposición de Motivos del Código Procesal Penal de 1991, no encontrará una sola línea que comente o de cuenta de esta opción legislativa asumida en ese entonces. Esta misma omisión la encontramos cuando revisamos la Exposición de Motivos de Código Procesal Penal de 1995 que reprodujo la cláusula de 1991. Y es que ningún sector de la doctrina o jurisprudencia nacional reparó en ello sino hasta hace poco en que se incrementaron de manera notable los accidentes de tránsito y consiguientemente la demanda ciudadana y las campañas periodísticas para una “sanción ejemplar” a los conductores imprudentes o ebrios. Esta realidad, hizo que el parlamento discutiera el tema y sin mayor análisis de orden dogmático decidiera dar una respuesta a esta demanda social²¹. Basta con revisar el diario de debates²² que registra la discusión en el Pleno del Congreso (de fecha 21 de mayo de 2002) en la que, con una votación abrumadora se aprobó la citada Ley N° 27753²³.

De otro lado, si quisiéramos tomar como punto de referencia la legislación comparada, concluiríamos en que la tendencia en el derecho comparado se orienta a no distinguir, en la regulación del mandato de detención el tipo de delito según exista o no intencionalidad. Así por ejemplo el Código Procesal Penal de Costa Rica²⁴, sí permite imponer detención en delitos culposos. A diferencia del Código Procesal Penal de 1991, el código de Costa Rica no hace una precisión explícita respecto a si la detención se aplica a delitos dolosos o culposos, pues, como dice el texto antes referido sólo hace referencia a si el imputado es con probabilidad “...autor de un hecho punible o participe en él...”. La única precisión respecto a la entidad del delito es que la pena

¹⁹ Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis. Principios de Derecho Penal. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 181

²⁰ Cfr. ROXIN. Claus. Derecho Penal. Madrid: Civitas, 1997, p. 138.

²¹ Fecha en que entró en vigencia la Ley N° 27753

²² El proyecto de Ley que dio origen a la Ley N° 27753 es el N° 2657-02-CR, presentado por el congresista Carlos Chávez Trujillo.

imponible sea privativa de libertad.

El Código Procesal Penal de el Salvador²⁵, al igual que el código de Costa Rica, no se excluye la posibilidad de que la detención se imponga a delitos culposos. Ello es así por cuanto tampoco esta legislación distingue o precisa, cuando habla de delito, si este debe ser doloso o culposo, "...Que se haya comprobado la existencia de un hecho tipificado como delito...".

El código boliviano²⁶ no presenta alguna nota relevante diferente a las antes citadas, pues, como en los anteriores, este código no hace una discriminación precisa, sin embargo, no excluye la posibilidad de que se detenga por delitos culposos.

²³ Diario de Debates del Pleno del Congreso de fecha 21 de mayo de 2002: *///... Tiene la palabra el congresista Chávez Trujillo, por cinco minutos El señor CHÁVEZ TRUJILLO (PAP).- Muchas gracias, señor Presidente. He presentado dos iniciativas legislativas, la primera es la modificación del artículo 274° del Código Penal adjetivo, pero ésta no podría funcionar si es que no se modifica la parte pertinente del Código Procesal Civil, que es el artículo 135°. Es decir, las dos iniciativas legislativas son de mi autoría para que puedan ser complementarias y el juez pueda, en todo caso, tener los instrumentos jurídicos necesarios. Con la presentación de estas dos iniciativas legislativas, se propone básicamente lo siguiente... Eliminar la restricción legal actual que tiene el magistrado en un proceso penal, para dictaminar mandato de detención y posibilitar que no sólo puede dictar este mandato por la comisión de un delito doloso, sino también cuando se trata de un delito culposo. Es decir, con los suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito, lo que antes era doloso, hoy, como dijo nuestro Presidente de la Comisión de Justicia, se retira la palabra de «doloso» y con ello, pues, existe el instrumento válido. En cuanto a la modificación del Código Procesal Penal, es decir, del artículo 131°. En primer término debemos ser enfáticos en afirmar lo siguiente: tal como está redactado el actual inciso del artículo 135° del Código Procesal Penal, ningún juez, al aperturar un proceso penal, podrá dictar mandato de detención contra el procesado, si a éste se les indica la comisión de un delito culposo. Es decir, la modificatoria propuesta al Código Penal incrementando las penas para las conductas antes descritas tiene que ser complementada con la modificación del artículo primero del artículo 135° inciso primero, quiero decir del artículo 135° del Código Procesal Penal tal como se ha propuesto. Caso contrario, aun aumentando las penas, el juez, por imperio de la ley, no podrá dictar detención contra el procesado penalmente, si lo hace cometerá el delito de prevaricado. Por ello es que propusimos, señor Presidente, la modificación de este inciso, eliminando la palabra «doloso». De esta manera el Juez Penal tendrá el fundamento legal para dictar mandato de detención en un delito culposo. Los especialistas y doctrinarios podrán discutir mucho del tema, pero las normas positivas tienen que recoger el clamor de miles de peruanos, darle respuestas a esto cuando se preguntan: ¿Por qué no son detenidos estos irresponsables conductores que frustran una vida humana?*

²⁴ Diario de Debates del Pleno del Congreso de fecha 21 de mayo de 2002: *"...Efectuada la votación, se aprueba con modificaciones, por 86 votos a favor, uno en contra y dos abstenciones, el texto sustitutorio del proyecto de ley que modifica los artículos 111°, 124° y 274° del Código Penal referidos al homicidio culposo, lesión culposa y conducción en estado de ebriedad o drogadicción y el artículo 135° del Código Procesal Penal sobre mandato de detención. El señor PRESIDENTE.- Ha sido aprobado..."*

²⁵ Código Procesal de **Costa Rica**: Artículo 239°- Procedencia de la prisión preventiva.- El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurren las siguientes circunstancias: a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o participe en él. b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva. c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad.

Finalmente, en lo que a nuestra región corresponde, el Código Procesal Penal de Chile²⁷, permite detener de manera preventiva cuando el delito objeto de persecución es de modalidad culposa, solo que, al igual que los otros países, esta posibilidad no surge de una distinción expresa entre delitos dolosos y culposos, sino más bien de una cláusula abierta del código procesal penal. Así el Tribunal podrá decretar la detención, entre otros requisitos, cuando existan «*antece-dentes que justificaren la existencia del delito que se investigare*».

Otro de los aspectos que merece análisis es el relativo al argumento de que no debe imponerse detención en delitos culposos pues la entidad de los mismos es mínima y al no existir intencionalidad no se justifica la detención. Este argumento, que desde el plano coloquial se ha venido sosteniendo contiene una incoherencia conceptual que explicaré. Sostener que la mínima entidad de la pena en los delitos culposos no justifica la detención significa aceptar que el elemento fundamental para decidir la detención de una persona es la pena a imponerse. Sin embargo, la doctrina de orientación garantista es unánime es considerar que la entidad o *quantum* de la pena no debe ser el elemento determinante para decidir imponer o no detención. Es más ya en 1999 a partir de la modificatoria introducida al artículo 135° del Código Procesal Penal de 1991a través de la Ley N° 27226 (del 17 de diciembre), se estableció que *«...no constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir la justicia, la pena prevista en la Ley para el delito que se imputa...»*.

Por lo tanto, el argumento de la mínima entidad de la pena del delito culposo no resulta pertinente, pues, resulta contradictorio inclusive con los postulados de quienes desde una posición garantista han desarrollado las bases teóricas de la medida de detención que más bien sostiene que el presupuesto fundamental de la detención es el peligro procesal. Siguiendo esa línea de análisis es del caso preguntarnos si *¿puede o no existir una situación de peligro procesal en un proceso seguido por delito culposo?*, en otras palabras, *¿un delito culposo per se neutraliza cualquier tipo de peligro de fuga o de entorpecimiento?* Definitivamente nuestra respuesta es que no, pues, si tenemos en cuenta lo expresado, entre otros por Alberto Bovino, concluiremos que el peligro procesal es una situación que debe ser

²⁶ Código Procesal Penal de **El Salvador**: Artículo 292°- Para decretar la detención provisional del imputado, deberán concurrir los requisitos siguientes: 1) Que se haya comprobado la existencia de un hecho tipificado como delito; y que existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o participe; y, 2) Que el delito tenga señalado pena de prisión cuyo límite máximo sea superior a tres años, o bien que aún cuando la pena sea inferior, considere el juez necesaria la detención provisional, atendidas las circunstancias hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos, o si el imputado se hallare gozando de otra medida cautelar.

²⁷ Código de Procedimiento Penal de **Bolivia**: Artículo 232° (Imprudencia de la detención preventiva). No procede la detención preventiva: 1. En los delitos de acción privada; 2. En aquellos que no tengan prevista pena privativa de libertad; y, 3. En los delitos sancionados con pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea inferior a tres años. Art. 233° (Requisitos para la detención preventiva). Realizada la imputación formal, el juez podrá ordenar la detención preventiva del imputado, a pedido fundamentado del fiscal o del querellante, cuando concurren los siguientes requisitos: 1. La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o participe de un hecho punible; y, 2. La existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad.

valorada en cada caso en particular, agregando nosotros que dicha valoración particular debe hacerse con independencia de si el delito se cometió o no con intención.

En efecto, el arraigo en el país del imputado determinado por su domicilio o residencia habitual, la importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta voluntariamente frente a él, así como el comportamiento del imputado durante el proceso, son situaciones de hecho que igualmente pueden verificarse tanto en un proceso por delito doloso o culposo. Ni que decir del peligro de obstaculización que aún cuando es un presupuesto cada vez con mayores cuestionamientos, igualmente se puede encontrar presente en un delito doloso o culposo.

Como podrá ya notarse y aún cuando de esto no fueron concientes los autores de la reciente Ley N° 27753, existe más de una razón de orden estrictamente procesal que justifica autorizar al Juez a imponer mandato de detención aún en el ámbito de los delitos imprudentes. Si ello es así, surge entonces una pregunta inevitable: ¿cómo controlar la razonabilidad de la detención en ese tipo de ilícitos? En otras palabras ¿cuál debería ser el límite que evite que una detención legítimamente impuesta en un proceso por delito imprudente, se convierta en una suerte de condena anticipada?. La respuesta a estas interrogantes las encontramos, sin lugar a dudas, en el principio de proporcionalidad de las medidas de coerción, que cobra mayor relevancia cuando hablamos de medidas de cautela personal y especialmente en delitos cuya penalidad ciertamente es menos grave que los delitos dolosos.

Ciertamente, la garantía de la proporcionalidad, según la cual la gravedad de la medida de coerción no debe ser mayor a la de la condena, debería constituir una barrera infranqueable que evite, en el curso de la investigación formal, desnaturalizar la naturaleza de dicha medida.

En esa línea de ideas, *de lege ferenda* podría tomarse como referentes por ejemplo lo establecido en el artículo 181° del Código Procesal Penal de Honduras, según el cual “...en ningún caso, la prisión preventiva podrá exceder la mitad de la duración del mínimo de la pena aplicable al delito...”. En ese mismo sentido, el artículo 239° inciso 2 del Código de Procedimiento Penal de Bolivia que dice “...la detención preventiva cesará...cuando su duración exceda el mínimo legal de la pena establecida para el delito que se juzga...”.

Sería por ello pertinente incorporar una norma de ese tipo, pues nuestro ordenamiento normativo vigente no contempla alguna regla como la citada, siendo ese el mismo caso del proyecto de Código Procesal Penal de 1995 y de sus versiones siguientes de 1996 y 1997. Más aún, la más reciente propuesta modificatoria del artículo 135° del Código Procesal Penal presentada por la Corte Suprema de Justicia (que por cierto también ratifica la regla instaurada con la Ley N° 27753 en el sentido que la detención se puede imponer a delitos culposos) y que se encuentra en debate en la Comisión de Justicia del Congreso, tampoco contiene una regla explícita de proporcionalidad y de límite a la detención.

6. Conclusiones

El Perú es el único país de Latinoamérica que en la regulación de la detención distinguió y excluyó al delito culposo. La tendencia de la legislación comparada por el contrario permite su aplicación sin hacer distinciones respecto a la intencionalidad del delito cometido.

Si bien es cierto que la última versión del Código de Procedimientos Penales de 1940 dispuso que la detención procedía siempre que se tratara de delitos intencionales, dicha discriminación no tuvo como sustento una consideración de orden garantista ni mucho menos tenía relación con el principio de excepcionalidad de la detención. La doctrina nacional no ha desarrollado una sustentación adecuada respecto a por qué no debe imponerse la detención en delitos culposos. Las Exposiciones de Motivos del Código Procesal Penal de 1991 y del Proyecto de Código Procesal Penal de 1995 omiten explicar o fundamentar por qué hacen esa distinción. Ello mismo ocurre con el reciente Proyecto de Ley de la Corte Suprema que propone modificar el artículo 135° del Código Procesal Penal.

Considerar que no debe imponerse detención en delitos culposos porque la entidad del ilícito no justifica la detención, implica aceptar que el presupuesto fundamental para la detención es el *quantum* de la pena, criterio este ya desechado por la teoría procesal penal de corte garantista.

Si la peligrosidad procesal y más específicamente el peligro de fuga es el fundamento esencial de la detención, no existe razón alguna para negar que, en el caso concreto, dicho peligro de fuga pueda estar presente también en un proceso por delito culposo.

²⁸ Código Procesal Penal de Chile: Artículo 140°- Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del ministerio público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos: a) Que existen antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare; b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido...”